rjib 14

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

El règim matrimonial primari

•

El subsòl a la Llei balear 2/2014, de 25 de març

•

El dret successori balear a la llum dels seus principis

•

La reforma de les administracions públiques

2016

rjib14

El règim matrimonial primari

•

El subsòl a la Llei balear 2/2014, de 25 de març

•

El dret successori balear a la llum dels seus principis

•

La reforma de les administracions públiques

2016

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 ..... Mª Regina Vallés Bezares
José Ángel Torres Lana
Antonio J. Terrasa García
Lluís J. Segura Ginard
Tomás Mir de la Fuente
Antonio Cañellas Escalas
Jeroni Mas Rigo
Carlos Jiménez Gallego
Margarita Cunill Crespí
Ángel C. Navarro Sánchez
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

ELS ARTICLES EXPRESSEN EXCLUSIVAMENT L'OPINIÓ DELS SEUS AUTORS.

rjib14

SUMARI

ESTUDIS

Gabriel García Cantero. *El régimen matrimonial primario y su marco en el Código Civil* 9

Francesca Llodrà Grimalt. *El dret successori balear: de conjunt inorgànic a unitat vital, si el llegim a la llum dels seus principis* 29

Juan Alemany Garcías. *El subsuelo urbanístico en la Ley balear de ordenación y uso del suelo (Ley 2/2014, de 25 de marzo)* 61

COMENTARIS I NOTES

Belén Ferrer Tapia. *Preterición, desheredación o aplicación del artículo 834 del Código Civil en las Islas Baleares (a propósito de la STSJIB 2/2014, de 5 de junio)* 89

Mercè Corretja Torrens. *Llums i ombres sobre la reforma de les administracions públiques en perspectiva competencial* 103

Aranzazu Ortiz González. *Comentario a la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social* 129

JURISPRUDÈNCIA

CONSTITUCIONAL, per Jaume Munar Fullana 142
DRET CIVIL BALEAR, per Miquel Masot Miquel 171
CIVIL, per Carlos Gómez Martínez 182
PENAL, per Antonio J. Terrasa García 191
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, per Fernando Socías Fuster 209
LABORAL, per Ferran Gomila Mercadal 223

ACTIVITAT REGISTRAL, per Antoni Canals Prats 237

ACTIVITAT NORMATIVA, per Lluís Isern Estela 247

LLIBRES

Autorregulación y solución de conflictos en el ámbito del turismo. TUR FAÚNDEZ, M.ª N. (coord.).
Per Eugenia Garcías de España 268

Bosquejo de sustentabilidad ambiental en el Derecho Civil. LLODRÀ GRIMALT, F.
Per Catalina Munar Miquel 274

ESTUDIS

rjib14

ESTUDIS

EL RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO Y SU MARCO EN EL CÓDIGO CIVIL

Gabriel García Cantero
Catedrático emérito de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

I. Concepto de régimen matrimonial primario. *1. Origen en la doctrina francesa y belga. 2. Recepción en la doctrina española.* **II. *Numerus apertus* del contenido del régimen matrimonial primario. III. Terminología. IV. Criterios de ordenación. V. Propuesta de una clasificación con finalidad expositiva de los elementos contenidos en el régimen matrimonial primario. VI. Ubicación sistemática. VII. El marco legal de actuación del régimen matrimonial primario. VIII. Bibliografía.**

RESUMEN

El régimen matrimonial primario es un concepto implícito en la amplia normativa de los arts. 1315-1324 CC, que ha sido acogido con aprobación por una parte de la actual doctrina familiarista española, siguiendo a la franco-belga. Ello aconseja una labor de introspección para encontrar sus criterios internos de ordenación sistemática dentro de su marco legal de actuación. Ello podrá mejorar la aplicación jurisprudencial de los diferentes regímenes económicos matrimoniales, hoy en vigor.

Palabras clave: *numerus apertus* del régimen primario, cargas del matrimonio y deberes derivados, potestad doméstica, protección vivienda familiar, consentimiento dual para actos dispositivos, *litis expensas*, publicidad y registro, criterios clasificatorios y ubicación normativa.

RESUM

El règim matrimonial primari és un concepte implícit en l'àmplia normativa dels art. 1315-1324 Cc, que ha estat acollit amb aprovació per una part de l'actual doctrina familiarista espanyola, seguint la franc-belga. Això aconsella una labor d'introspecció per trobar els seus criteris interns d'ordenació sistemàtica dins del seu marc legal d'actuació. I podrà millorar l'aplicació jurisprudencial dels diferents règims econòmics matrimonial que avui estan en vigor.

Paraules clau: *numerus apertus* del règim primari, càrregues del matrimoni i deures derivats, potestat domèstica, protecció habitatge familiar, consentiment dual per a actes dispositius, *litis expenses*, publicitat i registre, criteris classificatoris i ubicació normativa.

ABSTRACT

The primary matrimonial regime is an implicit concept in the broad rules of articles 1315-1324 of the Spanish Civil Code, which has been greeted with approval by some of the current Spanish Family-Law doctrine, following the Franco-Belgian. This advises a work of introspection to find their internal criteria of systematic management within their legal framework for action. And may improve the jurisprudential application of different matrimonial relationship, now in force.

Keywords: *numerus apertus* primary regime, marriage and duties arising loads, domestic authority, protection family housing, dual consent for devices acts, «litigation expense» advertising and registration, classification criteria and rules location.

I. Concepto de régimen matrimonial primario

Por régimen matrimonial primario, en el sistema del CC, cabe entender el conjunto de reglas o principios que el legislador considera de valor general aplicable a todos los matrimonios que se celebren bajo su vigencia, y que se presentan con algún grado de obligatoriedad o vinculación (se excluyen así los meros consejos, exhortaciones o normas de conveniencia, o de buena gobernanza); normas que afectan a quienes contraen matrimonio entre sí, y que actúan fundamentalmente regulando las relaciones patrimoniales entre aquellos y con los terceros con quienes contratan en determinadas circunstancias. Tales reglas o principios no representan una novedad actual, aunque sí lo es la denominación empleada; algunas de sus normas se remontan a épocas pretéritas (recordemos el texto romano: *interest reipublicae dotes mulierum salvas esse*), aunque modernamente su contenido se ha ido decantando en consonancia con la evolución de la familia en la sociedad, normativizándose especialmente después de la II Guerra Mundial. A partir de la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 se ha originado y extendido un movimiento mundial en favor de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, seguido por otros Tratados y Convenios internacionales, tales como la Declaración de los Derechos del Menor de 1989, el Convenio sobre los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, etc., cuya integración en el ordenamiento español ha facilitado el art. 10.2 CE; ello no obstante, aunque últimamente y en determinadas ocasiones, las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y de otros Tribunales supraestatales muestran ciertas dudas o vacilaciones a la hora de proteger jurídicamente al matrimonio y a la familia, según ordenan, de consuno, aquellos textos internacionales y también nuestra Constitución; deficiencias o incertidumbres que, a veces, cabe detectar hasta en la reciente jurisprudencia de nuestro TC.

1. Origen en la doctrina francesa y belga

La terminología es de reciente origen europeo, fundamentalmente de ámbitos francés y belga. Obra gala de referencia es la de CORNU,[1] que gira en torno a la reforma de 1965, doctrinalmente inspirada, como se sabe, por el Decano

[1] CORNU, G. *Les régimes matrimoniaux*. Paris: Presses universitaires de France, 1981 (3ª ed.).

Carbonnier. En un completísimo estudio histórico y sociológico aquel autor destaca, entre otros, el *bond en avant* de la reforma consistente en el «desarrollo dado al régimen primario imperativo, piedra de toque coherente y constante de todos los regímenes y respuesta elemental —suficiente en sí misma— a los problemas domésticos primordiales»,[2] todo lo cual conduce al autor a desarrollarlo con amplitud.[3] Después de un minucioso repaso al derecho comparado, entre sus líneas de convergencia incluye el desarrollo de lo que denomina un régimen matrimonial de base.[4] Ideas difundidas pocos años antes en el mundo jurídico de influencia cultural francesa, pues ya en 1978, RAUCENT, profesor de la Universidad de Lovaina, iniciaba la 1ª parte de su obra con el título *Le régime matrimonial primaire*, dentro de la 2ª ed. de su manual.[5] Especificaba que sus reglas son imperativas y de orden público con la singularidad siguiente: no son normas imperativas de protección de intereses privados, ni reglas de orden público judicial; en efecto, por un lado se trata menos de proteger a determinadas personas cuanto de organizar a la familia; y, por otro, nadie más que un cónyuge puede exigir su aplicación. Por otra parte su violación solo origina una nulidad relativa, de modo que el juez no puede aplicarla de oficio.[6] Años más tarde, CARBONNIER[7] reiterará la doctrina.

2. Recepción en la doctrina española

Entre nosotros cabe diferenciar, el grupo de autores que acogió la doctrina precedente del régimen matrimonial primario, el que la rechazó y algunas soluciones intermedias.

LACRUZ BERDEJO ya en 1963 —anticipándose, por tanto, a sucesivas y poco ambiciosas reformas legislativas internas, y preparando el terreno, de algún modo, a la fundamental y en gran parte todavía vigente Ley de 1981— se ocupó con

[2] *Op. cit*., pág. 65.

[3] *Op. cit.,* págs. 87-162.

[4] *Op. cit*., pág. 77.

[5] RAUCENT, L. *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*. Bruxelles: Bruylant, 1978 (2éme ed.).

[6] *Op. cit*., pág. 32.

[7] CARBONNIER, J. *Droit civil (Tome II). La famille, l'enfant, le couple*. Paris: Presses universitaires de France, 1999 (19ª ed.), págs. 125 y ss. y 139 y ss.

amplitud de la organización económica de la sociedad conyugal, comenzando por estudiar los conceptos generales, así como los caracteres del régimen matrimonial en el Código Civil, la contribución a las cargas del matrimonio y la publicidad del régimen matrimonial.[8] Ulteriormente el autor adopta expresamente la nueva terminología.[9] Sistemática y terminología que se reitera, ya fallecido el autor, en la 2ª edición de Dykinson.[10] Plena adhesión a esta doctrina expresa por su parte O'CALLAGHAN,[11] reconociendo la labor divulgadora de LACRUZ. REBOLLEDO VARELA[12] afirma que la ausencia en nuestro CC de una regulación expresa de lo que ha venido denominándose «régimen matrimonial primario» no impide encontrar en él una serie de normas que, teniendo un carácter inderogable, limitan la autonomía patrimonial de los cónyuges con un alcance muy variado y a través de la imposición de unos deberes destinados a lograr una protección de la familia por encima de los intereses individuales de los cónyuges (estudia en particular la protección de la vivienda familiar, las cargas del matrimonio y la potestad doméstica, en el régimen de separación). También se adopta similar sistemática y terminología por MARTÍNEZ DE AGUIRRE.[13] Plena aceptación de la mencionada categoría y sugerentes propuestas defiende, por su parte, MUÑIZ ESPADA.[14]

Otros autores, en cambio, rechazan expresamente la doctrina del régimen matrimonial primario como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN,[15] «La idea de un *régimen*

---

[8] LACRUZ BERDEJO, J. L. *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona: Ed. Bosch, 1963, págs. 235-267.

[9] Así, por ejemplo, en el Manual colectivo, por él dirigido, *Elementos de Derecho civil, IV*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1990 *(3ª ed.)*, titulando de este modo el apartado 21, págs. 279-298.

[10] Al cuidado de J. RAMS ALBESA. Madrid: 2005, págs. 123-133.

[11] O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. *Compendio de Derecho Civil*. *Tomo IV*. *Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012, pág. 100.

[12] REBOLLEDO VARELA, Á. L. *Separación de bienes en el matrimonio (el régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil).* Madrid: Montecorvo, 1983, pág. 236.

[13] MARTÍNEZ DE AGUIRRE *ALDAZ*, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia.* Madrid: Colex, 2013 (4ª ed.), págs. 209-219.

[14] MUÑIZ ESPADA, E. «El valor y eficacia del régimen económico matrimonial primario». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44 *(*2002*)*, págs. 187 y ss.

[15] DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil (Vol. IV, T. I). Derecho de Familia.* Madrid: Tecnos, 2012, págs. 136 y ss.

matrimonial primario nos parece equívoca porque en puridad no existe un régimen económico que sea simple y se pueda oponer a otros más evolucionados o complejos. Los arts. 1315 y sigs. van encabezados por una rúbrica que los considera como *disposiciones generales*, y esto es lo que son, aunque su pretendida generalidad pueda ser cuestionada y, sobre todo, su utilidad». Previamente los autores dedican un apartado a «Los principios inspiradores de los regímenes económicos del matrimonio», advirtiendo que, aunque no es fácil encontrarlos, enumeran los siguientes principios básicos o fundamentales: 1º El principio de libertad de estipulación (arts. 1315 y 1325); 2º El principio de igualdad jurídica de los cónyuges (art. 32 CE y 1328 CC), y 3º El principio de flexibilidad o de mutabilidad del régimen económico conyugal (art. 1317). Postura doctrinal y fundamentación a la que también se adscribe CABANILLAS SÁNCHEZ[16] estimando por su parte dudosa la existencia del régimen matrimonial primario. Admite que el art. 1328 CC va a impedir la validez del pacto capitular que suprime la libertad de contratación entre cónyuges, pero es más problemático afirmar que no pueda acordarse por los cónyuges, en capitulaciones o al margen de ellas, que no celebrarán durante algún tiempo un determinado contrato o que la posible celebración de un concreto contrato se haga depender de una condición. También se adscribe a esta misma orientación —aunque con alguna matización— RAGEL SÁNCHEZ.[17] Así sostiene que las normas contenidas en los arts. 1315 a 1324 CC son un conjunto de reglas legales, que establecen un límite mínimo, cuando de la interpretación resulte que el precepto tiene carácter «imperativo» (principio de igualdad ante la ley y entre los cónyuges, protección de intereses adquiridos por terceros y la apariencia). Otros preceptos (arts. 1319.3, 1320.1, 1322.1 y 1323) regulan las relaciones internas entre cónyuges y son susceptibles de alteración por pacto. Por excepción, los arts.1321 y 1322.2 establecen «preceptos imperativos para la protección vital de uno de los cónyuges».

[16] CABANILLAS SÁNCHEZ, A. «La contratación entre cónyuges». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 38 (1985), pág. 545.

[17] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: familia*. Madrid: Dykinson, 2001, pág. 232.

La postura de LASARTE[18] resulta un tanto ambivalente, al reconocer de modo expreso —por un lado— los méritos científicos de LACRUZ que explican el rápido uso de la mencionada expresión en la doctrina española, aunque el autor no desea empecinarse en imponerla, si bien por razones de la finalidad de la obra, y para evitar equívocos, termina usándola.[19] En el extenso comentario que HERRERO GARCÍA ha dedicado a los arts. 1315-1324 CC,[20] la autora no emplea literalmente el término régimen matrimonial primario, aunque maneja con reiteración los trabajos y argumentos de LACRUZ, y llega a escribir: «Para dar respuesta a la necesidad de que el matrimonio tenga una adecuada organización económica, el legislador no se limita a prever un régimen legal supletorio, sino que, además, dentro de estas Disposiciones Generales se contienen una serie de normas —fundamentalmente los arts. 1318 a 1332— referidos a situaciones básicas de la vida conyugal, con independencia de cuál sea el régimen económico matrimonial concreto del matrimonio. Algunas de ellas tienen un marcado carácter imperativo, por implicar unas previsiones mínimas que el Legislador adopta en la ordenación económica del matrimonio».[21] Puede decirse que el descrito por la autora es un modo tácito —pues no menciona el concepto de régimen primario—, y creo que hasta elegante, de respaldar una doctrina que se juzga estar en vigor.

Un tanto singular es la postura de LÓPEZ y LÓPEZ:[22] «Desde la reforma del Código de 1981 por la doctrina se viene llamando régimen matrimonial primario a una serie de normas contenidas dentro de las "Disposiciones Generales" cuyo denominador común es su aplicación a todos los regímenes matrimoniales, ya sean de comunidad, ya sean de separación. La expresión régimen económico matrimonial primario es, no obstante, una expresión equívoca, pues las normas que lo integran son muy inconexas y probablemente de muy diversa índole y de muy vario calado, sin que ni siquiera se pueda decir que esa aplicabilidad a todos los regímenes sea consecuencia de un carácter imperativo de dichos preceptos. En

[18] LASARTE ÁLVAREZ, C*. Principios de Derecho Civil. Tomo VI: Derecho de Familia.* Madrid: Marcial Pons, *2006,* pág.143.

[19] *Op. cit.*, págs. 144-148.

[20] HERRERO GARCÍA*.* M.ª J. «Comentario a los arts. 1315-1324 CC», en AA. VV. *Comentario del Código Civil*. *T. II.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, págs. 571-602*.*

[21] *Loc. cit*. en la pág. 579.

[22] LÓPEZ y LÓPEZ, A. M.*,* en MONTÉS PENADÉS, V. L. (Coord.). *Derecho de Familia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, págs. 177 y ss.

efecto, en ellos hay disposiciones no imperativas y normas que decaen ante regulaciones más específicas de los problemas en algún régimen económico. No constituyen en consecuencia un verdadero y articulado régimen que de forma primaria se superponga o complete o limite lo estipulado por los cónyuges o lo impuesto por la ley para cada matrimonio concreto. Sin embargo, en la medida en que se regulan cuestiones muy elementales de toda convivencia conyugal, sí cabe hablar de un carácter primario de estas normas, pero nunca hasta el extremo de constituir un verdadero y articulado régimen económico matrimonial». Postura que viene a matizar, un tanto singularmente, la mencionada orientación decididamente negativa de DÍEZ-PICAZO.[23]

En resumen, en cuanto al concepto de régimen matrimonial primario aceptado con amplitud, apenas promulgado, no hay ahora razones para abandonarlo en el Derecho español. No resultan convincentes los argumentos doctrinales que se le oponen, pues, ante todo, no se trata de un «nuevo» régimen económico que se contraponga a los clásicos de comunidad o separación, aunque con frecuencia estos reproducen, incluso, normas de aquél. Otras veces tales normas del régimen primario presuponen las disposiciones que los contrayentes pactan, visibilizando su complementariedad. Por otra parte, parece indudable que la profundización doctrinal de dicho régimen primario viene a facilitar el mejor funcionamiento en la práctica de los regímenes matrimoniales, voluntarios o legales.

II. *Numerus apertus* del contenido del régimen matrimonial primario

En el momento actual no hay *numerus clausus* del conjunto de tales reglas o normas integrantes del régimen matrimonial primario, y su historia muestra que aquellas han nacido y evolucionado históricamente, a veces, en contextos legales muy diversos del actual, perfeccionándose a su vez al experimentar en el tiempo sucesivos cambios y contrastes; lo que indica que en el futuro algunas de ellas hasta

[23] Por lo general, sobre el tema puede encontrarse amplia información en la adición que he hecho a la obra de CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral. Derecho de familia* (T. V, Vol. 1). Madrid: Reus, 1994, págs. 371 y 372; con la expresa adhesión de otros autores, entre ellos M. ABALADEJO y J. L. DE LOS MOZOS a la teoría del régimen matrimonial primario.

pudieran perder importancia, desaparecer o aplicarse de otro modo.[24] En otro orden de cosas, recuérdense las lecciones que pueden extraerse del dilatado proceso en el tiempo de la reforma experimentada por el régimen legal holandés de comunidad universal de bienes (instaurado al promulgarse el Libro I del nuevo CC holandés en 1947), comparado con las, en ocasiones, legalizaciones rápidas de figuras jurídicas tales como la unión de hecho registrada, o la introducción del matrimonio homosexual en el mismo país.

III. Terminología

Tampoco hay unanimidad terminológica —ni en nuestra normativa, ni menos en la extranjera— a la hora de enumerar legislativamente tal conjunto de reglas, pues se habla en nuestro texto codicial, entre otras, de las siguientes: i) «la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio»; ii) «el derecho a solicitar las litis expensas»; iii) «la potestad doméstica de los cónyuges»; iv) «la protección legal de la vivienda familiar y su mobiliario», etc. Con todo, parece correcto hablar conjunta o comprensivamente de las relaciones jurídico-patrimoniales derivadas del matrimonio. Es verdad, en cuanto a su denominación, que a nivel legislativo no se ha aceptado todavía el término —acuñado doctrinalmente entre nosotros— de «régimen matrimonial primario», pero en parte de la doctrina extranjera[25] y de la nuestra ha logrado, no obstante, alcanzar cierta generalidad y obtener aceptación teórica y jurisprudencial. Todo lo cual contribuye a legitimar su uso en el presente trabajo.

[24] *Ad exemplum*, si se produce la generalización de nuevas formas de comunicación interpersonal vía internet u otras, o se confirma el advenimiento de una nueva sociedad postindustrial que luego se consolida, con reducida necesidad de mano de obra permitiendo mayor disponibilidad a los cónyuges para los trabajos domésticos y su mayor permanencia hogareña, o, en su caso, la tecnificación creciente y hasta mayoritaria de tales tareas, etc., ¿habrá realmente «trabajos domésticos» en un mundo «robotizado»?

[25] CORNU, G., *op. cit*., pág. 87, lo expresa así: «"Primario", porque constituye una base, una capa primera, sobre la que reposará necesariamente, sea el régimen legal sea uno cualquiera convencional, y también por el carácter primordial y vital de su objeto. Imperativo, porque los cónyuges carecen de facultades para derogarlo, salvo alguna excepción legal. Este cuerpo de reglas elementales, comunes a todos los cónyuges, no carece de plenitud, pues basta por sí mismo para resolver los problemas de la vida cotidiana».

IV. Criterios de ordenación

Falta, asimismo, una cierta jerarquía u ordenación de criterios para enumerar y describir tales reglas. Después de establecer normativamente el marco de su actuación, quizá la primera regla que se destaca entre todas ellas es la obligación de asumir las «cargas del matrimonio», lo que *ab initio* parece lógico pues resultaría un tanto extraño o anómalo que, *ad exemplum*, un tercero, ajeno a los cónyuges, se comprometiera con estos en el momento de la boda, a satisfacer en el futuro tales obligaciones de la pareja. Parece, además, que hay razones convincentes para dar la primacía a la expresión normativa de la regla: «Contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio». Se afirma en la doctrina[26] que se trata de una pretensión personalísima, intransmisible, inembargable, no compensable y derivada inmediatamente del estatus de cónyuge. Con tales atributos es indudable que merece figurar en el frontispicio del régimen matrimonial primario, y con mayor razón si resultara que la nueva redacción dada al art. 68 CC por la Ley 15/2005, de 8 de julio, lo hubiera efectivamente ratificado inequívocamente al afirmar que «Los cónyuges [...] Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas». Pero tal aserto viene a ser inútil redundancia normativa al agregarse al precedente deber de socorrerse mutuamente, lo que apenas podrá significar algo nuevo respecto al artículo anterior («Los cónyuges deben [...] ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia»). Lo descrito anteriormente es buena muestra de la denunciada desorientación legislativa —o, acaso peor—, de cierto intento de *camouflage legal* pues, de otra parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, como se ha dicho, ha contribuido a vaciar de contenido jurídico al matrimonio legal introduciendo la separación y el divorcio sin causa. La intrínseca importancia del primer párrafo del art. 1318 CC no proviene de la Ley citada, sino de la correspondencia o paralelismo existente entre los deberes patrimoniales derivados de la unión matrimonial con los de naturaleza personal que enuncia el mismo texto codicial. Esta perspectiva permite contemplar el carácter derivado de los restantes deberes.

Los deberes simbolizados con la potestad doméstica vienen a representar principalmente el sector cotidiano del sostenimiento de las cargas matrimoniales que está configurado tanto en beneficio de los cónyuges como de los terceros que

[26] Por todos CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español*…, *op. cit*., que menciona la 1ª ed. de *Elementos de Derecho civil (IV-1)* de LACRUZ, págs. 116 y ss.

contratan con aquellos. Luego se advierte que, en su estructura, contienen aspectos o elementos estáticos y dinámicos. Nuestra paremiología nos recuerda que «el casado, casa quiere», realidad elemental que pareció olvidar el redactor del art. 47 CE, resultando, sin embargo, que la protección de la vivienda familiar y su mobiliario han sido uno de los temas litigiosos más frecuente y reiteradamente interpretados en la pequeña jurisprudencia al incrementarse de modo notable la divorcialidad; texto normativo completado con el apéndice sucesorio del párrafo primero del art. 1321.

El aspecto dinámico de las *onera matrimonii* se relaciona con la problemática del consentimiento dual, importante a la hora de llevar a cabo los actos dispositivos inter vivos, que también han originado abundante litigiosidad. La trascendencia jurídica del régimen matrimonial primario puede manifestarse, incluso en fase precontractual (art. 1318, párr. 2), contractual (art. 1320) y poscontractual, habiéndose regulado tradicionalmente mediante la construcción jurisprudencial de las denominadas *litis expensas*, ahora normativizadas de forma orgánica, sistemática y amplia, en inmediata relación con el art. 24 CE. Los aspectos formales de publicidad y registro, acaso demasiado minuciosa e inarmónicamente reglamentados, completan el temario del régimen primario, al que quizá pudieran añadirse todavía algunos preceptos extravagantes.

V. Propuesta de una clasificación con finalidad expositiva de los elementos contenidos en el régimen matrimonial primario

Inicialmente cabría diferenciar, desde un punto de vista doctrinal o teórico, los siguientes aspectos o elementos:

- Marco legal: libertad de estipulación, régimen legal subsidiario, libertad para modificar las capitulaciones durante el matrimonio.
- Elementos básicos: contribución a las cargas del matrimonio. Potestad doméstica.
- Elementos objetivos de protección: vivienda familiar y mobiliario familiar.
- Elementos subjetivos: consentimiento dual de los cónyuges y de eventuales sujetos. Consecuencias de la falta del consentimiento dual.
- Fases posibles de la protección: precontractual, contractual, extrajudicial y judicial. El derecho de predetracción.
- Un aspecto de la protección judicial: *litis expensas*.

– Aspectos formales complementarios: publicidad, registro.
– ¿Hay otros elementos atípicos?

VI. Ubicación sistemática

¿Dónde debería ubicarse en el CC la materia del régimen matrimonial primario? La reforma de 1981 ha optado por agrupar sus preceptos fundamentales encabezando la normativa del régimen económico matrimonial en un capítulo comprensivo de sus disposiciones generales. Ello permite consagrar legalmente la separación de los aspectos sustancialmente personales y familiares que se sitúan en el Libro I CC, de los puramente patrimoniales que se consideran más próximos a la normativa contractual, finalidad claramente perseguida en la primera gran reforma posconstitucional del matrimonio.

Pero hay una corriente doctrinal que —apenas entró en aplicación la Ley de 1981— llamó la atención sobre la necesidad de regular esta materia en el Libro I CC.[27] Actualmente dicha orientación se ha renovado con Esther MUÑIZ ESPADA, que sostiene la aplicación del régimen matrimonial primario del CC a todo matrimonio, pues solo así tendría verdadera virtualidad y eficacia en todo el territorio español. Aclara que su finalidad es asegurar la ejecución de normas o principios de alcance general, uniformes y automáticamente aplicables. Tales normas son el reflejo del orden constitucional, de la esencia de la comunidad conyugal y el paradigma del modelo general de la sociedad contemporánea. Y, si esto es así, sus efectos no pueden ser distintos en el Derecho común respecto del Derecho foral.

[27] DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.ª en «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado». *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1983, pág. 135, escribió que la solución adoptada: «Tiene la importante consecuencia en relación con los arts. 9.3 y 13.1 del Cc de hacer inaplicable el régimen primario y la protección de la vivienda a los derechos forales y a las personas a ellos sujetos [...]. Ello tiene un efecto perturbador en cuanto al juego de los arts. 70, 96.4, y 1320 Cc». GIMÉNEZ DUART, T. en «El artículo 1320 del Código Civil ¿es aplicable en Cataluña?». *Revista Jurídica de Catalunya*, 1982, págs.193 y ss., se expresó en parecidos términos. Un ventenio después, cuando se había iniciado el planificado camino que conduciría al CC catalán, se ha reiterado esta postura doctrinal con decisión por Esther MUÑIZ ESPADA, en «El valor y eficacia del régimen económico-matrimonial primario». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44 (2002).

Creo que estamos en un cierto compás de espera para que se depuren y se revisen, con estricto respeto a las normas constitucionales, las debidas relaciones entre el Derecho del CC y el de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Quizá no fuera inoportuno realizar un estudio objetivo sobre los préstamos legales que estas últimas han tomado, sin declararlo, de la legislación estatal, para incluirlos en el suyo propio, a veces con mínimas reformas.[28]

Adviértase, con todo, que esta cuestión sistemática de la regulación matrimonial no está definitivamente zanjada entre nosotros, y que una eventual reforma del CC adoptaría probablemente una diversa distribución de materias. Por ello, provisionalmente cabría afirmar que, de momento, no hay razones para alterar la ubicación dada a esta materia por la Ley de 1981.

Previamente, antes de desarrollar este esquema doctrinal, hay que dar la razón a Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE,[29] cuando observa que el régimen matrimonial primario no es, en sí mismo, un verdadero régimen económico matrimonial, equiparable al de comunidad o separación.[30] En efecto, si una pareja declara ante el Notario querer someterse exclusivamente al capítulo I del título III, no habría más remedio que acudir inicialmente al régimen de gananciales; y si hubieran añadido que tampoco quería someterse al de gananciales, tendría que aplicarse inexorablemente el de separación; en tal caso, la exclusión de este último por los cónyuges originaría derivativamente la nulidad de tales capitulaciones por insuficiencia de objeto. También comparto la afirmación del autor de que el contenido del régimen primario es fragmentario y heterogéneo; aunque en su descargo quepa añadir que quizá resulta serlo solo en apariencia si consideramos las múltiples correlaciones y conexiones que pone al descubierto su análisis minucioso como se comprobará ulteriormente, y, en todo caso, la existencia de tal circunstancia no dispensaría a la doctrina de profundizar en su última ratio. Por su

[28] El estudio del régimen matrimonial primario en los territorios con derecho civil foral o especial desborda el objeto de este trabajo.

[29] *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*, *op. cit.*, pág. 209.

[30] Error en el que parecen incidir François TERRÈ y Dominique FENOUILLET. *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*. Paris: Dalloz, 2005 (7ª ed.), al escribir que «a falta de elegir un régimen convencional ante notario, los cónyuges quedan sometidos al régimen legal de la "communauté réduite aux acquêts", que se ha convenido en denominar régimen matrimonial primario» (pág. 390).

parte, LACRUZ[31] afirma en parecidos términos que el régimen matrimonial primario agrupa una serie de preceptos bastante inconexos, pero que tienen como característica y denominador común este de valer para los esposos en cualquier caso. Afirmación que comparto, reiterando la anterior salvedad.

VII. El marco legal de actuación del régimen matrimonial primario

Completando lo hasta aquí expuesto, bastaría ahora con transcribir los arts. 1315 a 1317 CC:

> Art. 1315: «El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código».
>
> Art. 1316: «A falta de capitulaciones o cuando éstas sean ineficaces, el régimen será el de la sociedad de gananciales».
>
> Art. 1317: «La modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros».

Dado que el art. 32.1 CE proclama que «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio», carecería de sentido que ambos no tuvieran un derecho de naturaleza idéntica a regular sus relaciones patrimoniales, derecho que igualmente ha de respetar la ley a que se remite el art. 32.2. Por ello, en sentido estricto, no era preciso reiterarlo en el art. 1315 CC, a menos que ello se considere una exigencia de la protección jurídica de la familia, principio rector de la política social y económica que también recoge el art. 39.1 CE. Obsérvese que no hay en el CC un *numerus clausus* de regímenes económicos del matrimonio, de suerte que la libertad de los cónyuges es muy amplia ya que estos pueden optar por alguno de los típicos (de comunidad universal o particular, de separación, de participación), o mezclar elementos de dos o más típicos, o elegir uno atípico, o perteneciente a los derechos forales, o uno extranjero. No está prohibido de modo expreso, como ocurre en el Derecho italiano, acordar un régimen dotal siempre que se respeten los derechos fundamentales de los cónyuges (especialmente el de igualdad). En todo caso, las «limitaciones [...] establecidas en este Código» al derecho del hombre y de la mujer

[31] LACRUZ, J. L., *Elementos*…, *op. cit*., pág. 14.

para regular las relaciones patrimoniales de su matrimonio, deberán interpretarse restrictivamente por ser excepcionales. Bajo esta óptica deberá enfocarse el debate doctrinal acerca de las discrepancias o disonancias entre los arts. 1255 y 1328, regulaciones ambas imperfectas por deficiencias técnicas o actual desfase sobre limitaciones genéricas a la libertad de contratar. La reforma de 1975 ha supuesto una ampliación de aquella libertad nupcial al permitirse la «modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio» (art. 1317), lo que puede entenderse efectivamente realizada cuando los cónyuges cambian de régimen, e, incluso, también cuando se limitan meramente a ampliar o reducir sus aportaciones. Por lo general, la experiencia muestra que el cambio habitual consiste en pasar del régimen legal de gananciales al de separación, aunque la regla se aplica a cualquier supuesto de mutación del régimen. Pero tiene la destacada limitación de que «no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros». Hay que entender, en todo caso, que la conservación de derechos adquiridos resulta ser independiente del Registro en que pudiera figurar inscrito el régimen matrimonial afectado por el cambio, o de la confianza suscitada por la apariencia.

En 1993 Francisco de Paula BLASCO GASCÓ[32] ofreció una amplia y acertada interpretación del art. 1317 CC, analizando la jurisprudencia del TS mayoritariamente recaída hasta entonces, y facilitando la posterior. A su juicio: «Deben considerarse terceros los acreedores de los cónyuges (de uno o de cada uno de ellos o de ambos) ya hayan adquirido su derecho de crédito en virtud de las capitulaciones que se modifican, ya en un momento posterior (haya o no capitulaciones). También son terceros los titulares de derechos reales sobre bienes propiedad de alguno de los cónyuges o de ambos (usufructo, etc.), y tanto tal derecho real se haya constituido en las capitulaciones matrimoniales que se modifican, cuanto se haya constituido en un momento distinto». A continuación resueltamente afirma que los legitimarios no están incluidos aquí: «El iter adquisitivo del derecho, tanto de crédito como real, se debe haber completado, de manera que el derecho (no la mera expectativa) esté ya en el patrimonio del tercero». «El momento a partir del cual las capitulaciones matrimoniales y sus modificaciones (ya pactos modificativos, ya modificación del propio régimen) son oponibles a terceros no es aquel en que se otorgan o modifican

[32] BLASCO GASCÓ, F. de P. «Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2 (1993), págs. 599-641.

sino de su inscripción en el Registro Civil, en el Registro de la Propiedad (si afectan a inmuebles) y/o en el Registro Mercantil, si es el caso».[33] El autor estudia detenidamente un grupo de SSTS (14 de mayo de 1984, 30 de enero de 1986, 17 de noviembre de 1987 y 6 de diciembre de 1989) en cuya doctrina fundamenta su punto de vista,[34] sin olvidar, en sentido contrario, la STS de 21 de julio de 1987.[35] También se ocupa de la relación entre el art. 1317 CC y el art. 144 RH, analizando la Resolución de 16 de febrero de 1987 de la Dirección General de Registros y del Notariado. Ulteriormente se ha reiterado por el TS mayoritariamente que se trata de evitar el fraude a terceros derivado eventualmente de la modificación de las capitulaciones, sin que sea preciso obtener declaración de insolvencia en juicio previo (SSTS de 13 de octubre de 1994 y de 25 de septiembre de 1999), ni recurrir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones (SSTS de 25 de septiembre de 2007 y de 6 de febrero de 2008). La última Sentencia dispone que el art. 1317, completado con los arts. 1399, 1403 y 1404, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de acreedores.

Por tanto, cabe formular la regla general de la eficacia de la modificación del régimen contra terceros, mientras que la excepción es que no perjudica el cambio a los derechos adquiridos con anterioridad. Puede hablarse de una mera prioridad temporal o cronológica. Por otro lado, si les afecta cuando el cambio no les perjudica, *a contrario sensu* podrán prevalerse del mismo cuando les beneficie. Ello origina alguna disfuncionalidad, ya que rige lo anterior para los acreedores legalmente perjudicados, y lo nuevo para los no perjudicados.

VIII. Bibliografía

AA. VV. *Travaux de la deuxième journée d'études juridiques Jean Dabin, (6-7 mai 1966), sur les régimes matrimoniaux*. Bruxelles: Bruylant, 1966.

[33] *Op. et loc. cit*., págs. 610-612.

[34] *Op. et loc. cit*., págs. 613-630.

[35] *Op. et loc. cit*., págs. 630-633.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER, J. «Aspectos imperativos de la nueva ordenación económica del matrimonio y márgenes de la libertad de estipulación capitular». *Revista de Derecho Notarial*, núm. 112 (1981), págs. 7 y ss.

BARRIO GALLARDO, A. «La autonomía privada y el artículo 1320 del Código civil». *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4 (octubre-diciembre 2012), págs. 1653-1744.

BELDA SÁENZ, M.ª C. «Notas para un estudio del artículo 1320 del Código civil español». *Revista de Derecho Privado*, abril 1985, págs. 331-348.

BERROCAL LANZAROT, A. I. «Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 743 (mayo-junio 2014), págs. 1347-1375.

BLASCO GASCÓ, F. de P. «Modificación del régimen económico matrimonial y perjuicio de terceros: la norma del artículo 1317 CC». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 2 (1993), págs. 599-642.

CABANILLAS SÁNCHEZ, A. «Comentario al art. 1334 del CC», en AA. VV. *Comentario del Código Civil.* Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, págs. 612 y ss.

– «La contratación entre cónyuges». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 38 (1985),

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. «Protección legal de la vivienda familiar». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 588 (octubre 1988), págs. 1583-1626.

CAÑIZARES LASO, A. [*et al*.] (Dir.). *Código Civil Comentado.* Vol. I. Cizur Menor (Pamplona): Thomson Reuters Civitas Aranzadi, 2011.

CARBONNIER, J. *Droit civil (Tome II). La famille, l'enfant, le couple*. Paris: Presses universitaires de France, 1999 (19ª ed.).

CASTAN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral. Derecho de familia* (T. V, vol. 1). Madrid: Reus, 1994 (12ª ed.).

CERVILLA GARZÓN, M.ª D. *La atribución del uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular*. Madrid: Marcial Pons, 2005.

CHARTIER, Y. «Domicile conjugal et vie familiale». *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1971, págs. 510 y ss.

CORNU, G. *Les régimes matrimoniaux*. Paris: Presses Universitaires de France, 1981 (3ª ed.), págs. 89-116.

CUENA CASAS, M. «El régimen jurídico de la vivienda familiar», en AA. VV. *Tratado de Derecho de Familia* (Vol. III). Pamplona: Aranzadi Thomson-Reuters, 2012, págs. 254-418.

DE LA CUESTA SÁENZ, J. M.ª «La protección de la vivienda familiar en los Derechos francés y español. Estudio de Derecho comparado». *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1983, págs. 129-170.

– «Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario», en GONZÁLEZ PORRAS, J. M.; MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (Coord.). *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García.* Murcia: Universidad de Murcia, 2004, págs.1151-1162.

DE LOS MOZOS, J. L. en ALBALADEJO, M. (Dir.). *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales.* T. XVIII-1º. Madrid: Edersa, 1982.

DEKEUVER, A. *L'incidence du régime primaire sur les régimes matrimoniaux*. Thèse Lille, 1975.

DÍEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil (Vol. IV, T. I). Derecho de Familia*. Madrid: Tecnos, 2012.

ELORRIAGA DE BONIS, F. *Régimen jurídico de la vivienda familiar*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

ESPIAU ESPIAU, S. *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1992.

GARCÍA CANTERO, G. «El estatuto jurídico del alojamiento familiar en el Derecho español». *Anuario de Derecho Civil*, fascículo 4 (1978), págs. 709 y ss.

GARRIDO DE PALMA, V. M. *El matrimonio y su régimen económico*. Madrid: Reus 1982.

– «Matrimonio y régimen económico hoy. Perspectivas de futuro». *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio 1986, págs. 115-131.

GIMÉNEZ DUART, T. «El artículo 1320 del Código Civil ¿es aplicable en Cataluña?». *Revista Jurídica de Catalunya*, 1982, págs. 193 y ss.

GORDILLO CAÑAS, A. «La protección de los terceros de buena fe en la reciente reforma del Derecho de familia». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4 (1982).

HERRERO GARCÍA, M.ª J. «Comentario a los arts. 1315-1324 CC», en AA. VV. *Comentario del Código Civil.* T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, págs.571-602.

LACRUZ BERDEJO, J. L. *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona: Ed. Bosch, 1963.

– «Los bienes conyugales y el Registro de la Propiedad tras la reforma del Reglamento Hipotecario». Conferencia en la Academia Matritense del Notariado el 9 junio 1983 (separata).

LACRUZ BERDEJO, J. L. [*et al*.] *Elementos de Derecho Civil, IV*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 1990 (3ª ed.), págs. 281-286.

LACRUZ BERDEJO, J. L.; RAMS ALBESA, J. *Elementos de Derecho civil (IV-1)*. Madrid: Dykinson, 2005 (2ª ed.) págs. 123-133.

LASARTE ÁLVAREZ, C. «La publicidad del régimen económico matrimonial». *Revista de Derecho Público*, 1984, págs. 362 y ss.

– *Principios de Derecho Civil*. *Tomo VI*: *Derecho de Familia*. Madrid: Marcial Pons, 2008 (7ª ed.).

LETE DEL RÍO, J. M. «La disposición de la vivienda habitual por el cónyuge titular». *Actualidad Civil*, núm. 4 (2003), págs.1055-1072.

LLAMAS POMBO, E. «Comentario al Artículo 165» en CAÑIZARES, A. (Dir.); DE PABLO CONTRERAS, P.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R. (Coord.). *Código civil comentado I.* Cizur Menor (Pamplona): Thomson Reuters-Civitas, 2011, págs. 818-821.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., colaboración en MONTÉS PENADÉS, V. L. (Coord.). *Derecho de Familia.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1991.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.; DE PABLO CONTRERAS, P.; PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. *Curso de Derecho Civil (IV). Derecho de Familia*. Madrid: Colex, 2013 (4ª ed.).

MONTÉS PENADÉS, V. L. (Coord.) *Derecho de Familia*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1981.

MUÑIZ ESPADA, E. «El valor y la eficacia del régimen económico matrimonial primario». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 44 (2002), págs. 187-216.

MURCIA QUINTANA, E. *Derechos y deberes de los cónyuges en la vivienda familiar (art. 1320 CC)*. Pamplona: Aranzadi, 2002.

O'CALLAGHAN, X. «El derecho de ocupación de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales». *Actualidad Civil*, núm. 19, Vol. I (1986), págs. 1333 y ss.

– *Compendio de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de Familia*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2012 (8ª ed.).

PAZ-ARES, C. [*et al*.] (Dir.). *Comentario del Código civil* (T. I y II). Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio Justicia, Centro de Publicaciones, 1991.

PEÑA Y BERNARDO DE QUIRÓS, M. «Comentario al art. 1362 CC», en AA. VV. *Comentario del Código Civil*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1992, págs. 681-685.

PÉREZ MARTÍN, A. J. «Regímenes económicos matrimoniales (Constitución, funcionamiento, disolución y liquidación», en AA. VV. *Tratado de Derecho de Familia.* T. V. Vol. I y II. Valladolid: Lex Nova, 2009.

PUENTE DE ALFARO, F. de la. «La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 698 (2006), págs. 2359-2380.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: familia*. Madrid: Dykinson, 2001.

RAMS ALBESA, J. *Uso, habitación y vivienda familiar*. Madrid: Tecnos, 1997.

RAMS ALBESA, J.; MORENO MARTÍNEZ, J. A. (Coord.). *Comentarios al Código civil*. Madrid: Dykinson, 2005.

RAUCENT, L. *Droit patrimonial de la famille. Les régimes matrimoniaux*. Bruxelles: Bruylant, 1978 (2éme ed.).

REBOLLEDO VARELA, Á. L. *Separación de bienes en el matrimonio (el régimen convencional de separación de bienes en el Código Civil)*. Madrid: Montecorvo, 1983.

RENAULD, J. *Droit patrimonial de la famille.* T. I. Bruxelles: Larcier, 1971.

SALAZAR BORT, S. *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales. Amplio estudio jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi, 2001.

STIENON, P. *Libéralités entre époux. Gain de survie et avantages matrimoniaux*. Bruxelles: Larcier, 1973.

TAMAYO CARMONA, J. A. *Protección jurídica de la vivienda habitual de la familia y facultades de disposición.* Pamplona: Thomson Aranzadi, 2003.

TENA PIAZUELO, I. *La prestación de alimentos a los hijos tras la ruptura de pareja: pensiones, gastos, vivienda*. Cizur Menor (Pamplona): Thomson-Reuters Aranzadi, 2015.

TERRÈ, F.; FENOUILLET, D*. Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités.* Paris: Dalloz, 2005 (7ª ed.).

rjib14

ESTUDIS

EL DRET SUCCESSORI BALEAR: DE CONJUNT INORGÀNIC A UNITAT VITAL, SI EL LLEGIM A LA LLUM DELS SEUS PRINCIPIS*

Francesca Llodrà Grimalt

Professora titular de dret civil

Universitat de les Illes Balears

I. Introducció. El dret successori balear: un dret de principis? II. L'explicació sobre els principis successoris en l'exposició de motius de la Compilació. III. La llista de principis successoris i les seves plasmacions normatives. *1. La universalitat de la institució d'hereu («successio in universum ius»). A. Subprincipi: la incompatibilitat de títols successoris o la unitat de títol successori («nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest»). B. Subprinci: l'essencialitat o necessitat de la institució d'hereu en la successió voluntària («lucius heres esto»). C. Subprincipi: el predomini del* nomen *sobre l'*assignatio *(prohibició d'«heredis institutio ex re certa»). La seva interpretació. D. Subprincipi: la perdurabilitat del títol successori d'hereu («semel heres sempre heres»). 2. Primacia de la delació voluntària sobre la intestada («favor testamendi»).* **IV. Panoràmica de plasmacions normatives que semblen contradir principis successoris. Una oportunitat per a la reflexió i millora futura.** *1. La definició amb el supòsit de delació intestada a l'estirp del definit: contradiu el principi «nemo pro parte» entre d'altres? 2. Casos d'acceptació normativa de testament sense hereu: contradiuen el principi d'essencialitat de la institució d'hereu? 3. La problemàtica de la llegítima del cònjuge vidu en cas de separació matrimonial: qüestió en vies de solució. Valoració des del principi de «favor testamenti». 4. Llibertat de testar «versus» la compatibilitat de títols en el Llibre III de la Compilació. 5. La successió intestada en el Llibre III: remissions al Codi civil interpretades d'acord amb els principis successoris.*

* Dedicat al professor i mestre Miquel Coca Payeras, amb motiu de la seva propera jubilació de la càtedra.

RESUM

La carència de normativa és important en el dret successori balear i, per tant, el dret successori resulta ser un dret només de principis.

Així mateix, plantejam que potser el dret successori balear no sigui ni tant sols un dret de principis perquè tractarem regulacions normatives concretes de la Compilació on sembla que la llei consagri solucions jurídiques contràries, o resoltes contràriament, al que, inicialment, sembla que es desprendria de l'existència i aplicació del principi jurídic subjacent a les mateixes.

Paraules clau: dret civil balear, successions, principis generals del dret. Compilació.

RESUMEN

La carencia de normativa es importante en el derecho sucesorio balear y, por tanto, el derecho sucesorio resulta ser un derecho solo de principios.

Asimismo, planteamos que quizás el derecho sucesorio balear no sea ni siquiera un derecho de principios pues trataremos regulaciones normativas concretas de la Compilación donde parece que la ley positiviza soluciones jurídicas contrarias, o resueltas contrariamente, a lo que, inicialmente, parece que se desprendería de la existencia y aplicación del principio jurídico subyacente a las mismas.

Palabras clave: Derecho Civil balear. Sucesiones. Principios generales del Derecho. Compilación.

ABSTRACT

We point out that the lack of rules is common in the Balearic inheritance law and therefore succession law turns out to be only a law of principles.

We also consider that perhaps the Balearic inheritance law is not even a law of principles and we discuss specific policy *Compilation* of regulations where it seems that the statutes (written rules) set up legal solutions contrary to what initially seem requirements resulting from the existence of the general principle underlying them.

Key words: Balearic private law. Succession. The nature of statutes. Sources of law. General principles of law.

I. Introducció. El dret successori balear: un dret de principis?

El dret successori balear és un dret de principis. Amb això volem dir que està assentat damunt una base sòlida, uns valors de la comunitat, uns principis que venen d'antic, elaborats per la pràctica, constatats per la seva vigència ininterrompuda. També que aquests principis inspiren la regulació legal de les figures successòries tractades en la Compilació i autointegren els buits de llei. Així mateix, amb l'autointegració, perfilen un sistema jurídic complet que atura el recurs a la heterointegració amb la norma civil estatal.

Ara bé, per altra banda, dient que el dret successori balear és un dret de principis, també volem posar èmfasi en el sentit literal de l'expressió, és a dir, en el fet que la carència de normativa és important en el dret successori balear, que els buits de llei són habituals i, per tant, que el dret successori és només un dret de principis perquè, a dia d'avui, és un dret que es nodreix, que s'origina, en la tercera font del dret, en l'aplicació dels principis generals del dret successori propi, per manca, per poc desenvolupament i per carència d'adaptació a la realitat social, de la font primera, la llei.

Finalment, amb l'interrogant sobre si el dret successori balear és un dret de principis, es pretén plantejar si el dret successori balear no és, potser, ni tant sols un dret de principis perquè, com s'exposa al llarg d'aquest treball, existeixen regulacions normatives concretes de la Compilació on sembla que la primera font del dret civil balear, la llei, positivitza solucions jurídiques contràries, o resoltes contràriament al que inicialment sembla que es desprendria de l'existència i aplicació del principi jurídic (successori) subjacent a les mateixes.

II. L'explicació sobre els principis successoris en l'exposició de motius de la Compilació

La Llei 8/1990, de 28 de juny, sobre la Compilació del Dret Civil de Balears, en l'exposició de motius disposa que els principis successoris romans, tradicionals en el dret civil balear, compilats ja en la Compilació de 1961, varen ser plenament acceptats en la Compilació de 1990.

D'aquests principis es deriva un sistema successori «indubtablement lògic d'ordenar la successió per causa de mort», el qual respon «degudament a les

necessitats i exigències pràctiques actuals». Per això, aquest sistema «funciona bé i amb normalitat [...], i no genera, en la realització diària, problemes que en puguin aconsellar la modificació».

Els principis successoris tenen, en primer lloc, seguint l'exposició de motius, una funció integradora, en els casos de buits normatius, ja que, en «La matèria relativa a la normativa aplicable davant els supòsits d'absència, omissió o insuficiència d'una norma compilada [...] s'ha partit del pressupòsit fonamental d'entendre prioritàriament aplicable el principi d'*autointegració*, ja que no sempre és possible d'aplicar directament de manera supletòria el text del Codi civil en els supòsits de llacuna legal per la raó òbvia que, o bé el mateix Codi no té cap norma sobre la matèria [...] o bé, si en té, hi apareix com una formulació substancialment diversa»; i, en segon lloc, una funció d'interpretació analògica o extensiva.

Ambdues funcions queden paleses en l'art. 1 del títol preliminar on diu que el nostre dret «no tan sols s'ha d'interpretar, sinó que s'ha d'integrar prenent en consideració els principis que l'informen», perquè l'aplicació supletòria del Codi civil i de les altres lleis civils estatals, en cas de llacuna de llei o buit normatiu, solament pot tenir lloc quan el contingut d'aquest no topi amb els principis de l'ordenament jurídic balear.[1]

Finalment, quan parlam dels principis del dret, hem de saber que, en el dret civil balear, juntament amb la llei pròpia, el legislador utilitza la tècnica de legislar per remissió al Cc o a una norma estatal (per exemple, trobam en l'exposició de motius: «l'article 53 projectat fa seu l'ordre successori intestat establert al Codi Civil esmentat»), i també de remissió entre llibres dins de la Compilació (per exemple, diu l'exposició de motius: «el Capítol II es refereix a la successió testamentaria, amb una remissió normativa a la regulació del Llibre I per a Mallorca»), de manera que, en aquestes remissions, les normes del Cc (o les de la Compilació en les remissions entre llibres) s'apliquen sense poder fer, per part de l'aplicador, el judici sobre la no contravenció dels principis propis.[2]

[1] Paràgraf 3r de l'art. 1 CDCIB: «[...] sempre que les normes d'aquestes no s'oposin als principis del seu ordenament jurídic».

[2] Sobre aquesta tècnica legislativa cal recordar que, d'acord amb la DF 2a CDCIB, «Les remissions que fa aquesta Compilació a les disposicions del Codi civil s'entenen fetes a la redacció vigent» i, per això, qualsevol modificació d'aquestes disposicions del Codi civil haurà de ser assumida pel legislador balear; de manera que, si no ho assumeix expressament, recorda l'exposició de motius de la Llei 8/1990, continuaran regint, en el dret civil balear, els

Respecte d'aquesta tècnica legislativa, i en relació amb el tema que estam tractant, cal posar de manifest que aquesta tècnica, a la pràctica, pot generar contradiccions entre els continguts remesos (és a dir, els del Cc o altra norma estatal) i els principis successoris propis, pel fet que, si, com veurem més endavant, a la legislació genuïna del legislador balear (la Compilació) hi trobam possibles contravencions a principis successoris, no és inimaginable que en les remissions fetes pel legislador balear a la norma estatal es pugui incórrer també en contradiccions amb principis propis, malgrat siguin contradiccions subtils.

Per acabar, exemples de remissió com a tècnica legislativa expressa, o implícita perquè no hi ha regulació pròpia (malgrat podria haver-la, ja que no es tracta de figures de competència de l'Estat), en trobam, en la Compilació de 1990, en l'art. 8: «La donació universal de béns presents i futurs [...] hi serà d'aplicació l'article 1342 del Codi civil»; en l'art. 24: «[...] el dret d'acréixer es regirà pels preceptes del Codi civil»; en l'art. 38: «[...] l'hereu haurà de practicar inventari»; en l'art. 65: «A l'illa de Menorca regeix el disposat al Llibre I d'aquesta Compilació», i en l'art. 70: «Tot allò que es refereix a la successió testamentària es regirà pel Codi civil».

En els casos de remissió implícita poden plantejar-se problemes en la delimitació entre remissió i supletorietat [la qual suposa l'aplicació de la norma de l'Estat en la redacció vigent en el moment de l'aplicació i, per tant, la necessitat d'aplicar el filtre dels principis propis que disposa el 3r paràgraf de l'art. 1 («[...] sempre que les normes d'aquestes no s'oposin als principis del seu Ordenament jurídic»).

Així mateix, en alguna remissió expressa (per exemple, l'art. 77: «En allò que no hagi estat convingut per les parts serà d'aplicació la regulació de la definició mallorquina, en la mesura que sigui compatible amb la funció i el significat usuals a Eivissa i Formentera») sembla que es requereixi un judici de valor de l'aplicador, la

---

preceptes del Codi en la redacció actual del moment de la remissió legislativa. Això, sempre que la remissió no es faci a matèries que siguin de la competència exclusiva de l'Estat, afegeix l'exposició de motius de la Llei 8/1990.

Aquesta excepció és evident ja que la llei estatal s'ha d'aplicar en la redacció que pertoqui en el moment de l'aplicació perquè es tracta d'una aplicació directa d'una matèria regulada, de manera exclusiva, per l'Estat. No es refereix, per tant, aquesta excepció, a la remissió com a tècnica legislativa del legislador balear, entenent que aquest legisla quan és i en allò que és competent (i que és, en aquests casos, quan pot remetre a un altre ordenament, enlloc de fer la legislació que li competeix fer).

qual cosa no és desitjable perquè desvirtua la fiabilitat de la tècnica de la remissió, i fa pensar més en la supletorietat que en la remissió.

III. La llista de principis successoris i les seves plasmacions normatives

L'exposició de motius de la Llei 8/1990, sobre la Compilació del dret civil de Balears, ens anticipa els principis que haurem de saber que existeixen i saber trobar en l'articulat 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 (en endavant, CDCIB).

1. La universalitat de la institució d'hereu («successio in universum ius»)

L'existència històrica[3] d'aquest principi és afirmada per l'exposició de motius de la Llei 8/1990 que disposa que és un principi acceptat per la pràctica constant i per la llei, en referència a causants amb veïnatge civil mallorquí o menorquí.

Per contra, l'art. 69.2 CDCIB deixa ben clar que, en el veïnatge eivissenc-formenterenc, no té vigència la universalitat del títol d'hereu en els negocis successoris, indicant que «El testament i el pacte successori seran vàlids encara que [...] no comprengui la totalitat dels béns».

La universalitat o caràcter universal del nomenament d'hereu suposa el caràcter expansiu del títol d'hereu, que du a un mecanisme d'incrementar la quota hereditària rebuda a títol d'hereu, mecanisme que entra en diferents supòsits (estableix l'exposició de motius de la Llei 8/1990): existència de «porcions vacants causades pels hereus que no puguin o no vulguin acceptar-la i també amb les parts de què el testador no hagi disposat, generalment per error o per inadvertència».

En la Compilació, la formulació del principi es troba en l'article 15 CDCIB quan diu que l'hereu o hereus instituïts sense assignació concreta tendran el caràcter d'hereus universals i també es troba en l'art. 24 CDCIB quan disposa que les quotes hereditàries vacants incrementaran, necessàriament i proporcionalment, les dels altres hereus instituïts que arribin a ser-ho.

Com a manifestacions de l'existència d'aquest principi trobam:

1) Que la donació universal de béns presents i futurs transmet els béns presents que s'hi inclouen (art. 8 CDCIB) i, per la força expansiva del títol

[3] Digest 29,2,37 i 28,2,2 (en sentit contrari: *Filius meus exheres esto*).

d'hereu, els béns obtinguts pel donant després de l'atorgament de la donació, que es conservin en el seu patrimoni al temps de la seva mort, sense haver-ne disposat *mortis causa*. Aquests seran adquirits en aquest moment pel donatari, en tant que n'és l'hereu (art. 9 CDCIB).

2) Que l'hereu instituït en usdefruit serà hereu universal, pur i lliure, si l'hereu (nomenat fideïcomissari), que s'hagués instituït per després de la seva mort, no arriba a ser-ho (paràgraf 3r de l'art. 15 CDCIB).
3) Que en la definició d'un descendent no limitada a la llegítima, les disposicions testamentàries a favor del descendent definit quedaran sense efecte si el testament és de data anterior a la definició, tret que es tracti d'una substitució vulgar a favor dels descendents del descendent definit quan aquest és fill únic (art. 51 CDCIB). Observam, com la motivació d'aquesta norma és evitar la compatibilitat de títols successoris, és a dir, l'obertura de la intestada; incompatibilitat de títols que és un subprincipi d'aquest de la universalitat de la institució d'hereu que, en aquest cas, fonamenta l'atorgament de la possibilitat de «plenitud» de la institució d'hereu (en part definit) per substitució vulgar (hi tornarem més endavant).

   Ara bé, la solució de l'art. 51 CDCIB vulnera el principi d'universalitat perquè qui ha estat definit per la totalitat de drets successoris ho ha estat, fent el símil, o com a hereu o com a legatari (evocant l'hereu *ex re certa* —paràgraf 1r de l'art. 15 CDCIB), i per això, en el supòsit que crea l'art. 51 CDCIB s'hauria de permetre la crida al descendent definit i aplicar la incrementació forçosa del 3r paràgraf de l'art. 24 CDCIB, per tal de no vulnerar el principi d'universalitat (ni tampoc no haver de desnaturalitzar la figura de la substitució vulgar tal com fa l'art. 51 CDCIB).

A. Subprincipi: la incompatibilitat de títols successoris o la unitat de títol successori («nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest»)

L'exposició de motius de la Llei 8/1990 disposa que el caràcter universal duu com a conseqüència, és a dir, té com a subprincipi, el caràcter excloent del títol d'hereu o hereus testamentaris; el principi que no es pot obrir la successió intestada, si hi ha hereu o hereus instituïts pel causant que acceptin l'herència,[4] en referència a successions de persones amb veïnatge civil mallorquí o menorquí.

[4] Digest 50,17,7.

En relació amb el Llibre de Menorca, l'exposició de motius remarca la vigència d'aquest principi en el dret civil menorquí perquè «s'ha esmenat l'error que contenia la redacció definitiva en excloure l'aplicació a Menorca del principi d'incompatibilitat entre la successió testada i la intestada. Atès que aquest principi és un factor comú de la temàtica hereditària de l'Arxipèlag Balear».

Per contra, i com ja s'ha indicat abans, l'art. 69.2 CDCIB deixa ben clar que per al veïnatge eivissenc-formenterenc no té vigència la incompatibilitat de títols ja que no la té la universalitat del títol d'hereu en els negocis successoris perquè «El testament i el pacte successori seran vàlids encara que [...] no comprengui la totalitat dels béns».[5] Ara bé, malgrat la literalitat de l'art. 69.2 CDCIB, l'exposició de motius de la Llei 8/1990 deixa palès que la vigència o no d'aquest subprincipi successori (la incompatibilitat de títols) en el Llibre III (en el dret civil pitiús) no ha estat una qüestió del tot pacífica: «Dins el Títol de les Successions (arts. 69 a 84): el Capítol I tracta dels modes de delació hereditària i dels principis successoris i procura d'acabar amb la desorientació pràctica actual quant a la compatibilitat entre els distints tipus de successions».

La formulació expressa del principi, per a Mallorca i Menorca, es troba en l'art. 7 CDCIB: «La successió intestada [...] és incompatible amb la testada i la contractual». Però la conversió, *ex lege*, automàtica, del testament ineficaç en codicil (art. 17 CDCIB) i la possibilitat que, «Mitjançant codicil, l'atorgant pot addicionar o reformar la seva institució d'hereu dictant disposicions sobre la seva successió a càrrec dels hereus ab intestato» són factors que fan qüestionar la vigència del principi d'unitat de títol en sentit rigorós o pur.

Procedeix plantejar si la previsió del 1r paràgraf de l'art. 17 CDCIB podria ser contrària al principi d'unitat de títol, des d'una lectura literal del precepte, ja que el codicil és un acte de disposició voluntària del testador o causant i el fet de poder imposar, mitjançant codicil, disposicions derivades de la voluntat del causant als hereus intestats sembla que compatibilitza ambdós títols successoris, fent que el principi d'unitat de títol o incompatibilitat de successions sigui merament declaratiu o il·lusori.

Per altra banda, en el supòsit descrit pel 3r paràgraf de l'art. 17 CDCIB ens trobam un cas on entrarà la successió intestada o legal, a causa de la nul·litat del testament, però alhora aquest testament nul viurà, eficaçment, sota la forma de

[5] *Vid*., també, per remissió de l'art. 70 CDCIB, els art. 658.3, 763, 764 i 912.2 Cc.

codicil, amb la finalitat de mantenir la voluntat del testador. Per aquest motiu, sembla que es compatibilitzen disposicions derivades de títols universals provinents de fonts diferents: disposicions de la voluntat del causant plasmada en el testament, ara codicil, i prescripcions successòries intestades.

Des d'aquesta òptica, ambdues regles poden semblar contràries al principi d'incompatibilitat de títols successoris ja que, en la pràctica, els hereus intestats hauran de complir les disposicions contingudes en un codicil o en un testament convertit en codicil.

Ara bé, més enllà de la mera interpretació literal dels paràgrafs 1r i 3r de l'art. 17 CDCIB, seguint doctrina autoritzada —per exemple, ROCA TRÍAS en relació amb el dret català—, es conclou que la prohibició de compatibilitat de títols només té lloc entre títols universals provinents de fonts diferents, i no entre títols particulars (codicil) i títols universals (la successió intestada), malgrat provenguin de fonts diferents.

De totes maneres, té sentit mantenir el dubte sobre la possible contradicció del principi d'incompatibilitat de títols per part de la previsió legal del paràgraf 3r de l'art. 17 CDCIB, en la mesura que aquesta regla de conversió (la clàusula codicil·lar) era, originàriament, una clàusula d'estil que només el testador podia introduir en el seu testament, i no una previsió general convertida en norma legal, al marge de la voluntat del testador. Per tant, és una regla moderna en relació amb el principi d'incompatibilitat de títols que és un principi provinent del dret romà.

Com a manifestacions de l'existència d'aquest principi a les institucions de la Compilació trobam:

1) La consideració que la substitució vulgar està implícita o és tàcita en la resta de substitucions (en la pupil·lar i l'exemplar, segons el paràgraf 3r de l'art. 14 CDCIB; i en la fideïcomissària segons l'art. 26 CDCIB). Tècnica obligada per al compliment estricte del principi d'unitat de títol successori.
2) En la mateixa línia de preveure una substitució vulgar, no *ex lege*, sinó aconsellant-la en la norma (però desnaturalitzada), trobam, en matèria de definició, l'art. 51 CDCIB: «[...] en la no limitada, quedarà sense efecte qualsevol disposició de caràcter patrimonial continguda en testament de data anterior a la definició, sense que entri en joc la substitució vulgar, tret de la que es disposi a favor de descendents del renunciant si era fill únic [...]».

Aquest article proposa una solució (quan diu: «tret de la que es disposi a favor de descendents del renunciant si era fill únic») per evitar, en el futur, l'obertura de la intestada.

Aquesta solució sembla que és per preservar el «favor testamenti»; però, en realitat, intenta procurar la unitat de títol ja que, en un negoci successori voluntari com és la definició, on s'ha atorgat la mateixa (per part del descendent definit fill únic), per a la totalitat dels drets successoris; el que la previsió de l'art. 51 CDCIB fa és seguir apostant pel títol voluntari, com a únic títol de la successió del causant definidor.

Com ja hem exposat, l'art. 51 CDCIB, d'acord amb el principi d'universalitat, hauria de permetre la crida al descendent definit i la incrementació forçosa regulada en el paràgraf 3r de l'art. 24 CDCIB, per tal de no desnaturalitzar, tal com fa l'art. 51 CDCIB, la figura de la substitució vulgar (proposant un ús impropi de la substitució vulgar regulada en l'art. 774 Cc en relació amb els art. 766 i 924 Cc, que es completa amb els art. 761, 857 i 929 Cc).

3) El fet que l'únic element accidental del negoci jurídic que s'admet en un testament sigui la condició suspensiva (art. 16 CDCIB) també procura l'efectivitat del principi d'unitat de títol perquè, una vegada fixat l'hereu testamentari, no es podrà obrir d'altre títol successori. Coherentment, també estableix la CDCIB que «el terme incert implica condició» i que l'incompliment del mode «mai no podrà donar lloc a la seva resolució».

B. Subprincipi: l'essencialitat o necessitat de la institució d'hereu en la successió voluntària («lucius heres esto»)

La rellevància del principi d'essencialitat de la institució d'hereu és afirmada per l'exposició de motius de la Llei 8/1990 quan disposa que «el nostre Dret successori [...] gira a l'entorn dels dos principis bàsics ja enumerats que no són al dret supletori: la necessitat de la institució d'hereu per a la validesa del testament i la incompatibilitat de la successió testada i la intestada».

Així mateix, l'existència històrica[6] d'aquest principi també és afirmada per l'exposició de motius quan diu que és un principi acceptat per la pràctica constant i per la llei, en referència a la successió de persones amb veïnatge civil mallorquí o menorquí. Per contra, l'art. 69.2 CDCIB diu ben clar que per al veïnatge eivissenc-

[6] Instituta 2,20,34; 2,23,2.

formenterenc no té vigència l'essencialitat de l'hereu en els negocis successoris ja que «El testament i el pacte successori seran vàlids encara que no contenguin institució d'hereu».

En la CDCIB trobam l'establiment d'aquest principi en l'art. 14 que diu, literalment, que: «La institució d'hereu és requisit essencial per a la validesa del testament». En conseqüència, l'art. 7 CDCIB estableix que la successió voluntària sense hereu no és possible i, per això, en defecte d'hereu instituït, tendrà lloc la successió intestada. Així mateix, la manca d'hereu és supòsit de testament ineficaç que no pot ser subsanat (art. 17 CDCIB).

Com a manifestacions de l'existència d'aquest principi a la regulació de la Compilació trobam:

1) La declaració de l'art. 16 CDCIB en relació amb el fet que «qui és hereu ho és sempre»; la de l'art. 27 CDCIB en relació amb que «El fideïcomissari que mori abans que es compleixi la condició, no transmet cap dret als seus successors», i la de l'art. 24 CDCIB que ressalta l'expansió del títol d'hereu en referència als «hereus instituïts que arribin a ser-ho efectivament».
2) El recurs constant al mecanisme de l'hereu fiduciari implícit, en figures o supòsits successoris que posarien en dubte la validesa del testament perquè no hi trobam un hereu, en sentit estricte.

   Així, per a salvar la validesa del testament amb un hereu instituït només en usdefruit (paràgrafs 2n i 3r de l'art. 15 CDCIB) se'l considera hereu fiduciari (encara que no rep de manera definitiva cap assignació patrimonial d'hereu —paràgraf 1r de l'art. 29 CDCIB).

   També per a salvar el fet que l'hereu distribuïdor no és hereu, en sentit estricte, es dóna cabuda a l'hereu distribuïdor dins aquesta figura de l'hereu no pur, no definitiu, que és l'hereu fiduciari (art. 23 CDCIB: «El distribuïdor tendrà els drets i les obligacions que li corresponguin com a hereu fiduciari»).
3) El fet que el distribuïdor d'una herència ostenti, normalment, el títol d'hereu (art. 18 CDCIB: «El testador podrà encomanar a l'instituït hereu, encara que solament fos en l'usdefruit de tots els béns de l'herència o d'una part d'aquests»), sabent que la finalitat pràctica d'aquesta figura és que el vertader hereu sigui una altra persona (art. 18 CDCIB: «L'encàrrec comprendrà les facultats de distribució i d'elecció»; i art. 19 CDCIB: «Si l'hereu distribuïdor tenia l'encàrrec limitat, exclusivament, a la distribució dels béns entre els parents»), i que el distribuïdor és només algú obligat a

distribuir, és mostra també del principi d'essencialitat de l'hereu. Per això, té lògica el costum de nomenar el distribuïdor com a hereu, des de la consideració de l'hereu com a essencial en la successió (malgrat que, en relació amb altres normes, veurem, després, que la manca del *nomen* no és invalidant del testament).

4) La institució de la quarta falcídia (art. 38 a 40 CDCIB) que, com diu l'exposició de motius de la Llei 8/1990, «constitueix una conseqüència necessària del principi d'essencialitat de la institució d'hereu».

   Així, en l'art. 38 CDCIB observam com aquell qui és nominalment hereu, però que no rebrà una assignació real perquè hi ha moltes assignacions a títol de llegat, pot reclamar la quarta part de l'actiu hereditari líquid, perquè és necessari, és a dir, és essencial, que hi hagi un hereu. Per tant, el fer predominar, en la institució de la quarta falcídia, el *nomen* d'hereu (de qui no té assignació garantida) es deu a la consideració de l'hereu com a essencial en la successió.

C. Subprincipi: el predomini del nomen *sobre l'*assignatio *(prohibició d'«heredis institutio ex re certa»). La seva interpretació*

L'essencialitat de l'hereu es tradueix en la necessitat del seu nomenament; però no exclusivament, sinó que també es compleix quan així resulta interpretable des de la voluntat del testador. Per tant, observam més bé la no necessitat formal del *nomen*, quan l'assignació real evidencia que es compleix l'essencialitat de l'hereu i, per tant, es respecta la prohibició romana que no es pot ser hereu amb només una atribució concreta.

Així ho diu l'exposició de motius de la Llei 8/1990: «[...] encara que el testador no empri materialment la paraula hereu, sempre que resulti clara la voluntat de conferir a qui s'hagi nomenat la qualitat de successor universal». I així, per tant, es resol «l'especial contradicció resultant de la confluència del nomenament universal, inherent al títol d'hereu, i el nomenament singular referit solament a una cosa certa, concreta».

En la Compilació, per a Mallorca i Menorca,[7] trobam l'establiment d'aquest principi en l'art 14 CDCIB: «Encara que no s'utilitzi la paraula hereu, qualsevol disposició del testador que atribueixi clarament a l'afavorit aquesta qualitat, valdrà

[7] Per a Eivissa i Formentera, l'art. 70 CDCIB ens remet als art. 660, 668.2, 768, 891 Cc.

com a feta a títol universal». En conseqüència, es fixa en l'art. 15 CDCIB la irrellevància del *nomen* quan l'assignació evidencia que el títol no és universal («L'hereu o hereus instituïts només en cosa certa […] seran considerats com a simples legataris» / «L'hereu instituït només en usdefruit s'equipararà a l'instituït en cosa certa») i, per tant, el simple *nomen* no equival al compliment del principi de l'essencialitat del títol l'hereu (i, per això, la Compilació respecta el principi romà de prohibició *heredis institutio ex re certa*). En canvi, el compliment del principi de l'essencialitat del títol l'hereu sí que equival a l'assignació no limitada a cosa certa, és a dir, a l'assignació universal, malgrat no hi hagi el *nomen* («[…] quan concorrin amb hereu o hereus instituïts sense aquesta assignació […] si l'hereu únic o tots els hereus instituïts ho són en cosa certa […] tendran el caràcter d'hereus universals»).

Observam, a més, la tensió entre *nomen* i *assignatio*, sense poder extreure una teoria general al respecte, així com la no necessitat del *nomen*, si l'*assignatio* evidencia que es compleix l'essencialitat de l'hereu i, per altra banda, constatam el predomini del *nomen* quan l'*assignatio* és irrellevant per desvetllar la voluntat del causant, ja que són casos en què la naturalesa de la figura successòria en qüestió està basada en el *nomen*:

1) A l'hereu distribuïdor predomina el *nomen* perquè és aquest el que dóna evidència de l'essencialitat de la institució d'hereu, ja que no hi ha encara hereu «genuí», per això, l'assignació és indiferent (art. 18 CDCIB: «El testador podrà encomanar a l'instituït hereu, encara que solament fos en l'usdefruit de tots els béns de l'herència o d'una part d'aquests, així com al legatari cridat a l'usdefruit universal [...] que elegeixi [...] hereu o hereus»; i art. 19 CDCIB: «Si tenia facultats d'elecció [...]»). Per tant, el distribuïdor té el *nomen* d'hereu per salvar l'exigència formal d'essencialitat de l'hereu, però no ho és (art. 23 CDCIB: «[...] no en podrà detreure la quarta trebel·liànica si no era expressament facultat pel testador») i, així, l'*assignatio* (en realitat, la seva inexistència) és irrellevant.
2) També predomina el *nomen* però l'*assignatio* evidencia que no és hereu, en el sentit estricte de ser aquell qui rep una universalitat, l'hereu gravat en llegats, o sigui, aquell a qui «no quedi lliure la quarta part de l'actiu hereditari líquid» (art. 38 CDCIB).
3) La donació universal no transmet, necessàriament, una universalitat, sinó només els béns presents que s'hi incloguin (art. 11 CDCIB: «L'exclusió de determinats béns presents no afectarà la universalitat de la donació»; i art.

13 CDCIB que parla dels «supòsits d'ajornament»). Malgrat això, aquesta assignació no priva el donatari de la qualitat d'hereu, és a dir, del *nomen* (art. 8 CDCIB: «La donació universal de béns presents i futurs confereix al donatari la qualitat d'hereu contractual del donant i li transmet els béns presents que s'hi inclouen») i, per aquest fet, el donatari, si premor al donant-causant, transmet als seus hereus (no als del donant), tots els drets adquirits en virtut de la donació universal.

D. Subprincipi: la perdurabilitat del títol successori d'hereu («semel heres sempre heres»)

L'exposició de motius de la Llei 8/1990 assenyala[8] que «l'expansió o universalitat de la titularitat universal de l'hereu no tan sols es produeix a l'espai, sinó també en el temps, ja que qui és hereu ho és sempre (art. 16), per la qual cosa es consideren contradictoris i no posats els termes suspensius i resolutoris, així com també la condició i el mode resolutoris, sens perjudici, per altra banda, d'acceptar plenament el joc de l'herència successiva mitjançant la substitució fideïcomissària».

Per a Eivissa i Formentera, l'art. 70 CDCIB, en matèria de successió testada, remet al Cc (entenem que als art. 790 i 805). Ara bé, els fideïcomisos i les substitucions fideïcomissàries, que són institucions relacionades amb la possibilitat d'establir condicions, s'interpretaran d'acord amb la tradició jurídica insular, d'acord amb el 2n paràgraf de l'art. 78 CDCIB.

Pel que fa a la successió voluntària paccionada del Llibre III, l'art. 72.2 CDCIB permet gran amplitud de contingut i no sembla que impedeixi la imposició de condicions, ni de terminis («Els pactes successoris poden contenir qualssevol disposicions mortis causa […] modalitats […] càrregues i obligacions que els atorgants hi estableixin»). L'art. 75 CDCIB permet revocar, per premoriència de l'instituït, la qualitat personalíssima d'hereu contractual (per tant, l'instituït no l'ha transmesa als seus hereus), únic element que confereix el pacte successori sense transmissió de béns. Fora del cas de premoriència, sembla que podríem defensar que no es pot revocar aquesta qualitat d'hereu i, per això, l'instituent està obligat a no disposar dels béns en frau de l'heretament (de manera similar al frau de creditors). També podríem dir que, en aquest punt, s'observaria, en el Llibre III, una subtil essència del principi de perdurabilitat de la condició d'hereu.

[8] Digest 4,4,7-10; Codi 4,31,4.

La formulació del principi, per a Mallorca i Menorca, la trobam en l'art. 16 CDCIB quan diu que «qui és hereu ho és sempre» i, per això, no es pot admetre cap element accidental del negoci jurídic que pugui vulnerar aquest principi. Això suposa una limitació en l'autonomia de la voluntat del causant perquè es tendran per no posats, en la seva institució d'hereu, la condició resolutòria i els termes suspensiu i resolutori; perquè l'incompliment del mode posat a la institució d'hereu mai no podrà donar lloc a la seva resolució; i perquè l'establiment d'un terme incert es convertirà en condició suspensiva.

Així, d'acord amb l'exposició de motius, en Dret successori el *certus an incertus quando*, element bàsic de la substitució fideïcomissària, té tradicionalment el tractament de condició.

Manifestacions de l'existència d'aquest principi en trobam a:

1) La donació universal de béns presents i futurs és irrevocable perquè confereix al donatari la qualitat d'hereu contractual del donant (art. 8 CDCIB) i, part tant, la perdurabilitat, en el temps, d'aquesta qualitat d'hereu. Per això mateix, mort el donant, el donatari en serà l'hereu i no en podrà repudiar l'herència (art. 9 CDCIB), perquè es retrotreu l'acceptació de la qualitat d'hereu a la acceptació de la donació.
2) També, en coherència amb aquest principi, observam que l'hereu fiduciari només és hereu pel *nomen*, ja que l'*assignatio* revela que no és hereu, en la mesura que està sotmès a condició suspensiva la qual, si es compleix, farà que l'herència faci trànsit cap als hereus finals, els fideïcomissaris. Per això, l'art. 29 CDCIB diu que el fiduciari podrà detreure la quarta trebel·liànica, sempre que compleixi uns requisits, perquè, amb el compliment de la condició, ha quedat palès que el *nomen* del fiduciari era una formalitat, que no era en puritat un hereu «genuí», sinó només era un «posseïdor» (no era un propietari, no ho ha arribat a ser-ho).
3) Una contradicció d'aquest principi de la perdurabilitat de la condició d'hereu, podríem veure-la en la solució normativa de l'art. 51 CDCIB, en el supòsit d'una definició no limitada a la legítima (sinó per la totalitat dels drets successoris), quan concorre amb una successió intestada del donant (l'ascendent definidor). En aquest cas, l'art. 51 CDCIB estableix que el descendent que hagués atorgat definició per la totalitat dels seus drets successoris no serà cridat mai a la successió intestada.

> Aquesta solució suggereix una contradicció amb el principi de la perdurabilitat del títol d'hereu. Entenem, en aquest punt, que així com el definit en una definició limitada a la legítima és cridat com a hereu a la intestada, perquè s'entén que amb la definició no era hereu (serà com un donatari que ha de computar la donació rebuda); amb més motiu, s'hauria de cridar com a hereu a la intestada aquell qui va ser definit per més de la legítima, perquè hauríem d'entendre que, en aquest cas, va ser definit com a hereu (per exclusió, ja que si no és un simple legitimari, és perquè és hereu) i, per tant, hauria de perdurar en aquest nomenament i ser cridat com a hereu a la intestada, computant (per al càlcul de la llegítima global) i col·lacionant (per la formació dels lots hereditaris) allò que li pertoqui.

2. Primacia de la delació voluntària sobre la intestada («favor testamenti»)

Assenyala l'exposició de motius de la Llei 8/1990 que és «plenament assumida, fins i tot socialment, la preponderància de la voluntat manifestada pel testador sobre les normes generals i abstractes reguladores de la successió "ab intestato"», que aquesta primacia de la delació voluntària sobre la intestada deriva en «el criteri "favor testamenti", exigit pel respecte a la llibertat civil i a l'autonomia de la voluntat del testador».

Per altra banda, la formulació del principi es troba en l'art. 7 CDCIB que disposa que la successió intestada solament podrà tenir lloc en defecte de successió voluntària (testamentària o contractual). En virtut de l'art. 65 CDCIB, a l'illa de Menorca regeix el que disposa el Llibre I d'aquesta Compilació, excepció feta dels art. 6 i 7 CDCIB, en allò que es refereix a la donació universal de béns presents i futurs; per tant, l'autonomia de la voluntat en matèria successòria és més limitada per al causant menorquí, ja que no pot utilitzar la successió voluntària contractual.

El Llibre III, en l'art. 69.1 CDCIB («La successió es defereix per testament, per pacte o per disposició de la llei»), també opta pel respecte a la autonomia de la voluntat i per afavorir-la, podent-se usar el negoci testamentari i també la successió voluntària contractual.

El principal límit a l'autonomia de la voluntat en l'àmbit successori és el respecte a les llegítimes[9] [art. 41 CDCIB; art. 18 CDCIB («Les llegítimes es defereixen, també en aquests supòsits, des de la mort del testador»); art. 30 CDCIB («El fiduciari tendrà [...] l'obligació de satisfer les llegítimes»), i art. 81.2 CDCIB («[...] haurà de suportar l'afecció real legitimària sobre tots els béns que li hagin estat adjudicats»)].

Al llarg de la Compilació trobam manifestacions de l'existència d'aquest principi d'afavoriment de la voluntat del causant:

1) La previsió de les substitucions pupil·lar i exemplar (art. 14 CDCIB) són mostra de la preferència de la successió voluntària, fins i tot quan no es té capacitat per poder testar.

   El fet que les substitucions hereditàries (la pupil·lar i l'exemplar, segons el 3r paràgraf de l'art. 14 CDCIB; la vulgar a favor dels parents, en el cas del distribuïdor, segons l'art. 22 CDCIB, i la fideïcomissària segons l'art. 26 CDCIB) impliquin la vulgar tàcita és un mecanisme per salvar, al màxim, la voluntat del causant quan no pot operar la substitució específicament prevista.

   La mateixa finalitat es contempla en el Llibre III, en l'art. 78 CDCIB: «El disponent pot ordenar substitucions en tots els seus béns o en part d'aquests mitjançant qualsevol acte de liberalitat inter vivos o mortis causa».

2) En seu d'hereu distribuïdor, quan el distribuïdor no compleix l'encàrrec (o mor sense haver-ho pogut dur a terme), l'art. 20 CDCIB preveu unes regles d'elecció d'hereu entre els qui, sobrevivint al distribuïdor, «haguessin estat determinats individualment pel seu nom o circumstàncies» pel causant o, en defecte d'aquesta individualització, entre «els parents més pròxims en grau entre els genèricament indicats pel testador». En aquests casos, si els

[9] L'exposició de motius de la Llei 8/1990 disposa: «Són especialment importants les modificacions que s'introdueixen en el sistema legitimari [...] les orientacions i tendències, legals i doctrinals, actuals [...] impulsà algun membre de la Comissió a proposar la supressió de totes les llegítimes o a mantenir-ne, com a màxim, la del cònjuge viudo. [...] Es redueix la legítima dels pares a una quarta part d'aquest haver (article 43), amb la qual cosa es facilita la llibertat dispositiva del testador. [...] a fi de tractar de respectar tant com fos possible la voluntat del testador [...] es regulen els efectes i les conseqüències del desheretament injust i de la preterició, distingint segons que aquesta sigui errònia o intencional. *Vid*. LLODRÀ GRIMALT, F. «La legítima en las Islas Baleares», en GETE ALONSO CALERA, C. (dir.). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. Tom II. Cizur Menor: Civitas, 2011, p. 2081.

parents són fills o nebots del causant (ordenant de la distribució) o del distribuïdor, s'opera una substitució vulgar *ex lege* a favor de l'estirp del beneficiari elegit i premort, encara que dit beneficiari que ha premort al distribuïdor hagués sobreviscut a l'ordenant. Pel fet de sobreviure a l'ordenant, els beneficiaris de la distribució no obtenen encara dret algun i, per això, no poden, si premoren al distribuïdor, transmetre res als seus hereus, fins al moment de la distribució efectiva. En aquest moment, precisament perquè no havien pogut transmetre res, és quan s'opera aquesta substitució vulgar *ex lege*.

El fet que s'operi una substitució vulgar *ex lege* [que tendria la finalitat del dret de representació si estiguéssim en matèria legitimària, que no és el cas (paràgraf 4t de l'art. 18: «Les llegítimes es defereixen, també en aquests supòsits, des de la mort del testador»)], quan la substitució vulgar és una figura sotmesa a l'autonomia de la voluntat del testador, s'utilitza per respondre al «favor testamenti» i fer possible, al màxim, el compliment de la voluntat de l'ordenant en relació amb els parents que hauria pensat afavorir en el seu testament, encara que fos en darrer lloc.

3) La donació universal no quedarà sense efecte per preterició (art. 8 CDCIB), ni tampoc l'heretament (art. 74 CDCIB).
4) La voluntat del testador desplaça la norma legal: a) L'hereu instituït en usdefruit tendrà, «sempre que la voluntat del testador no fos una altra», el caràcter d'hereu fiduciari (art. 15 CDCIB); b) «L'hereu a qui, per raó dels llegats, no quedi lliure la quarta part de l'actiu hereditari líquid, podrà, tret de disposició contrària del testador, reclamar aquesta part» (art. 38 CDCIB).
5) L'opció de la sanció de la inexistència de l'element accidental enfront de la sanció de la invalidesa del testament (art. 16 CDCIB): «es tendran per no posats en la seva institució la condició resolutòria i els termes suspensiu i resolutori»; «el terme incert implica condició»; «L'incompliment de la forma [del mode] [...] mai no podrà donar lloc a la seva resolució».
6) La previsió de la figura del codicil i el fet que el testament ineficaç valgui com codicil (art. 17 CDCIB).

7) El dret d'acréixer legal (art. 24 CDCIB: «Instituïts conjuntament [...] l'acreixement es produirà preferentment»).[10]
8) El no acreixement legal entre legitimaris (art. 42 CDCIB): «En tots els supòsits en què la llegítima individual no s'hagi de satisfer, passarà a incrementar la part de lliure disposició sense acréixer als col·legitimaris».
   Per altra banda, en el Llibre III, l'art. 83.1 CDCIB també assenyala que: «[...] en tots aquests supòsits la llegítima acreixerà l'herència».
9) Els pactes successoris poden contenir qualssevol disposicions *mortis causa*, a títol universal o singular, amb les substitucions, modalitats, reserves, renúncies, clàusules de reversió, càrregues i obligacions que els atorgants hi estableixin (art. 72 CDCIB).
10) La possibilitat de fer pactes sobre la llegítima, com la definició (art. 50 CDCIB) i el finiment (art. 77 CDCIB: «Pel finiment de llegítima el descendent legitimari major d'edat pot renunciar a la llegítima»).

IV. Panoràmica de plasmacions normatives que semblen contradir principis successoris. Una oportunitat per a la reflexió i millora futura

1. La definició amb el supòsit de delació intestada a l'estirp del definit: contradiu el principi «nemo pro parte» entre d'altres?

En primer lloc, cal plantejar si és coherent la regulació de la definició (art. 50 i 51 CDCIB) amb el principi d'incompatibilitat de títols i amb el de la universalitat del títol d'hereu (en particular, amb el subprincipi de la no vigència del predomini del *nomen* sobre l'*assignatio*).

La definició, ex art. 50 CDCIB, aplicable únicament a l'illa de Mallorca (art. 65 CDCIB), és un pacte pel qual els descendents legitimaris poden renunciar a la seva llegítima futura, o/i a qualsevol altre dret successori que els pogués

[10] L'exposició de motius de la Llei 8/1990 indica: «L'increment [...] fora del camp del dret d'acréixer normal o ordinari, sembla més lògic que es produeixi a favor de les persones instituïdes com a hereus pel testador i que han acceptat l'herència, que no a favor d'altres persones anomenades per la llei, per la via indirecta de successió intestada, a les quals el testador ni tan sols va voler nomenar en l'acte de darrera voluntat».

correspondre en l'herència de l'ascendent (el «donant» en el negoci de definició), en contraprestació d'alguna donació que es rebi o s'hagi rebut.

Quan un descendent legitimari ha atorgat definició, la regla del 1r paràgraf de l'art. 51 CDCIB disposa quins efectes produirà això en l'obertura de la successió futura, respecte de la qual el descendent és un donatari definit (i es computa la seva atribució per al càlcul de la base legitimària global —2n paràgraf de l'art. 42 CDCIB). En concret, ens interessa el supòsit en el qual la definició no s'ha limitat a la llegítima, sinó que el descendent s'ha donat per definit en més de la llegítima, en qualsevol altre dret successori, o sigui, en tots els drets successoris que li poguessin haver correspost en l'herència futura del seu ascendent; i el causant mor intestat (3r paràgraf de l'art. 51 CDCIB: «Si el causant moria intestat i si la definició [...] no era limitada [a la llegítima], qui l'hagués atorgada no serà cridat mai; sí que ho seran els seus descendents, excepció feta que del pacte resulti expressament el contrari o que hi hagi altres descendents no renunciants o estirps d'aquests»).

Observam que si la successió de l'ascendent definidor és intestada, la CDCIB diu que el descendent definit (donatari) no serà cridat mai, és a dir, vendria a quedar desheretat *ex lege*, i, en el seu lloc, seran cridats els seus descendents, si n'hi ha, sempre que siguin els únics descendents en línia recta que tengui el causant (o que hi hagi d'altres descendents que no volen o no poden succeir) o que tots els descendents que tengui el causant siguin estirps de definits.

Aquesta solució és paradoxal ja que sabem que la renúncia (com és la definició) als drets successoris perjudica, com a regla general, al renunciant i a tota la seva estirp (per supletorietat dels art. 766 i 929 Cc). No obstant això, aquesta regla, com hem dit paradoxal d'acord amb les regles generals sobre renúncia als drets successoris del Codi civil, es presenta com a necessària o obligada en la CDCIB; pel fet que, si es donés el supòsit de manca de descendents, a excepció de l'estirp del definit o definits, i no es cridés dita l'estirp, entrarien com a hereus intestats els ascendents (o els col·laterals si avançam crides).

Així mateix, aquesta solució, que com hem dit excepciona la regla general dels efectes de la renúncia successòria en el Cc, ens permet reflexionar sobre si la mateixa no contradiu, a més, dins l'àmbit de la Compilació, en primer lloc, el principi *nemo pro parte*, pel fet que s'obre la intestada perquè el causant definidor no té testament, però no es té en compte que té un definit en concepte d'hereu (com a mínim *ex re certa*); és a dir, un donatari que va rebre més que la llegítima. I, en segon lloc, sobre si la mateixa no contradiu també el caràcter universal del títol

d'hereu, que podríem entendre que ve implícit en l'assignació feta al definit (per a la totalitat dels seus drets successoris). Cosa que ens hauria de dur a la solució de la incrementació forçosa (art. 24 CDCIB), enlloc de a l'obertura de la intestada.

Hem elaborat aquesta reflexió a partir de la resposta a aquestes dues preguntes que creiem que focalitzen bé el nucli de l'argument:

– En primer lloc, a què són cridats, via intestada, els descendents de qui va ser definit per més de la llegítima? La resposta podria ser que són cridats a la resta de l'herència, és a dir, a les quotes vacants; precisament, quotes sobre les que podria operar la incrementació forçosa a favor de qui va ser definit per la totalitat dels drets successoris, en un negoci que és una manifestació clara d'autonomia de la voluntat *mortis causa*.
– En segon lloc, amb quin «nom» (és a dir, títol successori) són cridats els descendents de qui va ser definit per més de la llegítima? Podem dir que són cridats, via intestada, a títol d'hereu. Per tant, creiem que és lògic, en aplicació dels tant reiterats principis successoris de la Compilació —*nemo pro parte, favor testamenti* i universalitat—, entendre que el descendent únic, definit per més de la llegítima, hauria d'ostentar, per negoci successori *inter vivos* (definició), la qualitat d'hereu evitant així, en el supòsit tractat, haver d'obrir la successió intestada (malgrat s'òbriga a favor de la seva estirp).

2. Casos d'acceptació normativa de testament sense hereu: contradiuen el principi d'essencialitat de la institució d'hereu?

Ens trobam dos casos en què la CDCIB permet un testament sense hereu.

El primer cas, s'observa a partir de l'art. 15 CDCIB, quan estableix que l'hereu instituït en usdefruit tendrà el caràcter d'hereu fiduciari si, per a després de la mort d'aquest, s'hagués instituït un altre hereu, el qual es considerarà hereu fideïcomissari. Si aquest hereu fideïcomissari no arribés a ser-ho, l'instituït en usdefruit serà hereu universal, pur i lliure. D'aquest article es pot derivar, implícitament, un cas on es nomeni un hereu usufructuari (que no concorri amb hereu o hereus no instituïts en cosa certa), sense que hi hagi instituït altre hereu per a després de la mort de dit hereu usufructuari. Des d'aquest punt de vista, podríem estar davant d'un cas de testament sense institució d'hereu perquè l'hereu usufructuari no seria considerat fiduciari, ja que no hi ha ningú fixat per a després de la seva mort.

La pregunta és si això és salvable i si és o no una vulneració del principi d'essencialitat de l'hereu. La resposta a aquest interrogant hem de buscar-la en el paràgraf 2n de l'art. 15 CDCIB, pel qual l'usufructuari «s'equipararà a l'instituït en cosa certa» (legatari), de manera que, en no concórrer amb altres hereus, l'usufructuari serà considerat legatari de la cosa certa (l'usdefruit) i hereu universal de la nua propietat. En aquest supòsit, no es produeix un fideïcomís especial tàcit (previst en el paràgraf 1r de l'art. 15 CDCIB) perquè no hi ha nomenats fideïcomissaris i la solució és entendre que l'usufructuari és considerat hereu *ex re certa* en relació amb l'usdefruit i *simpliciter* pel que fa a l'herència (d'acord amb el paràgraf 3r de l'art. 15 CDCIB). Per tant, si la seva institució és d'usufructuari universal amb facultat de disposar, passa a aquest la nua propietat i no als hereus intestats del causant, ja que l'usufructuari universal adquireix la nua propietat, per ser hereu en cosa certa.

Així, la Compilació salva el testament i l'essencialitat de l'hereu entenent que el *nomen* (hereu) predomina sobre l'assignació (usdefruit).

En segon lloc, trobam el cas de nomenar un hereu distribuïdor en la modalitat de legatari usufructuari distribuïdor que tengui, perquè la Compilació així ho permet, la facultat d'elecció (art. 18 CDCIB: «El testador podrà encomanar [...] al legatari cridat a l'usdefruit universal [...] que [...] els assigni a un o els distribueixi [...] o que elegeixi, entre tots ells, hereu o hereus [...]»).

En aquest cas, el legatari de l'usdefruit sobre tots els béns de l'herència no pot ser considerat hereu fiduciari,[11] sinó legatari fiduciari distribuïdor. A més, no s'aplica a aquest supòsit la institució *ex re certa* de l'art. 15 CDCIB de manera que, si el legatari usufructuari distribuïdor és l'únic successor instituït (encara que obligat a

[11] A diferència de quan el distribuïdor és nomenat a títol d'hereu universal, on la facultat d'elecció constitueix un veritable fideïcomís. Igualment, quan el distribuïdor és nomenat hereu usufructuari universal també és un fiduciari, en la mesura que el paràgraf 3r de l'art. 15 CDCIB assenyala que, quan aquest no concorre amb altres hereus, té la consideració d'hereu fiduciari respecte de la nua propietat i d'hereu universal si els parents indicats pel testador no existeixen o renuncien tots a l'herència. En aquest supòsit, es produeix un fideïcomís especial tàcit i, en conseqüència, l'usufructuari, en assumir la posició de l'hereu fiduciari, té l'oportunitat de purificar l'herència en la seva pròpia persona, convertint-se en hereu lliure i ple per premoriència al mateix de tots els parents o per renúncia de tots ells a l'herència. *Vid.* LLODRÀ GRIMALT, F. «La regulación del heredero distribuidor en la Compilación de Derecho Civil Balear». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 7 (2009), p. 35.

distribuir), no es pot entendre que sigui legatari respecte de l'usdefruit i hereu universal per a la resta.

Per això, en aquest supòsit de legatari fiduciari distribuïdor amb facultat d'elecció, encara que premorissin totes les persones a favor de les quals el distribuïdor hagués de disposar d'acord amb la voluntat del testador, el distribuïdor mai no podria adquirir cap dret a la nua propietat de l'herència, la qual passarà als hereus legítims o intestats del causant (ordenant) i de cap manera als del distribuïdor; perquè amb la mort d'aquest s'extingeixen tots els seus drets (ja que l'usdefruit i les facultats dispositives acaben amb la mort de qui les tenia, per ser personalíssim el caràcter d'ambdues institucions).

Per exemple, l'elecció d'hereu/s, per part del legatari fiduciari distribuïdor, no seria possible per manca de beneficiaris; perquè tots hagin premort al distribuïdor, encara que hi hagués hagut hereus dels beneficiaris premorts que haguessin sobreviscut al causant (a l'ordenant). Això és així, perquè de l'art. 20 CDCIB se'n deriva que dits beneficiaris premorts no tenen drets successoris (perquè no hi ha delació a favor dels premorts al distribuïdor) i no transmeten res als seus hereus.

En definitiva, si es nomena un legatari usufructuari distribuïdor amb la facultat d'elegir (i distribuir lògicament) i l'elecció no és possible, com el legatari usufructuari distribuïdor no és hereu, perquè no té la propietat dels béns, i no pot purificar la figura, haurem de concloure que hi ha un testament vàlid que no té hereu o entendre que, per premoriència de tots els beneficiaris, entra la successió intestada per no haver hereus i l'atribució del dret d'usdefruit al legatari distribuïdor es salva com a codicil.

Davant aquesta qüestió, cal reflexionar sobre el fet que és freqüent deixar l'usdefruit sobre tots els béns a títol de llegat, per ser el caràcter particular del títol de llegat més adequat amb l'atribució del dret d'usdefruit; i que la finalitat d'aquesta institució és la mateixa que la de l'hereu usufructuari (que condueix a l'aplicació de la institució *ex re certa* —art. 15 CDCIB). Per tant, en ser les conseqüències per al cas de premoriència dels segons nomenats molt diferents, en ambdós supòsits, cal valorar fins a quin punt no s'hauria d'estar a la voluntat del testador i, en atenció al «favor testamenti», aplicar al cas del legatari usufructuari distribuïdor la mateixa solució que a l'hereu usufructuari.

3. La problemàtica de la llegítima del cònjuge vidu en cas de separació matrimonial: qüestió en vies de solució. Valoració des del principi de «favor testamenti»

L'art. 45 CDCIB, per a Mallorca i Menorca, manté la llegítima del cònjuge vidu quan aquest està separat, sempre que la causa de la separació s'hagués imputat al cònjuge difunt: «El cònjuge que en morir el consort no es trobàs separat de fet ni en virtut de sentencia ferma, tret que en ambdós casos s'hi trobàs per causa imputable al difunt, serà legitimari en la successió d'aquest».

En matèria de llegítima, la regla general del 1r paràgraf de l'art. 45 CDCIB és que la separació fa perdre la llegítima, amb l'excepció que no la perd el supervivent no imputat (no culpable) en la separació (causal). Per això, l'opció legislativa coherent amb el sistema de separació, on ara no hi ha culpables ni responsables jurídics en les ruptures, seria eliminar aquesta referència a la imputació i, per tant, tota possibilitat de llegítima en cas de separació (o prendre la decisió de política legislativa de mantenir-la en tot cas quan la separació és de fet, o en tota separació, per tant, fins al divorci que és l'únic que suposa la ruptura del vincle —art. 85 i 88 (paràgraf 2n) Cc).

En aquesta qüestió, el legislador civil del veïnatge civil comú modificà, conseqüentment amb la Llei 15/2005, els art. 834 i 945 Cc.

El legislador balear no ha fet la modificació del 1r paràgraf de l'art. 45 CDCIB, donant lloc a pensar, des de 2005 que, si s'esdevé que, difunt un dels dos cònjuges separats, el cònjuge separat supervivent pot demostrar que la separació va ser imputada al difunt; és a dir, si s'esdevé que, a partir de 2005, ens trobàssim davant d'una separació causal, produïda abans de 2005 (declarada per sentència aplicant el règim anterior a 2005), haurem de concloure que el cònjuge separat supervivent, no imputat per la causa de la separació, conserva el dret a la llegítima.

Per altra banda, per a les separacions posteriors a la Llei 15/2005, aquest 1r paràgraf de l'art. 45 CDCIB hauria quedat inaplicable, perquè no hi haurà ja constància de cap causa de separació, ni de la seva imputació.[12]

[12] Està justificat posar de manifest la letargia del legislador balear en adequar la normativa per procurar complir el mandat de la Constitució (art. 149.1.8a) i de l'EAIB (art. 30.27) de fer la conservació (amb l'actualització necessària per donar seguretat jurídica als intèrprets jurídics) del Dret civil balear. *Vid*. LLODRÀ GRIMALT, F. «Pensar l'actualització del dret civil balear des dels seus pous». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm.13 (2015), p. 133.

La STSJIB 2/2014, de 5 de juny, ha resolt un cas, declarant el dret a llegítima de la vídua separada perquè, en els fonaments de la sentència de separació, s'imputava la causa de la mateixa al ex-marit difunt.

Aquesta Sentència és coherent amb el supòsit de fet (perquè es tracta d'una separació anterior a 2005 i també d'una obertura de la successió anterior a 2005), però no deixa de generar una certa incomoditat, per mala política legislativa, el fet que l'any 2014 (10 anys després d'una reforma estructural de la separació matrimonial) s'hagin d'atribuir conseqüències a la causa de la separació.

La crida que la Compilació fa a la causa de la separació (que es regulava fins al 2005 en el Cc i que va desaparèixer sense deixar cap transitorietat) no és una matèria que el legislador balear pugui regular. La referència a la imputació de la causa que fa el 1r paràgraf de l'art. 45 CDCIB no és una remissió estàtica, és a dir, una crida a una norma del Cc enlloc de regular, directament, la qüestió des de la Compilació; no és tampoc una supletorietat, perquè el Dret civil balear no és el competent en separació i divorci. Per tant, en definitiva, és una referència a una regulació d'una qüestió que és competència directa de l'Estat (si poguéssim fer el símil amb el negoci jurídic parlaríem d'una conseqüència jurídica que va adquirir eficàcia «per relationem»), que ha estat modificada per l'ordenament competent, el de l'Estat, i el nostre dubte és: el legislador balear pot seguir derivant efectes d'una institució regulada, per competència exclusiva, per l'Estat, la qual ara ja no està vigent?

La STSJIB 2/2014, de 5 de juny, diu que el legislador balear pot seguir volent aplicar la virtualitat de la causa de la separació si constava en la sentència, tractant-se, evidentment, de separacions causals, o sigui, anteriors a 2005. També va dir, entre d'altres coses, que la norma (paràgraf 1r de l'art. 45 CDCIB) és constitucional i que, a més, si el legislador no l'ha modificada, havent-hi hagut possibilitat per fer-ho, és perquè la vol mantenir.[13]

[13] La STSJIB 2/2014, de 5 de juny, afirma *obiter dicta* que: «[...] hay razones de justicia que pueden explicar la redacción del artículo 45 de nuestra Compilación, porque, a modo de simple ejemplo, en el supuesto hipotético de un matrimonio de larga duración, en el que un cónyuge con importantes bienes en su patrimonio —potencial caudal hereditario—, tras muchos años de convivencia, decidiera separarse de hecho —para verlo más claro— al morir dicho cónyuge en situación de separación fáctica, el cónyuge viudo, de no ser causal la separación, quedaría sin legítima. De otra parte no se atisba obstáculo alguno a la decisión del legislador balear en este punto desde la perspectiva constitucional.»

En la nostra opinió, la remissió que sobre la causa de la separació fa el 1r paràgraf de l'art. 45 CDCIB al Cc és una remissió al dret civil estatal, en matèria de competència directa del legislador estatal, de manera que quan aquest modifica la seva legislació s'hauria d'entendre modificada qualsevol norma que reculli aquesta matèria «per relació».

Així entenem que es deriva de l'exposició de motius de la Llei 8/1990, llegint, en sentit contrari, la següent reflexió sobre la tècnica legislativa de les remissions regulada en la DF 2a: «[...] les remissions a les disposicions del Codi civil s'han d'entendre fetes a la seva redacció actual. Qualsevol modificació d'aquestes, per tant, haurà de ser assumida per la nostra Comunitat Autònoma. Si no ho feia així, comportaria, en conseqüència, que a Balears continuarien regint els preceptes del Codi en la seva actual redacció. Mantenir el contrari suposaria escapçar, anticonstitucionalment i antiestatutàriament, la pròpia potestat legislativa ja esmentada, sempre que la remissió no es faci a matèries que siguin de la competència exclusiva de l'Estat».

Per tant, entenem que, si la remissió es fa a matèries que són competència exclusiva de l'Estat, la remissió és dinàmica perquè el competent és l'Estat i la mateixa hauria de fer-se al text vigent en el moment de l'aplicació.

Per acabar, mentre es prepara per a la seva publicació aquest treball, és ben possible que el Govern de les Illes Balears hagi aprovat un projecte de llei (o ja la llei mateixa) de modificació de la Compilació en alguns preceptes, com és aquest paràgraf de l'art. 45 CDCIB, per establir que la separació legal o judicial (ex art. 83 Cc) fa perdre el dret a la llegítima.

Al respecte, el Govern podria decidir que només el divorci fes perdre el dret a la llegítima, perquè és quan es dissol el vincle matrimonial (art. 85 Cc) i no anticipar efectes sancionadors a la suspensió de la convivència matrimonial per separació legal o judicial als que no han decidit, cap dels dos, sol·licitar el divorci.

La llegítima no es basa en la convivència, sinó en el vincle matrimonial que la separació no dissol per si, per això es fa la norma que disposa que la llegítima es perd per separació perquè, en cas contrari, només es perdria per ruptura del vincle, la qual es produeix amb el divorci. Si la convivència matrimonial no és exigible com a element essencial del matrimoni, i és només un deure (que no té sanció), crec que no pot usar-se per penalitzar la llegítima. La llegítima es basa també en els pactes (tàcits) de compartir durant anys vida en comú, lliurement organitzada i, per tant, qui

no usa el sistema legal per declarar-se separat és que no vol sancionar d'aquesta manera el seu cònjuge separat.

També, en cas d'optar per vincular la pèrdua de llegítima a la separació matrimonial, el Govern haurà de decidir si la fa extensiva a la separació de fet, intervenint, així, de manera sancionadora,[14] en la vida dels casats que no han optat per formalitzar la seva separació.

Així, es pot pensar que la conseqüència que la separació de fet, la qual no succeeix en el món jurídic, tengui un efecte jurídic tan devastador, com la pèrdua de drets successoris, no té sentit.

A més, les bases del nostre sistema en matèria de convivència de fet s'estableixen sobre la formalitat de la inscripció,[15] i no només la mera convivència (l'exposició de motius de la Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estables (LPE), diu que respecta «l'autonomia de la voluntat de les parts per constituir-se voluntàriament com a tal o de mantenir-se al marge del règim que s'hi preveu») per la qual cosa, si el nostre sistema va decidir ignorar la mera convivència de fet per atribuir drets, també ha d'ignorar la mera separació de fet per privar de drets.

Incidint en aquest argument observam com l'art. 8.1.c) LPE, sobre l'extinció de la parella estable, estableix que aquesta s'extingeix, no pel simple cessament efectiu de la convivència, sinó que per un cessament de la convivència durant un període superior a un any; i l'art. 8.2 LPE diu que els dos membres de la parella estan obligats, encara que sigui de manera separada, a deixar sense efecte la declaració formal que s'hagin atorgat.

Així mateix, l'art. 174.4 del RDLEG 1/1994, de 20 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de la Seguretat Social, assenyala que el supervivent d'una parella de fet (constituïda segons els requisits de l'art. 174.3 TRLGSSo) tendrà dret a pensió de viudetat, el qual «s'extingeix quan el beneficiari contregui matrimoni

[14] En la STSJIB 2/2014, de 5 de juny, es posa de manifest, en un exemple hipotètic, la injustícia que pot suposar l'efecte jurídic de pèrdua de llegítima, atribuït a la mera separació de fet, en un matrimoni de llarga duració: «[…] en el supuesto hipotético de un matrimonio de larga duración, en el que un cónyuge con importantes bienes en su patrimonio —potencial caudal hereditario, tras muchos años de convivencia, decidiera separarse de hecho —para verlo más claro— al morir dicho cónyuge en situación de separación fáctica, el cónyuge viudo, de no ser causal la separación, quedaría sin legítima.»

[15] *Vid*. art. 1.2 LPE i art. 174.3 del RDLEG 1/1994, de 20 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de la Seguretat Social.

o constitueixi una parella de fet en els termes que regula l'apartat anterior». Per tant, no té tampoc gaire coherència el fet que la sanció de la pèrdua de la llegítima es vinculi a la mera separació de fet matrimonial; mentre que conseqüències (similars) com la pèrdua de pensió de viudetat no esdevenguin fins que es produeixi un fet jurídic, com és la nova formalització d'un matrimoni o d'una parella estable.

4. Llibertat de testar «versus» la compatibilitat de títols en el Llibre III de la Compilació

En el Llibre III no regeix el principi *nemo pro parte* o sigui «d'unitat de títol successori», però sí que té gran importància i amplitud el principi de llibertat de testar (que té com a conseqüència el «favor testament»).

A partir d'aquí, surt la reflexió de si el fet de no tenir vigència, en el Llibre III, el principi d'unitat de títol, de manera que es recorre a obrir, sense més, la intestada, no qüestiona o, al manco, no limita, l'expansió o l'autèntic significat de la llibertat de testar, en el sentit del respecte i la preeminència de la voluntat del causant, que ha escollit un negoci successori i, per tant, ha prescindit de la intestada.

Per això caldria aprofundir, en el Llibre III, en la recerca de possibilitats d'expansió del títol voluntari (com a Mallorca, que hi ha la incrementació forçosa —art. 24 CDCIB), per tal d'evitar el recurs a la intestada per a completar la successió voluntària.

Una opció podria ser proposar que una regla com la de l'art. 78 CDCIB («Els fideïcomisos i les substitucions fideïcomissàries s'interpretaran d'acord amb la tradició jurídica insular»), que apel·la a la interpretació (extensiva) de les pròpies figures, d'acord amb la pròpia tradició jurídica, s'entenés com a regla interpretativa de tot el dret successori del Llibre III; especialment, quan no pot entrar la regla general d'autointegració del DCB amb els principis propis (regla que atura la supletorietat del Codi civil d'acord amb el paràgraf 3r de l'art. 1 CDCIB), per no tractar-se de supòsits de supletorietat del Cc, sinó de remissions del Llibre III al Cc.

Si fos possible, com a regla general, la interpretació de conformitat amb la tradició jurídica insular, es podria fonamentar que un principi bàsic del dret successori eivissenc, com és l'ampla llibertat de testar i el «favor testamenti», justifiqui el manteniment, al màxim, de la unitat de títol successori voluntari, en el sentit de fer-lo expansiu. És a dir, es podria fonamentar una interpretació expansiva de la llibertat de testar; enlloc d'una de restrictiva, com sembla que es fa quan es dóna més èmfasi a la possibilitat de compatibilitzar títols successoris (i es recorre al Codi civil), que a l'essència del dret eivissenc significada en l'ampla autonomia de la

voluntat *mortis causa* (art. 69.2 CDCIB: «El testament i el pacte successori seran vàlids encara que no contenguin institució d'hereu o que aquesta no comprengui la totalitat dels béns»).

D'aquesta manera, recórrer a l'essència de l'art. 78 CDCIB, que obliga a la interpretació analògica d'acord amb la tradició jurídica illenca, aturaria la remissió al Codi civil de l'art. 70 CDCIB («Tot allò que es refereix a la successió testamentària es regirà pel Codi Civil, amb les excepcions contingudes en aquest Llibre») quan el resultat de la remissió sigui, per exemple, l'aplicació de l'art. 785.1 Cc[16] (article que no està sotmès al filtre dels principis del dret civil balear del 3r paràgraf de l'art. 1 CDCIB, pel fet que no entra com a regla supletòria, ja què l'art. 70 CDCIB no fixa una supletorietat del Cc, sinó una remissió al Codi civil; i l'aplicació del qual tampoc no pot ser aturada per cap excepció concreta (positivitzada) en el Llibre III). Així, en aquest exemple, s'evitaria que s'apliqués la regla establerta per l'art. 785.1 Cc, que és contrària a la regla de l'art. 78 CDCIB perquè suposa la regla de «en el dubte, contra fideïcomís» i no sembla que això encaixi amb la tradició jurídica de la fidúcia successòria eivissenca.

Així mateix, potser l'apel·lació a la tradició jurídica insular d'Eivissa (ex art. 78 CDCIB) podria també matisar l'obertura de la intestada, en lloc de semblar que està sempre disponible com a recurs per cercar l'hereu.

Com exemple, podem parlar també del cas de la fidúcia successòria (art. 71 CDCIB) en relació amb la posició jurídica dels descendents beneficiaris (art. 70 CDCIB, esmentat abans).

En primer lloc, quan el fiduciari no accepta la fidúcia o hi ha premoriència al causant, si la delació dels beneficiaris no està sotmesa a condició, pot operar-se la substitució vulgar (art. 784 Cc). En canvi, si la delació dels beneficiaris està sotmesa a condició i aquesta no s'ha complert, no pot haver-hi substitució vulgar i entra la successió intestada (art. 759 Cc).

En segon lloc, quan els descendents beneficiaris premoren al fiduciari es planteja si aquells transmeten quelcom als seus hereus. Si la fidúcia no està sotmesa a condició, sinó que el trànsit dels béns s'ha de produir, necessàriament, quan arribi un determinat moment, els descendents adquireixen drets des de la mort de l'ordenant i els transmeten als seus hereus, encara que no sobrevisquin al

[16] L'art. 785 Cc disposa: «No surtirán efecto: 1.º Las sustituciones fideicomisarias que no se hagan de una manera expresa [...]».

fiduciari (art. 784 Cc). En canvi, si la fidúcia està sotmesa a condició (ser elegit o sobreviure), els descendents que premoren al compliment de la condició, no transmeten res encara que sobrevisquessin al causant (art. 759 Cc) i s'haurà d'obrir la intestada.

En relació amb aquests dos supòsits exposats que condueixen a l'obertura de la intestada per remissió al Cc, resulta que la no vigència a Eivissa del principi *nemo pro parte* i, per tant, la possibilitat d'obrir la intestada (a vegades com a recurs fàcil per part de qui no coneix bé l'essència del dret eivissenc) pot estar en contradicció amb el pilar del dret eivissenc que és la potenciació i el respecte a l'autonomia de la voluntat successòria, com mostra la importància històrica de la successió paccionada (art. 70 CDCIB: «[...] es regirà pel Codi Civil, amb les excepcions contingudes en aquest Llibre»).

5. La successió intestada en el Llibre III: remissions al Codi civil interpretades d'acord amb els principis successoris

Ens situam en el cas de la llegítima dels pares del causant per manca de descendents (recordant que, segons l'art. 79 CDCIB, el vidu no és legitimari en la successió del causant en el Llibre III de la Compilació).

La llegítima dels pares es fixa per remissió al Cc (art. 809 i 810.1 Cc) i es planteja un desajust de contingut.

En el Llibre III de la Compilació, el cònjuge no és legitimari, però la remissió de la Compilació a l'art. 809 Cc du a operar una reducció de la llegítima dels pares en funció que hi hagi o no cònjuge. Per això, la previsió de l'art. 809 Cc, que la llegítima dels pares és la tercera part de l'haver hereditari dels fills o descendents, si els pares concorren amb el cònjuge viudo del descendent, pot ser una norma que no encaixa amb la tradició jurídica pitiüsa.

En aquest sentit, diu CARDONA GUASCH[17] que la remissió de l'art. 79 CDCIB a l'art. 809 Cc genera un sense sentit, ja que la reducció de la quota legitimària global dels pares a un terç de l'herència, pel fet de concórrer amb el vidu o la parella estable (art. 13 LPE), no té sentit en el dret d'Eivissa i Formentera, ja que el vidu o parella estable no té dret a llegítima. Davant tal sense sentit, assenyala CARDONA

[17] *Vid*. Diversos autors. *Lecciones de derecho civil balear*. Palma: Edicions UIB, 2004, p. 448 i 449.

GUASCH que aquesta remissió només es fa en allò que no contradigui el que estableix la Compilació (art. 79 *in fine* CDCIB). Per tant, caldrà entendre, d'acord amb una interpretació lògica i sistemàtica, que, traslladat aquest article del Cc a la successió d'un causant pitiús, si aquest causant no deixa fills ni descendents, però sí pares i cònjuge, els pares tendran, en tot cas, dret a la meitat de l'herència i no a un terç. En cas contrari, diu l'autora mencionada, s'estaria admetent implícitament la condició legitimària del vidu o de la parella estable.

Discrepant de la solució exposada, plantejam si mantenir l'amplitud de la llegítima dels pares, en el cas d'existir el cònjuge o parella estable, pot ser contrari al principi vertebrador del dret pitiús que és el respecte i l'afavoriment de l'autonomia de la voluntat en el camp successori. Mentre que, si per la remissió de la Compilació a l'art. 809 Cc, aquest s'aplica tal qual, cosa que és la voluntat del legislador balear (ja que, no oblidem, que les remissions s'entenen respectuoses amb els principis propis i no s'han de sotmetre a cap filtre), la quota legitimaria dels pares es reduirà a una tercera part, en el cas que concorrin amb el cònjuge o parella estable (art. 79 CDCIB) i, així, la llibertat de testar del convivent o cònjuge causant a favor del seu convivent o cònjuge es veurà ampliada.

Des d'antic, investigadors del dret civil eivissenc[18] acostumen a mantenir que el no reconeixement del cònjuge com a legitimari en l'art. 79 CDCIB és conseqüent amb la tradició jurídica insular, atès que ha estat pràctica habitual a les Pitiüses atribuir al cònjuge l'usdefruit universal dels béns a l'atorgar testament, heretament o donació. Per tant, d'acord amb aquesta idea, diríem que el cònjuge serà beneficiari del costum eivissenc de rebre atribucions voluntàries. Si aquest és l'esperit històric que justifica que no hi hagi llegítima per al cònjuge, és raonable pensar que s'han de potenciar totes les interpretacions favorables a l'amplitud de la llibertat dispositiva, a l'amplitud de quota de lliure disposició, perquè, així, el causant pugui testar a favor del seu cònjuge o parella estable.

[18] *Vid*. COSTA RAMÓN, J. «Derecho Foral ibicenco. De las sucesiones». *Ibiza 1ª època*, núm. 25 (1947), p. 427.

rjib14

ESTUDIS

EL SUBSUELO URBANÍSTICO EN LA LEY BALEAR DE ORDENACIÓN Y USO DEL SUELO (LEY 2/2014, DE 25 DE MARZO)

Juan Alemany Garcías

Doctor en Derecho

Abogado

I. Breve referencia al subsuelo urbanístico en la legislación estatal de 2007/2008. El subsuelo urbanístico en la Ley 2/2014 (LOUS): un problema jurídico con muchas lagunas. La escasa regulación del subsuelo urbanístico en la legislación balear. Especial referencia a la LOUS y a su Reglamento. II. Sobre las posiciones doctrinales más relevantes respecto a la titularidad y régimen aplicable al subsuelo. III. Conclusiones. IV. Bibliografía.

RESUMEN

El tratamiento del subsuelo no es una cuestión pacífica, en la doctrina y en la jurisprudencia, ya que su regulación está repleta de peticiones de principios, paradojas, incoherencias y contradicciones. La LOUS (Ley 2/2014) y su Reglamento no consiguen mejorar la regulación jurídica y el contenido del subsuelo respecto a otras legislaciones autonómicas al Texto refundido de la Ley 2/2008. Pese a no existir un claro concepto de los límites del subsuelo en la legislación autonómica, se han ido dando casos de construcción de aparcamientos municipales en subsuelos públicos que han tenido que ser desafectados para su utilización, creando así una nueva realidad jurídica que deberá ser tenida muy en cuenta por los futuros legisladores estatales y autonómicos. De este modo, los planeamientos municipales deberán aclarar con bastante más nitidez cuáles son los límites y hasta dónde alcanza el subsuelo urbanístico, y no solo basarse exclusivamente en las doctrinas civilistas provenientes del derecho romano.

Palabras clave: subsuelo, desafectación, dominio público, realidades diferenciadas, límites.

RESUM

El tractament del subsòl no és una qüestió pacífica, en la doctrina i en la jurisprudència, ja que la seva regulació és plena de peticions de principis, paradoxes, incoherències i contradiccions. La LOUS (Llei 2/2014) i el seu Reglament no aconsegueixen millorar la regulació jurídica i el contingut del subsòl respecte d'altres legislacions autonòmiques al Text refós de la Llei 2/2008. A pesar de no existir un concepte clar dels límits del subsòl en la legislació autonòmica, s'han donat diferents casos de construcció d'aparcaments municipals en subsòls públics que han hagut de ser desafectats per a la seva utilització, i aquests són una nova realitat jurídica que haurà de ser tenguda en compte pels futurs legisladors estatals i autonòmics. Per tant, els planejaments municipals hauran d'aclarir amb bastant més nitidesa quins són els límits i fins on arriba el subsòl urbanístic, i no tan sols basar-se exclusivament en les doctrines civilistes que provenen del dret romà.

Paraules clau: subsòl, desafectació, domini públic, realitats diferenciades, límits.

ABSTRACT

The treatment of the subsoil is not a peaceful question in doctrine and in jurisprudence, since its regulation is full of requests of principles, paradoxical incoherencies and contradictions. The LOUS (Law 2/2014) and its regulation do not achieve to improve the legal regulation and the content of the subsoil regarding other autonomic legislation and the consolidated text of the law 2/2008. Despite the lack of a clear concept of the limits of the subsoil in the Balearic legislation, there have been different cases of municipal parking constructed on public subsoil that had to be disaffected for its use. This is a new legal reality that must be taking into account by the future state and autonomic legislators, therefore the municipal approach should clarify precisely which are the limits and up to where the urban subsoil reaches, and not only based exclusively on civil doctrines from the Roman Law.

Key words: Subsoil, disaffection, public domain, differentiated realities, limits.

I. Breve referencia al subsuelo urbanístico en la legislación estatal de 2007/2008. El subsuelo urbanístico en la Ley 2/2014 (LOUS): un problema jurídico con muchas lagunas. La escasa regulación del subsuelo urbanístico en la legislación balear. Especial referencia a la LOUS y a su Reglamento

Sobre el subsuelo se plantean numerosos interrogantes referidos no solo a su naturaleza jurídica, sino incluso acerca de qué es realmente el subsuelo, entendido este como «bien» independiente del suelo. La utilización del mismo ha experimentado una verdadera revolución en los últimos tiempos, pues ha pasado de ser un espacio accesorio, casi sin valor, a albergar una amplísima gama de usos, de la más variada índole, que nada tienen que ver con los que podíamos denominar «tradicionales». La legislación estatal del suelo, en el RDLEG 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (TRLS/2008), derogado por el RDLEG 7/2015, de 30 de octubre (TRLS), incluyó por vez primera concretas referencias al subsuelo con ocasión del dictado de la Ley de Suelo de 2007. El hilo conductor de aquellas es la consideración del subsuelo como integrante del derecho de dominio del propietario del suelo o terreno. Así se desprende de manera inequívoca de la regulación incorporada a los artículos 17 («Formación de fincas y parcelas y relación entre ellas») y 35 y 36, relativos al derecho de superficie. Una regulación que ha pasado, respectivamente, a los arts. 17 y 40 y 41 del TRLS/2008 y que sirve de punto de partida. El art. 17[1] TRLS/2008, integrado en el

[1] Proviene este artículo del correlativo de la Ley del Suelo de 2007, en el que la versión original del TRLS/2008 insertó los arts. 258.2 y 3 y 259.3 (parte) del TRLS/1992, que se refieren a obligaciones de los notarios y los registradores de la Propiedad con ocasión de actos de parcelación. El dictamen del Consejo de Estado solo efectuó la siguiente observación: «En el artículo 17.5 se ha omitido la palabra "superficie" al aludir a la "restante inferior a la parcela mínima"». Observación que, obviamente, fue aceptada por el Gobierno. La incorporación del art. 259.3 TRLS/1992 no dio lugar, correctamente, a alteración alguna del texto original de la Ley del Suelo de 2007, por tener que entenderse subsumido su contenido en el del párrafo 2º del apartado 2 de la versión original de este artículo, careciendo de sentido ampliar este último para comprender el supuesto específico de «declaración municipal de innecesariedad (de la licencia)». Y ello porque tal supuesto suponía, desde la perspectiva asumida en la Ley del Suelo de 2007 y determinante así para el TRLS/2008, una invasión en el espacio decisional propio del legislador autonómico, predeterminando en todo caso (en contra del criterio que inspiró la Ley del Suelo de 2007) el empleo de un técnica (la licencia) y siendo incompatible con el propio art. 17 en el que se

Titulo II («Bases del régimen del suelo») define en su número 1 los conceptos de «finca» y de «parcela». Define así la primera de estas nociones: «Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral». A la segunda se refiere la letra b) de este art. 17.1: «Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente».

Sobre la base de este entendimiento (el subsuelo como integrante del derecho de propiedad del dueño del terreno o suelo), los números 3 y 4 contemplan la genérica posibilidad de constituir una finca «en régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario», y la específica de que el pertinente complejo inmobiliario traiga causa de la previsión en los oportunos instrumentos de ordenación urbanística de superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, [destinadas] a la edificación o uso privado y al dominio público. Es hipótesis común que en el subsuelo del dominio público se ubique un aprovechamiento, de ordinario aparcamientos, de carácter privado, supuesto respecto del que la Ley de Suelo de 2007 y su Texto Refundido de 2008 así como el RDLEG 7/2015, de 30 de octubre, en vigor actualmente, se sitúan en la línea de la jurisprudencia y la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, exigente, según se ha expuesto, de la previa desafectación del dominio público.

El art. 17.4 TRLS/2008 dispone que: «Cuando de conformidad con lo previsto en su legislación reguladora, los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo[2] o el vuelo, a la edificación o

---

inserta (que parte de la necesidad de un acto de aprobación, autorización o conformidad). *Vid*. PAREJO ALFONSO, L.; ROGER FERNÁNDEZ, G. *Comentarios a la Ley de Suelo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 339.

[2] *Vid*. CUESTA REVILLA, J. «El subsuelo y su ordenación urbanística». *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1 (2002), pág. 97. Desde cualquier óptica se revela como imprescindible operar urbanísticamente en el subsuelo del mismo modo a cómo actuamos en superficie. El derecho urbanístico abarca también al subsuelo y, por tanto, también a este puede atribuirse aprovechamiento urbanístico. En dicho caso también en él operará el principio de equidistribución de beneficios y cargas, con los mismos problemas que su aplicación puede generar en el suelo. Lo que en ningún caso entendemos justificado es la posibilidad de operar

uso privado y al dominio público, podrá constituirse complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tengan el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público».

Más, la idea expuesta del subsuelo como porción que integra el dominio del suelo o terreno se refuerza con la previsión del apartado 1 del art. 18 TRLS/2008. Son operaciones de distribución de beneficios y cargas, que expresamente consigna que, en los casos de distribución de las mismas, con los efectos a ello inherentes, proporcionan la subrogación de las fincas de origen por las de resultado y el consiguiente reparto de su titularidad entre los propietarios. Los titulares de suelo aportan tanto la superficie de su rasante como la del subsuelo o vuelo que de él se segrega.

La regulación del derecho de superficie incorporada a los arts. 40 y 41 TRLS/2008 abunda en la misma idea. El art. 40.1, al definir el contenido de aquel, señala que su objeto estriba en la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena. Y el art. 41.4, luego de afirmar que el propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de este, precisa que «El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie». La Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo (en adelante, LOUS), trata de manera más superficial que el TRLS/2008 el concepto de subsuelo urbanístico y su problemática. De hecho, ha sido muy poca la normativa autonómica balear que ha tratado el problema del subsuelo, a excepción de algunos artículos regulados en la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de disciplina urbanística de las Illes Balears, ya que hasta la fecha solo teníamos como referencia algunos artículos de las diferentes legislaciones estatales del suelo y de alguna comunidad autónoma, pero no teníamos una regulación autonómica balear que regulará esta peculiar figura jurídica. La misma plantea una serie de problemas y lagunas jurídicas, que el legislador estatal no ha sabido acatar, y que la LOUS tampoco consigue solucionar. De hecho, la necesidad de las administraciones públicas y, en concreto, de los ayuntamientos para disponer y utilizar el subsuelo

en el mismo al margen de la ordenación urbanística y amparándonos en la regulación civil del derecho de propiedad.

público para fines distintos de los «normales» hace que cada vez sea mayor en la práctica urbanística de las entidades locales la segregación del subsuelo[3] público, su desafectación e incluso su posterior privatización. Esta práctica de la segregación como técnica jurídica que va a permitir considerar al suelo y al subsuelo como fincas registrales independientes mediante la desafectación del subsuelo como dominio público va a permitir a las Entidades Locales ampliar sus facultades de disposición sobre el subsuelo, ya que la conversión del mismo en patrimonial habilitará la posibilidad de constituir un derecho de superficie o incluso proceder a su enajenación. La simple lectura de la LOUS, no demuestra una excesiva preocupación por la regulación del subsuelo urbanístico, como tampoco lo habían hecho hasta la fecha las diferentes normativas autonómicas que regulaban el suelo, a excepción de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, derogada por la LOUS. Aunque han sido varios los intentos de detallar la regulación jurídica del subsuelo urbanístico en la legislación balear, lo cierto es que la LOUS lo regula en diferentes artículos, básicamente en el título preliminar, «Disposiciones generales», y en el capítulo primero, «Principios generales y finalidades específicas». Así, el art. 2 LOUS, señala que «La actividad urbanística es una función pública que diseña el modelo territorial local y determina las facultades y los deberes del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su destino. Comprende la ordenación, la conservación y el control del uso del suelo, del subsuelo y del vuelo; la urbanización y la edificación teniendo en cuenta las consecuencias para el entorno; y la regulación del uso, la conservación y la rehabilitación de las obras, los edificios y las instalaciones». Este artículo parte de la base que se reconoce expresamente, cosa que no había sido posible en ninguna

[3] *Vid*. TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. *Derecho Urbanístico de Cataluña*. Barcelona: Atelier, 2015, pág. 192. ¿Es posible considerar en el actual sistema jurídico constitucional todo el subsuelo como un bien de dominio público? Si la respuesta fuese positiva, los problemas acabarían, pues la construcción de infraestructuras, vías, túneles o estaciones en el subsuelo se enfrentarían a menos cuestiones jurídicas que al discurrir por la superficie. De ese modo, el subsuelo privado alcanzaría solo el espacio al que llega el interés del propietario y al que tiene acceso desde el suelo. Por debajo de esa línea, el subsuelo se convertiría en dominio público. Esta tesis ha sido aceptada incluso por el diccionario de la Real Academia de la Lengua, al decir que el subsuelo es aquella «parte profunda del terreno a la cual no llegan los aprovechamientos superficiales de los predios y donde las leyes consideran estatuido el dominio público». Aunque, insistimos, esa podría ser la solución a muchos de los temas planteados, dicha afirmación merece algunas consideraciones.

normativa de carácter urbanístico autonómica balear, que hay que regular jurídicamente el subsuelo[4] como parte autónoma e independiente del suelo que la corona, en la que se le asigna un valor y aprovechamiento urbanístico, diferente al del suelo. Así mismo el art. 3 LOUS señala finalidades y atribuciones de la actividad urbanística, concretamente en el 2.e), menciona que «En virtud del principio de desarrollo sostenible, las políticas a las que se refiere el apartado anterior deben propiciar el uso racional de los recursos naturales armonizando los requerimientos de la economía, la ocupación, la cohesión social, la igualdad de trato y oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente, contribuyendo a […] e) La prevención y la minimización, en la mayor medida posible, de la contaminación del aire, el agua, el suelo y el subsuelo», lo que evidencia una clara política de prevención medioambiental, en la que el subsuelo no es olvidado, como lo ha sido en épocas pasadas. El mismo art. 3 en su punto 4 señala que, en relación con la competencia en materia de planeamiento, y dentro del marco de los instrumentos de ordenación territorial, la actividad urbanística incluye la determinación de las dimensiones y la configuración de las parcelas edificables, así como la limitación de las edificaciones y uso del suelo, del subsuelo y del vuelo. Todo es un claro ejemplo de que la regulación de los usos deben ser concretados en los PGOUS o en su caso en las Normas Subsidiarias ya que las mismas abarcan unas extensiones bastante amplias para regular el uso de suelo, de ahí que pueda existir un abanico de posibilidades en relación con los mismos entre suelo y subsuelo, ya que por alteración de planeamiento puede modificarse el uso del subsuelo, e incluso llegar a desafectarlo de un uso o servicio público para su posterior construcción, explotación y enajenación de aparcamientos municipales.

[4] *Vid*. GIRONÉS CEBRIÁN, M.ª E. *Los aparcamientos municipales: nuevo régimen jurídico*. Barcelona: Bayer Hermanos y Compañía, 2004, pág. 245. La confusión acerca de la naturaleza jurídica del subsuelo se ha producido históricamente, en gran parte, porque el subsuelo ha sido objeto únicamente del Derecho civil, y solo en cuanto lo era de bienes de titularidad pública, también del Derecho administrativo, obviándose en sede del Derecho urbanístico. Sin embargo, tal como pone de relieve CUESTA REVILLA, es justamente la esfera urbanística la adecuada para ubicar cualquier discusión sobre el régimen jurídico aplicable al subsuelo, en cuanto la calificación jurídica —en nuestro caso de los bienes de las entidades locales como patrimoniales o de dominio público— no se agota en sí misma, sino que ha de completarse con una calificación urbanística.

La LOUS empieza a ser consciente que la realidad jurídica del subsuelo es independiente de las condiciones urbanísticas del suelo que lo corona. En el art. 7 LOUS, llama la atención que no se regule expresamente el subsuelo y se disponga que «Las administraciones públicas competentes en materias de ordenación urbanística deben ejercer las potestades propias mediante la planificación previa», y que continúe indicando «la ejecución de cualquier acto de trasformación del territorio o uso del suelo», sin mencionar el subsuelo. Esta debe estar legitimada por el instrumento de planeamiento que proceda para su ordenación, de ahí la importancia que tiene que el planeamiento determine con cierto orden y claridad los usos del suelo y del subsuelo, para evitar problemas que derivan de la dificultad de determinar claramente donde están los límites entre el suelo y el subsuelo, aunque hasta la fecha han sido diferentes las teorías[5] de interés que han establecido los límites verticales y horizontales entre suelo y subsuelo. Por último, debemos señalar en sede de disciplina urbanística de la LOUS, concretamente en el título VII, que nos encontramos con diferentes referencias al concepto de subsuelo urbanístico, muchas de ellas heredadas de la Ley de disciplina urbanística de 1990. Así, en el art. 136, en sede de actos sujetos a comunicación previa, señala que los consejos insulares podrán regular reglamentariamente la sujeción al régimen de comunicación previa para obras y actuaciones, pero que no podrán en ningún caso sujetarse a actos de transformación, construcción, edificación y uso de suelo y subsuelo, toda

[5] *Vid*. ALEGRE ÁVILA, J. M. «El subsuelo», en CANO CAMPOS, T. (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. T. VI: *Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*. Madrid: Iustel, 2009, págs. 199 y 200. El tratamiento del subsuelo no es cuestión pacífica, antes bien está trufado de peticiones de principio, paradojas y, aun, incoherencias y contradicciones. El pretendido carácter absoluto por ilimitado del derecho de propiedad fundiaria, y cuya más acentrada expresión normativa se halla en los artículos 552 del Code y 440 del italiano de 1862, nunca fue del agrado de la doctrina. En la síntesis que en los años 80 hiciera Vicente MONTÉS de esta concepción se descubre la siguiente secuencia: el subsuelo es aquella porción que «se encuentra más allá de la susceptibilidad de utilización por parte del propietario». Este no ostenta un derecho de propiedad en relación con aquel, sino, al igual que ocurre respecto del espacio (aéreo) un derecho de utilización. Este derecho de utilización, inspirado en el criterio del interés, faculta al dueño del suelo para excluir la eventual intervención de terceros en atención a las expectativas de un cambio de destino del fundo que, en los límites de la técnica actual, permita dar un impulso a la productividad de aquel. En consecuencia, el propietario del suelo tiene un «derecho potencial sobre el subsuelo».

una serie de actividades que tienen que estar sujetadas al régimen de autorización previa. Otra muestra más de que la LOUS tiene en cuenta el subsuelo urbanístico como posible campo de batalla para las infracciones urbanísticas. En el art. 139 la LOUS señala que en el procedimiento para el otorgamiento de licencias urbanísticas la solicitud definirá suficientemente los actos de construcción o edificación, instalación y uso de suelo y subsuelo que se pretenden realizar mediante el correspondiente proyecto técnico, con lo que vemos cuando un acto administrativo debe estar sujeto a autorización administrativa previa, ya que el proyecto técnico debe concretar si existen o no las edificaciones en relación con el subsuelo y hasta donde alcanza los límites de conformidad con las condiciones señaladas en el planeamiento.

En el capítulo IV LOUS, titulado «La inspección urbanística», señala que la inspección para la protección de la ordenación urbanística es una potestad dirigida a comprobar que los actos de parcelación urbanística, urbanización, construcción o edificación, instalación y uso de suelo y del subsuelo se ajustan a la legislación y ordenación urbanística correspondiente. Es importante que este artículo haga mención expresa al subsuelo urbanístico, porque con el cambio de mentalidad que desde las directivas europeas nos han impuesto en relación con el régimen de la inspección incluso ha existido parte de la doctrina que ha criticado la actividad inspectora catalogándola como una licencia otorgada *a posteriori* sin la seguridad jurídica y las garantías administrativistas que otorga la licencia urbanística, de ahí la importancia de entender que la actividad inspectora haga referencia expresa al subsuelo ya que, de lo contrario, esa nueva realidad subterránea quedaría al margen de cualquier régimen de intervención con independencia de que fuera *a priori* o *a posteriori*. Por otra parte, en el capítulo V de la Ley, en relación con la protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento del orden jurídico perturbado, el art. 150, titulado «Medida cautelar de suspensión», señala que cuando un acto de parcelación urbanística, urbanización, construcción, edificación e instalación, o cualquier otro de transformación o uso del suelo, de vuelo o del subsuelo que esté sujeto a cualquier aprobación o licencia urbanística o comunicación previas, se realice, ejecute o desarrolle sin estos títulos habilitantes o, en su caso, sin orden de ejecución, o contraviniendo las condiciones de las mismas, el órgano municipal competente ordenará, en todo o en la parte que proceda, la inmediata suspensión de las obras o el cese del acto o uso en curso de ejecución, realización o desarrollo, así como del suministro de cualesquiera servicios públicos. Esta

medida se adoptará cuando se aprecie la concurrencia de las circunstancias anteriores, incluso con carácter previo al inicio del expediente de restablecimiento del orden jurídico perturbado.

Vemos claramente que el articulado de la LOUS que hace referencia al subsuelo urbanístico, como norma general, vincula los usos del subsuelo a las previsiones del planeamiento y que, dada nuestra experiencia, en muchas ocasiones no delimita con exactitud hasta donde llega el mismo, ya que el planeamiento delimitará claramente hasta donde llega la *res* pública y con independencia de las diferentes teorías de autores civilistas. La LOUS vuelve a vincular el aprovechamiento urbanístico como derecho subjetivo y autónomo al concepto del interés y a las delimitaciones que marca el planeamiento, y remite, con relación a los límites del subsuelo, a diferentes legislaciones sectoriales, bien estatales, bien autonómicas, con lo que seguimos con cierta inseguridad jurídica en relación con la cuestión de hasta donde alcanza el subsuelo urbanístico, pese a los intentos de la LOUS en regularlo un poco más exhaustivamente de lo que lo ha regulado la legislación balear con incidencia urbanística hasta la fecha.

El Pleno del Consejo Insular de Mallorca, en sesión celebrada el 16 de abril de 2015, acordó aprobar definitivamente el Reglamento General de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo, para la isla de Mallorca. En el título I hace referencia al «Régimen urbanístico del suelo» y en el capítulo I a las «Disposiciones generales sobre régimen y clasificación de suelo». En su art. 45 regula específicamente el régimen urbanístico del subsuelo y señala: «El uso urbanístico del subsuelo se deberá adecuar a las previsiones del planeamiento urbanístico, y la existencia de aprovechamiento quedará subordinada en cualquier caso a las exigencias del interés público y de la implantación de instalaciones, equipamientos e infraestructuras vinculadas a la prestación de servicios públicos o de interés público, como telecomunicaciones, suministros, transporte y otros análogos. La necesidad de preservar el patrimonio arqueológico enterrado, como elemento intrínseco al subsuelo, supone delimitar su contenido urbanístico, y deberá condicionar la adquisición y materialización del aprovechamiento urbanístico que le atribuya el planeamiento». En dicho artículo nos damos cuenta de la extensión que se le puede dar al derecho de propiedad, y al aprovechamiento urbanístico en relación con el planeamiento urbanístico, y al

concepto que señala dicho precepto de interés[6] público, como concepto jurídico indeterminado, que no aclara la profundidad y la extensión tanto de los usos que el planeamiento puede dar al subsuelo como bajo la doctrina civilista[7] sobre la extensión del derecho de propiedad, muy relacionado con el concepto de delimitación del subsuelo y de la teoría de la vinculación.

Sin embargo, la doctrina administrativa encabezada por Alejandro NIETO[8] señala que mediante la desmembración del subsuelo surgirá la propiedad dividida con la

[6] *Vid*. GIRONÉS CEBRIÁN, M.ª E. *Los aparcamientos municipales:*…, *op. cit*., págs. 236 y 237. La teoría del interés considera que la propiedad del suelo se extiende en principio al subsuelo, pero no indefinidamente en profundidad, sino solo en la medida en que sea necesario para la satisfacción de los intereses económicos del mismo. En el mismo sentido, se pronuncia PAREJO ALFONSO al considerar que la expresión «es dueño de lo que está debajo de ella» no puede interpretarse en sus justos términos, sino con la extensión y límites que resulten del poder del propietario por razón de sus intereses legítimos protegibles. El quid de la cuestión radicaría entonces en determinar o medir este interés y, en cuanto todas las cosas están atribuidas a un propietario, el contenido de su derecho se extenderá en su dimensión vertical hasta donde alcance su interés efectivo, limitando por la posibilidad real de utilizar el subsuelo.

[7] La doctrina civilista tradicional considera que al propietario del suelo le corresponde la propiedad potencial del subsuelo, y así, que el derecho de la propiedad alcanza sin límites a toda su proyección vertical superior e inferior y, en consonancia con este concepto, se entiende por «finca» la porción de superficie terrestre delimitada por una línea poligonal, que incluye tanto el sobre como el bajo rasante de su superficie de suelo, no admitiéndose en su virtud la construcción de ninguna edificación susceptible de propiedad independizada. Bajo el suelo de propiedad privada se encuentra subsuelo del mismo carácter. Bajo suelo de propiedad pública se ha de reconocer un subsuelo que podrá tener la calificación jurídica de demanial o patrimonial según cuál sea la naturaleza del suelo bajo el que se encuentra.

[8] *Vid*. ALEGRE ÁVILA, J. M. «El subsuelo», en CANO CAMPOS, T. (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio*..., *op. cit*., págs. 201 y 202. En relación con el subsuelo urbanístico como entidad jurídica autónoma en la doctrina dominante, existió una discusión doctrinal. Por una parte Alejandro Nieto manifestó que el subsuelo urbanístico tiene un límite, el aseguramiento de los aprovechamientos del suelo, límite y justificación de las intromisiones del Plan. Todo ello es corroborado por alguna sentencia (prototípicamente, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1984), infiere que, en ausencia del Plan, el dueño del terreno es libre, en virtud de los artículos 348 y 350 del Código Civil, de destinar los volúmenes subterráneos que se encuentran debajo (del suelo) y a que tiene acceso operando desde el suelo), en cuanto integrantes de su dominio, a los usos que tenga por

que la naturaleza jurídica del subsuelo podrá ser distinta de la del suelo, eso sí, esta actuación encuentra su delimitación en el planeamiento urbanístico ya que será este el que regule las actuaciones administrativas en relación con el subsuelo. En este sentido se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo de 1990 y 29 de mayo de 1993, en las que la primera de ellas se refiere a la construcción de un aparcamiento público bajo un espacio libre, acuerdo municipal que es impugnado por considerar el recurrente que dicha actuación supone una distinta calificación o uso urbanístico de las zonas verdes o espacios libres previstos en el Plan. No obstante, la Sala entiende que la decisión de construir dicho aparcamiento no supone una infracción del ordenamiento urbanístico, ya que la

---

conveniente. Un lustro más tarde, otro autor, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, en la discusión doctrinal sobre el subsuelo como entidad jurídica autónoma, somete a un severo escrutinio las reseñadas posturas doctrinal y jurisprudencial, señaladas por la doctrina tradicional. Conforme con el parecer de NIETO GARCÍA (arriba citado) en cuanto a la atribución de la propiedad del subsuelo al Estado, si bien, salvo las formales declaraciones demaniales minera e hídrica, no en concepto de dominio público sino como bien patrimonial ex arts. 21 y 22 de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964; su radical discrepancia, vale decir la inanidad del artículo 350 del Código Civil a la hora de rellenar de contenido el subsuelo, dimana del papel jugado por el Plan: este es el que otorga los oportunos aprovechamientos urbanísticos, en cuanto añadido, artificial, por tanto, al contenido normal u ordinario de la propiedad fundiaria, que no es otro sino el garantizado a la propiedad del suelo rústico o no urbanizable. De ahí que no deje de resultar llamativo, por paradójico, que si el Estado es el dueño del subsuelo que se halla por debajo del suelo rústico, el dueño de este pase a patrimonializar, tan pronto se produzca la conversión mediante la reclasificación operada por el Plan, los aprovechamientos urbanísticos conferidos por aquel en el subsuelo. La crítica de Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ a la concepción tradicional del subsuelo, común a administrativistas y civilistas, tomaba pie en el propio art. 350 CC, a saber , en no haber leído, en clave actual, la expresión «reglamentos de policía» en aquel contenida. Una actualización que debiera haber conducido, tal como postulaba, a entender que no hay respecto del suelo, fuera de los expresamente conferidos por el Plan de Urbanismo. Una actualización, en todo caso, obligada, pues para el CC los límites consignados en el precepto de referencia eran, justamente, eso, límites, de suerte que, fuera de la singularidad que representaban las Leyes de Minas y de Aguas, y, en relación con las aguas subterráneas, con la precisión de que las mismas eran hasta 1985 res nullius y, por tanto, susceptibles de apropiación en virtud de la técnica de la ocupación o alumbramiento, el subsuelo era concebido, de un modo u otro, como una proyección o extensión natural del suelo, siquiera, en sus versiones más debilitadas y realistas, aquella proyección o extensión quedara atemperada por el recurso a la noción de «interés».

normativa municipal permite construir aparcamientos subterráneos bajo los espacios libres (en los cuales se encuentran comprendidas las zonas verdes) no implicando además dichas actuaciones una alteración sustancial del uso urbanístico de la zona verde ya que la superficie del terreno puede ser perfectamente soporte de especies vegetales o arbóreas.

La STS de 23 de diciembre de 1999 se refiere a un supuesto de reversión de bienes y derechos expropiados, contemplado la legalidad de la adscripción de bienes de uso público local a un aprovechamiento privativo adjudicado a unos particulares en virtud de concesión administrativa. En concreto determina que la expropiación de terrenos destinados a zonas verdes y a la ampliación de un viario público no impone de modo necesario que para la subsistencia de dicha causa *expropiandi* no pudiera ser utilizado el subsuelo de dichos terrenos para otra finalidad distinta, circunstancia esta que viene además matizada por las crecientes demandas sociales que, por causa de interés público, hacen necesaria la ejecución de dotaciones de aparcamientos. De esta forma, continúa la Sentencia señalando que la adscripción del subsuelo a un destino normal como es el de un aparcamiento no deslegitima la causa *expropiandi* que supuso la afección de los bienes inmuebles expropiados o la ampliación de la plaza pública. En definitiva y como consecuencia de esta práctica jurisprudencial, la Administración ha venido entendiendo que la construcción de aparcamientos subterráneos bajo zonas verdes a viales solamente se ve limitada por el respeto a la finalidad que el Plan hubiese establecido para la superficie. Ahora bien, estos ejemplos están referidos a la utilización del subsuelo desde el punto de vista de un titular, en este caso, la Administración y un destino, el demanial. A continuación vamos a hacer una breve referencia a la posibilidad de que coexistan dos propietarios distintos y diferenciados sobre el suelo y el subsuelo.

En el ámbito civil[9] existen dos fórmulas jurídicas tradicionales como son el Régimen de Propiedad Horizontal y la Constitución de Servidumbres. La propiedad

[9] *Vid*. ALEGRE ÁVILA, J. M. «El subsuelo», en CANO CAMPOS, T. (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio*..., *op. cit*., pág. 202. Es mérito de don Jerónimo González, allá por los años 20 de la centuria de igual número, haber dado a conocer la doctrina extranjera que, al socaire de los Códigos alemán y suizo, había tornado en común el criterio del interés que, para el ilustre hipotecarista, podía ser estético, probable y, aun, de mera afección, y que protegía al dueño del terreno, a través de las oportunas acciones posesorias (interdictales), negatoria y aquiliana o de responsabilidad por culpa, frente a las inmisiones o perturbaciones que alteraran aquel interés. La evolución de esta doctrina registrará un desenvolvimiento marcado por

Horizontal viene definida en el art. 396 CC al reconocer que «los diferentes pisos o locales de un edificio a las partes de ellos susceptibles de aprovechamiento independiente por tener salida propia a un elemento común de aquél o a la vía pública podrán ser objeto de propiedad separada, que llevará inherente un derecho de copropiedad sobre los elementos comunes del edificio».

Por otro lado encontramos la servidumbre personal y permanente que permite construir y edificar sobre una parcela o fundo gravado. La traslación de esta figura del derecho privado al derecho administrativo es posible aunque en ambos casos todo pasa porque la propiedad privada coexista con la pública, lo cual choca con el carácter inalienable, inembargable e imprescriptible del dominio público. No obstante, la posibilidad de establecer una servidumbre de uso público viene reconocida por el RD 1346/1976, de 9 de abril, por el que se el texto refundido de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana, concretamente en el art. 68.1, al disponer: «1. Cuando para la ejecución de un Plan no fuese menester la expropiación del dominio y bastara la constitución de alguna servidumbre sobre el mismo, prevista por el Derecho Privado o Administrativo, podrá imponerse, si no se obtuviere convenio con el propietario […]».

Se trata por tanto de dividir la titularidad del terreno, de tal manera que este será de propiedad privada pero gravada con una servidumbre de uso público que en todo caso requiere que el Planeamiento urbanístico lo permita, es decir, que este no prevea un uso distinto para el subsuelo. Además, esta figura pasa por considerar al dominio público, no como una propiedad privada de la Administración sobre una cosa material, sino como una técnica-jurídica útil que permite a la Administración titular del mismo establecer diferentes modalidades de protección sobre el uso y destino del mismo. Es decir, se dejaría de lado la tradicional idea de la apropiación para dar paso a la existencia de un título de intervención plena a favor de la Administración ya que lo verdaderamente relevante del dominio público no es su titularidad sino su destino o finalidad. Esta apreciación se ve avalada por el propio Tribunal Constitucional al destacar en su Sentencia 227/1988, como nota característica del dominio público, su exclusión al tráfico jurídico-privado, su consideración como *res extra commercium* y su afectación al uso y/o servicio

énfasis en la susceptibilidad del subsuelo como objeto de derecho autónomo, propio y separado, aun cuando de ningún modo enteramente desvinculado del suelo, del que, en términos registrales, aparecerá, en su caso, como disgregación de la finca matriz o material.

público. Esta postura nos lleva a la conclusión de que lo esencial del dominio público no es tanto su titularidad como su destino, pudiéndose este ampliar plenamente para que recaiga sobre un bien privado y destinado al uso o servicio público; sin embargo no se adecúa al mandato de los Plenos Generales, ya que estos supeditan la obtención de la dotación a la adquisición de su titularidad (expropiación, ocupación directa, compra, cesión obligatoria y gratuita), por lo que entiendo que esta opción pasaría porque el Plan General previese de conformidad con el interés público tal posibilidad.

La última cuestión a abordar es la posibilidad de constituir un conjunto inmobiliario en el que el suelo y el subsuelo se constituyan como dos fincas independientes, posturas avaladas por la transcendental Resolución de la Dirección[10] General de Registros y del Notariado de 5 de abril de 2002 en la que se

[10] *Vid*. ALEGRE ÁVILA, J. M. «El subsuelo», en CANO CAMPOS, T. (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio*..., *op. cit*., págs. 210-212. Este pronunciamiento doctrinal del subsuelo de los bienes de dominio público municipal tiene su reflejo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Un reflejo parcial, pues a una coincidencia inicial sigue una discrepancia, radical en apariencia, aunque, bien mirado, de tono menor al que pudiera desprenderse de los términos en que aparece formulada. Una doctrina que sintetiza la Resolución de 5 de abril de 2002, resolutoria del recurso gubernativo interpuesto frente a la calificación del titular del Registro de la Propiedad número 6, de Oviedo, que había denegado la inscripción registral de un complejo inmobiliario integrado por un bien de dominio público municipal, una zona verde, y el aparcamiento privado que pretendía localizarse bajo su superficie. El aparcamiento privado traía causa de un previo acto de desafectación del subsuelo por el Ayuntamiento, que había procedido a la alteración de la calificación jurídica de este, para inscribirlo en el inventario municipal como bien patrimonial y respecto del que, en tal condición, se solicita la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad, solicitud a la que se adjuntan los estatutos del complejo inmobiliario que pretendía constituirse, integrado por la zona de equipamiento superior y el aparcamiento subterráneo situado debajo. La denegación de la inscripción registral diferencia la del subsuelo y la del complejo inmobiliario pretendido. En relación con aquel, el subsuelo, la denegación, una vez producida la desafectación, se amparaba en que esta no es inscribible, por «no recaer sobre una finca registral, sino sobre un volumen absolutamente diferenciado de la finca superior que le sirve de soporte, absolutamente desconectado de la superficie terrestre», razón por la que no puede construirse como finca independiente. Por lo que se refiere a la del complejo inmobiliario, las razones aducidas se pueden sintetizar así: es inviable la inscripción, tras la segregación producida, del complejo inmobiliario como agrupación o comunidad de propietarios, al amparo del art. 24.2.b) de la Ley de Propiedad Horizontal de 1960, en la redacción introducida por la Ley 8/1999, de 6

plantea la cuestión de si es posible practicar la inscripción registral, como finca independiente, de una unidad subterránea constituida por una edificación bajo suelo de carácter público, previa la correspondiente desafectación como bien demanial del suelo, registrándolo como bien patrimonial. Dicha Resolución parte de un principio básico como es que «El dominio no se configura como un derecho ilimitado y unitario» sino que la función social de la propiedad va a delimitar su extensión, cediendo por tanto el derecho del propietario al superior principio de la función social de la propiedad. De esta forma, las normas urbanísticas pueden permitir un uso del subsuelo distinto del correspondiente al suelo siendo indispensable que tal posibilidad no sea contradictoria con el planeamiento y que se cumplan los requisitos legales en orden a la desafectación como bien demanial del subsuelo para su configuración como bien patrimonial.

Registralmente, deberá abrirse folio destinado a las unidades subterráneas constituidas por el volumen de suelo desafectado, como demanial, admitiendo además la posibilidad de que un determinado volumen edificable del subsuelo pueda ser objeto autónomo de relaciones jurídicas, sin que exista edificación alguna a la cual esté imprescindiblemente unido.

---

de abril, porque dicho precepto, según resulta de su menor y antecedentes, solo es de aplicación a los complejos inmobiliarios privados, así como por la dificultad de que coexistan dominio público y dominio privado sobre elementos comunes [arts. 2.c) y 24.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, versión de 1999]. En todo caso, y aun cuando fuere de aplicación el art. 24 de la Ley de Propiedad Horizontal a los complejos inmobiliarios públicos o mixtos (ya por analogía, ya por el principio de autonomía de la voluntad, de corto alcance en materia de derechos reales y en relación con entes públicos), no puede hablarse en puridad de complejo inmobiliario, «por no reunir los requisitos establecidos para ser considerado como tal, pues no hay pluralidad de fincas materiales, edificaciones o parcelas [art. 24.1.a)] ni un verdadero punto de conexión entre las fincas y titulares, constituido por elementos comunes propter rem [art. 24.1.b)], pues «sólo es elemento común los forjados del aparcamiento y no hay obligaciones comunes, ya que, todas las obligaciones sobre los elementos y servicios comunes recaen sobre la finca (aparcamiento)». A la inscripción del complejo inmobiliario pretendido se alzan idénticos obstáculos a los expuestos en relación con la del subsuelo-bien patrimonial una vez producida la desafectación, a saber, la pretensión de constituir aquel en finca independiente disociada del suelo de la finca registral, que, se dice, contraviene las normas reguladoras del derecho de propiedad en cuanto a extensión y accesión (arts. 360 y 363 y siguientes CC), cuyo contenido esencial es objeto de reserva de ley (arts. 33.2 y 53.1 CE).

La Resolución[11] reconoce que la jurisprudencia ya ha admitido la posibilidad de un uso privativo del subsuelo, sin que por ella se perjudique el carácter demanial del suelo aunque referidas a un supuesto de concesión administrativa. En efecto, ya sea por la vía de concesión administrativa ya sea por vía de desafectación de la unidad subterránea destinada a aparcamiento, no se aprecia ninguna limitación al destino

[11] *Vid*. GIRONÉS CEBRIÁN, M.ª E. *Los aparcamientos municipales:…*, *op. cit*., págs. 107 y 108. Una reciente Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 5 de abril de 2002, viene a avalar las tesis que admiten la posibilidad de uso privativo del subsuelo no solo a través de la figura tradicional eminentemente administrativista de la concesión —que no supondría ninguna novedad— sino a través de la desafectación administrativa-urbanística de la figura civil-registral de la unidad subterránea con destino a aparcamiento. Ello supone, en términos de CONCHEIRO DEL RIO: de un lado, dar cobertura jurisprudencial a soluciones ya desarrolladas en muchas ocasiones en la práctica jurídica. Y, de otro, venir a confirmar la posibilidad de proceder a la alteración de la calificación jurídica del subsuelo, que pasa a tener carácter patrimonial, con mantenimiento de la calificación jurídica del suelo, que sigue siendo demanial. La materia que es objeto de análisis, podemos considerarla paradigma de interrelación horizontal entre diversas disciplinas jurídicas, en pro del denominado «Derecho inmobiliario urbanístico», que resulta de suma relevancia al objeto de nuestro estudio, los aparcamientos, en cuanto supone una nueva orientación al sistema jurídico tradicional por el que se reducirá el régimen de uso privativo del subsuelo bajo suelo de dominio público de las entidades locales, a la figura jurídico-administrativa de la concesión; pudiendo ahora la entidad local, en ejercicio de sus competencias y el ámbito de su autonomía, decidir en cada caso entre los distintos regímenes y figuras jurídicas posibles. Es por ello que consideramos necesario proceder al estudio pormenorizado de la Resolución mencionada, al objeto de delimitar los requisitos que han de concurrir para que la posibilidad admitida por la Dirección General de los Registros y del Notariado pueda ser efectivamente formalizada y materializada por nuestros municipios. La Resolución entendemos que se circunscribe al supuesto de hecho específico en que el estatuto jurídico del suelo es dominio público y su calificación urbanística permite la edificación del suelo. En este supuesto, la desafectación se realiza con relación a una unidad situada bajo una zona de equipamiento, y tiene como finalidad la construcción de un aparcamiento subterráneo, con acceso que discurre por espacio libre de uso público. No se pronuncia, sin embargo, en relación con los supuestos en que teniendo el suelo la calificación jurídica de dominio público, su calificación urbanística no permite su edificación —sistema viario, espacios libres y zonas verdes— con cuya relación entendemos que será posible también proceder a la desafectación y alteración de la calificación jurídica y urbanística del subsuelo, si bien, en estos casos, la figura jurídica-civil, será distinta.

demanial público del suelo, ningún perjuicio o merma al servicio o uso público al que éste estuviera destinado.

No se trata en el presente caso de segregar un volumen edificable en el subsuelo, desconectándolo totalmente de la superficie. Por el contrario, precisamente porque sigue existiendo vinculación con la superficie, deben quedar claramente reguladas las relaciones derivadas de la coexistencia entre un suelo y vuelo público, con un volumen edificable en el subsuelo, de carácter patrimonial. Esa regulación se realiza a través de la constitución de un complejo inmobiliario, registralmente en el folio abierto al suelo público constará la configuración como bien patrimonial de parte del subsuelo, en el folio abierto a este constará igual en la finca matriz de procedencia y en ambas las reglas del complejo inmobiliario articulado.

Afirma igualmente la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 2002, que aunque no haya una pluralidad de fincas materiales o físicas, en cuanto suelo y subsuelo forman parte de la misma finca física, y por lo tanto, de esta manera, sí que existe pluralidad de fincas registrales, desde el momento que se abre folio aparte al subsuelo patrimonial. En definitiva, esta Resolución está refiriéndose a un supuesto en el que el bien de propiedad del municipio ostenta un carácter demanial (Parque Invierno) y, por tanto, y dado su carácter de demanialidad y la imposibilidad de ser gravado con cargas civiles, no se puede acudir a la figura de la servidumbre por lo que es precisa una desafectación parcial del suelo en la medida en que sea necesaria, y estos elementos revisten el carácter de elementos comunes de la unidad superior. Estos elementos comunes serían: el forjado del techo del aparcamiento y los viales de acceso al aparcamiento en la medida que estos tuvieron que construirse en el suelo.

Por último, apuntar que esta desafectación y la consiguiente conversión en bien patrimonial del subsuelo habilitan a la Administración a utilizar este como tal bien patrimonial y por tanto podrán constituir, por ejemplo, un derecho de superficie. Ahora bien, esta posibilidad de proceder a la desafectación del subsuelo entendemos debe estar prevista en el correspondiente Plan General. Esta idea se desprende de la STSJ de Cantabria de 11 de marzo de 1998 en la que se exige que, para la desafectación del subsuelo existente bajo un suelo con calificación demanial por su destino a zona verde y vial público, se produzca dicha precisión en el Plan General, ya que de lo contrario se produciría una desnaturalización del demanio constituido por el subsuelo ya que este, en cuanto sustrato natural del suelo, goza

de las mismas características de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad y por tanto de su afectación al destino que el Plan le otorga.

La desafectación supone una posibilidad de enajenar dicho subsuelo produciéndose así una estratificación de la propiedad del suelo, por ello es necesario que dicha naturaleza patrimonial sea reconocida en cuanto a su destino por el Plan urbanístico. Así, a la Empresa Municipal de Obras y Proyectos Urbanos (EMOP) hoy denominada SMAP (Sociedad Municipal de Aparcamientos), sita en Palma de Mallorca, se le encargaron la construcción de diferentes centros cívicos, con aparcamientos[12] subterráneos, como un solar sito en la calle General Riera, de Palma de Mallorca, en el que el suelo tenía una calificación distinta a la del

[12] *Vid*. GIRONÉS CEBRIÁN, M.ª E. *Los aparcamientos municipales:*…, *op. cit*., págs. 295-297. A pesar de que el destino de unos terrenos a dotaciones de aparcamientos satisface indudablemente necesidades colectivas o de interés general, dicho destino no presupone ni una titularidad púbica, ni un régimen jurídico-administrativo de dominio público, en cuanto las dotaciones de aparcamientos pueden recaer en fincas de titularidad pública pero de régimen jurídico patrimonial, así como incluso en fincas de titularidad privada. Corresponderá en cualquier caso al planificador, en ejercicio de la función de ordenación y planificación urbanística que le es propia, proceder a declarar el subsuelo con destino a dotaciones de aparcamiento, como bien de dominio público, patrimonial o privado, según considere más conveniente en cada caso, y así podrá prever aparcamientos y garajes de dominio público, siempre y cuando se respeten los estándares legalmente exigidos en cuanto a dotaciones públicas. Esta declaración e implantación, sin embargo, deberá concebir la ciudad como un «todo» al objeto: de un lado, a través del establecimiento de nuevos aparcamientos y garajes en su subsuelo, contribuir a la descongestión de los núcleos urbanos sobrecargados de tráfico y disminuir los movimientos circulatorios en busca de plazas de aparcamiento, con la seguridad de que la oferta de plazas de aparcamiento será cubierta por una demanda creciente, por cuya virtud el uso dotacional de aparcamiento se ha convertido en un negocio tan rentable, en palabras de GARCÍA-BELLIDO, como la propia edificación en superficie, y ello también para la Administración local titular de los bienes donde se ubiquen. De otro lado, plantearse las posibilidades de desarrollo futuro del subsuelo, donde los garajes y aparcamientos subterráneos deberán convivir y compatibilizarse con toda una suerte de otros usos que, de forma progresiva, se irán ubicando bajo rasante, tales como galerías de servicios que integren el cableado, tuberías de agua, calefacción, con un vial para vehículos de inspección y mantenimiento, y una vía de circulación sencilla para tranvías; autovías subterráneas; estaciones subterráneas, ferrocarriles; centros comerciales; etc., que exigen su regulación y ordenación para evitar los efectos nocivos e incluso peligrosos que puede producir la utilización sin control del subsuelo.

subsuelo, amén de que el subsuelo era un bien demanial que tuvo que desafectarse para pasar a convertirse en bien patrimonial y de esta manera la empresa pública pudo recibir el encargo de gestión de las obras y explotación del suelo y el subsuelo, utilizando este último para aparcamientos en la zona, con independencia de que el suelo que lo sustenta tuviera la calificación de bien de dominio público, uso público, en concreto de zona verde, ajardinadas, pudiéndose compatibilizar perfectamente el régimen jurídico del suelo que se conservaba como bien de dominio público y el subsuelo urbanístico que, una vez desafectado, se consideraba bien patrimonial, pudiendo entrar de esta manera en el tráfico inmobiliario. Ello está regulado en el art. 130 de la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears, que señala que en los inmuebles calificados de dominio público se puede otorgar una calificación jurídica distinta al subsuelo respecto al suelo mediante la desafectación parcial del subsuelo para calificarlo como bien patrimonial diferenciado. Por último debemos manifestar que el TRLS intenta poner orden y criterio unificando la Ley del Suelo estatal de 2008 y la famosa Ley de las «tres R» de 2013 (Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas), con criterios de sostenibilidad energética y con el informe de evaluación de edificios, centrando la atención especialmente en la regeneración, renovación y rehabilitación edificatoria; sin embargo, aunque hay alguna referencia en el Texto refundido al subsuelo, no lo trata en ningún capítulo de manera independiente cuando, desde nuestro punto de vista, en nuestros días es una realidad «urbanística» que el legislador estatal debería tratar con mayor profundidad. Dicho TRLS del 2015 trata el concepto del subsuelo a lo largo del articulado, pero sin un capítulo independiente y autónomo como así sería deseable. Así, por ejemplo, en el art. 3 («Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible») menciona al subsuelo al señalar «que la prevención y minimización de la contaminación, el aire, el agua, el suelo y el subsuelo», tratando este último concepto como una realidad existente, y que debe ser objeto de preocupación y regulación por el legislador. En conexión con el artículo citado, el art. 6.a) señala que todos los ciudadanos «Tienen el deber de respetar y contribuir a preservar el medio ambiente y el paisaje natural absteniéndose de realizar actuaciones que contaminen el aire, el agua, el suelo y el subsuelo […]». El art. 12.2 reconoce que «Las facultades del propietario alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las

limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público». Por otra parte, de acuerdo con el art. 22.5.a), la ordenación y ejecución de las actuaciones sobre el medio urbano, sean o no de transformación urbanística, requerirá la elaboración de una memoria que asegure su viabilidad económica y que contendrá, al menos, un estudio comparado de los parámetros urbanísticos existentes y, en su caso, de los propuestos, con identificación de las determinaciones urbanísticas básicas referidas a edificabilidad, usos y tipologías edificatorias y redes públicas que habría que modificar. La memoria analizará en concreto las modificaciones sobre incremento de edificabilidad o densidad, o introducción de nuevos usos, así como la posible utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada, para lograr un mayor acercamiento al equilibrio económico, a la rentabilidad de la operación y a la no superación de los límites del deber de conservación. El art. 23 señala, en relación con las operaciones de distribución de beneficios y cargas por propietarios afectados por el ámbito de actuación, que «se entenderá que el titular del suelo de que se trata aporta, tanto la superficie de su rasante, como la del subsuelo, o vuelo que de él se segrega». El art. 26 cuando define el término finca señala la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusivamente a un propietario o varios en pro indiviso, que pueden situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. El mismo artículo define la parcela como la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o subsuelo que tenga atribuida edificabilidad y uso o solo uso urbanístico independiente. Por último, destacar que el art. 53.1 (derecho de superficie) señala que «El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y en el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas».

Por lo tanto, el Texto Refundido de octubre de 2015 no trata de manera autónoma el concepto jurídico de subsuelo siguiendo la estela del TRLS/2008, sin embargo, a lo largo de su articulado sí que lo regula de manera considerable.

II. Sobre las posiciones doctrinales más relevantes respecto a la titularidad y régimen aplicable al subsuelo

La doctrina civilista tradicional ha defendido mayoritariamente que el CC no atribuye al propietario de un terreno la propiedad privada del subsuelo de forma ilimitada. Más allá de los límites a la propiedad que el propio art. 350 CC impone, la doctrina ha interpretado que la propiedad privada del subsuelo llega hasta donde llega el interés del propietario del terreno y, por tanto, ha reconocido que esta propiedad debía tener un límite. Sin embargo, los problemas de esta posición doctrinal aparecen a la hora de definir hasta dónde llega este interés y si este ha de ser el interés actual, de acuerdo con el uso al que se destina efectivamente la superficie del terreno (suelo), o si abarca también el interés potencial del propietario. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la cuestión sobre la extensión vertical del dominio no ha sido analizada solo desde la óptica civil, sino que la doctrina administrativista también se ha ocupado del tema, centrando su reflexión en dos aspectos: en primer lugar, en la naturaleza y el régimen aplicable al subsuelo del suelo de titularidad pública, cuestión esta que no tiene una incidencia directa en el objeto del presente estudio y, en segundo lugar, en la delimitación de la titularidad del subsuelo y, en todo caso, de las facultades correspondientes al titular del subsuelo[13] desde la perspectiva del contenido urbanístico del derecho de propiedad.

[13] *Vid*. GIRONÉS CEBRIÁN, M. E. *Los aparcamientos municipales:*…, *op. cit*., págs. 245 y 246. La confusión acerca de la naturaleza jurídica del subsuelo se ha producido históricamente, en gran parte, porque el subsuelo ha sido objeto únicamente del Derecho civil, y solo en cuanto lo era de bienes de titularidad pública, también del Derecho administrativo, obviándose en sede del Derecho urbanístico. Sin embargo, tal como pone de relieve CUESTA REVILLA, es justamente la esfera urbanística la adecuada para ubicar cualquier discusión sobre el régimen jurídico aplicable al subsuelo, en cuanto la calificación jurídica —en nuestro caso de los bienes de las entidades locales como patrimoniales o de dominio público— no se agota en sí misma, sino que ha de completarse con una calificación urbanística. A la misma conclusión llega FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, si bien con una argumentación distinta, en cuanto considera que una interpretación actual del art. 350 CC ha de atender necesariamente al ordenamiento urbanístico en vigor, en cuanto es llamado por el mismo artículo a integrar el bloque normativo que articula el derecho de propiedad. De hecho, también se ha considerado de esta forma por las leyes estatales del suelo y las más recientes legislaciones autonómicas, que han empezado a prever y regular el subsuelo como objeto específico del Derecho y planeamiento urbanístico que le resulte de aplicación.

En la actualidad, se puede considerar que la doctrina mayoritaria es la derivada de las reflexiones de Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ y Luciano PAREJO ALFONSO. El primero de los autores mencionados pretende definir de forma clara y precisa los límites del dominio del propietario del suelo, efectuando una interpretación que permita conjugar lo que establece el art. 350 CC con el contenido urbanístico de la propiedad urbana. En este sentido, el autor parte de la idea de que el concepto de suelo no se reduce a la superficie, sino que comprende un corpus de tierra, un grosor o espesor mínimo sin el cual no sería posible hacer uso del suelo. A partir de este punto, se extendería el subsuelo. El subsuelo, por su parte, es de propiedad pública y pertenece, además, al Estado, en condición de bien patrimonial. El autor citado también efectúa una interpretación de la extensión del derecho de propiedad definido en el art. 350 CC que permite integrar el concepto de propiedad urbanística. En este sentido, sostiene que la referencia que este precepto efectúa a los reglamentos de policía debe entenderse, en la actualidad, referida al ordenamiento jurídico urbanístico, de forma que los límites que el art. 350 CC impone a la extensión vertical del dominio se deducirían de la legislación sectorial y el planeamiento urbanístico. Partiendo de esta premisa, distingue el alcance y los límites del dominio del propietario en función de cada clase de suelo.

Por último, el Texto refundido de la Ley de suelo[14] (TRLS/2008) contenía varias referencias al régimen urbanístico aplicable al subsuelo, aunque no regulaba de

[14] *Vid.* ALEGRE ÁVILA, J. M. «El subsuelo», en CANO CAMPOS, T. (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio*..., *op. cit*., págs. 223 y 224. La legislación estatal del suelo ha incluido por vez primera concretas referencias al subsuelo con ocasión del dictado de la Ley de Suelo de 2007. El hilo conductor de aquellas es la consideración del subsuelo como integrante del derecho de dominio del propietario del suelo o terreno. Así se desprende de manera inequívoca de la regulación incorporada a los arts. 17 («Formación de fincas y parcelas y relación entre ellas») y 35 y 36, relativos al derecho de superficie. Una regulación que ha pasado, respectivamente, a los arts. 17 y 40 y 41 del RDLEG 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo. El art. 17 del TRLS/2008, integrado en el Título II («Bases del régimen del suelo») define en su apartado 1 los conceptos de «finca» y de «parcela». La letra a) del apartado 1 define así la primera de estas nociones: «Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral». A la segunda se refiere así en la letra b) del apartado 1:

forma expresa y directa la cuestión de su titularidad. En primer lugar se puede indicar que su art. 7.1 TRLS/2008 declaraba explícitamente el carácter estatutario del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, señalando que este régimen «resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». Por su parte, el art. 8, dedicado a delimitar el contenido del derecho de propiedad del suelo en cuanto a las facultades que lo integran, y establecía que este derecho comprende la facultad de disposición sobre el suelo, así como las facultades de uso, disfrute y explotación de acuerdo con el ordenamiento urbanístico, precisando en el art. 8.6, que estas últimas facultades «alcanzan al vuelo y al subsuelo hasta donde determinen los instrumentos de ordenación urbanística, de conformidad con las leyes aplicables y con las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público».

III. Conclusiones

La legislación sobre régimen de suelo admite que las facultades de uso del suelo del propietario de un terreno se pueden extender al subsuelo si bien, únicamente, en la medida que determinen el planeamiento urbanístico y las leyes aplicables. Del estudio de la LOUS, en comparación con la regulación del RDLEG 2/2008, de 20 de junio, derogado por el RDLEG 7/2015, de 30 de octubre, podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) En primer término, se trata de una previsión que presupone, como ya había venido sosteniendo la doctrina y habían declarado de forma expresa la mayoría de las leyes urbanísticas autonómicas, que la función pública urbanística comprende la potestad de ordenación del subsuelo.
b) En segundo término, del precepto analizado se deriva que la propiedad del suelo solo comporta la facultad de utilización urbanística del subsuelo si así lo determina el planeamiento urbanístico, es decir, si este reconoce la posibilidad de un uso urbanístico del subsuelo, tal y como lo ha recogido la LOUS. La misma no consigue, desde nuestro punto de vista, delimitar y acotar con claridad el concepto de subsuelo y vuelve, como hace la ley estatal, a remitir al

«Parcela: la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso o sólo uso urbanístico independiente».

planeamiento urbanístico la regulación detallada de los usos y los límites del mismo, con independencia de las teorías civilistas del subsuelo.

c) Y, por último, la facultad de uso del subsuelo no solo viene determinada por lo que prevea el planeamiento urbanístico, sino también por las limitaciones y servidumbres que requiera la protección del dominio público, y por lo que establezcan «las leyes aplicables», expresión que constituye una habilitación indeterminada y amplia para la previsión, por ley, de otros requisitos o condiciones que puedan incidir en la delimitación del contenido de la propiedad respecto a las facultades de uso del subsuelo. En este sentido, hay que entender que la citada remisión a las leyes correspondientes no se circunscribe exclusivamente a las leyes sectoriales que puedan tener incidencia en el subsuelo, sino que se puede entender que también comprende la legislación urbanística autonómica.

IV. Bibliografía

ALEGRE ÁVILA, J. M. «El subsuelo», en CANO CAMPOS, T. (Coord.). *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*. Tomo VI. *Ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente*. Madrid: Iustel, 2009.

ALONSO HIGUERA, C. *Manual del Secretario. Teoría y práctica del derecho municipal*. Barcelona: Atelier, 2002.

ARNÁIZ EGUREN, R. *Los aparcamientos subterráneos: notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad*. Madrid: Civitas, 1993.

CUESTA REVILLA, J. *El subsuelo urbano: una aproximación a su naturaleza jurídica y a su régimen urbanístico*. Prólogo de A. Jiménez- Blanco. Jaén: Cemci, 2000.

– «El subsuelo y su ordenación urbanística». *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1 (2002).

GALÁN GALÁN, A. «La posición de las ordenanzas en el sistema de fuentes», en FONT LLOVET, T. (Coord.). *Derecho Local*. Barcelona: Edicions Universitat de Barcelona – Marcial Pons – Publicacions Universitat Autónoma de Barcelona, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, E. «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado». *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 89 (1996).

GIRONÉS CEBRIÁN, M.ª E. *Los aparcamientos municipales: nuevo régimen jurídico*. Barcelona: Bayer Hermanos y Compañía, 2004.

LÓPEZ PULIDO, J. P. «La ordenación del subsuelo urbano». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 278 (1998).

LÓPEZ-MEDEL BASCONES, J. «La regulación del contrato de aparcamiento». *La Ley*, núm. 5567 (2001).

NIETO GARCÍA, A. «El subsuelo urbanístico», en BOQUERA OLIVER, J. M.ª (Coord.). *Derecho urbanístico local*. Madrid: Civitas, 1992.

PAREJO ALFONSO, L., ROGER FERNÁNDEZ, G. *Comentarios a la Ley de Suelo.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.

SOSA WAGNER, F. *La gestión de los servicios públicos locales*. Madrid: Civitas, 2002.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. *Derecho Urbanístico de Cataluña*. Barcelona: Atelier, 2015.

VILALTA NICUESA, A. E.; MÉNDEZ TOMÁS, R. M. *El contrato de aparcamiento de vehículos y responsabilidad derivada*. Barcelona: Bosch, 2003.

COMENTARIS I NOTES

rjib14

COMENTARIS I NOTES

PRETERICIÓN, DESHEREDACIÓN O APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 834 DEL CÓDIGO CIVIL EN LAS ISLAS BALEARES (A PROPÓSITO DE LA STSJIB 2/2014, DE 5 DE JUNIO)

Belén Ferrer Tapia

Profesora Contratada Doctora Interina

Universitat de les Illes Balears

I. Hechos. II. Doctrina y comentario. III. Algunas reflexiones finales.

I. Hechos

Dª Begoña, cónyuge en segundas nupcias y separada judicialmente del causante, interpone una acción de reclamación de legítima vidual, a la que se oponen las hijas de éste nacidas de su primer matrimonio, Dª Rosaura y Dª Hortensia.

Dª Begoña interpone demanda ejercitando acción dirigida a que se declare que es legitimaria en la sucesión de su difunto cónyuge, D. Alejo, sosteniendo haber sido preterida en el último testamento otorgado por el causante el 15 de mayo de 1997, por lo que tiene derecho al usufructo de la mitad de los bienes hereditarios y de los bienes colacionables.

Las hijas del causante, Dª Rosaura y Dª Hortensia, se oponen a las pretensiones de la actora alegando que ésta no ha sido preterida en el último testamento de su padre sino que ha sido nombrada y desheredada en cláusula testamentaria que no ha sido declarada nula, por carecer de causa de desheredación, porque no se ha ejercitado dicha acción. Por tanto no se puede declarar en sentencia su derecho a la legítima vidual, salvo incongruencia *extra petitum*. Alegan además que en la Sentencia de separación no se recogió en su Fallo que la separación se imputase al esposo por malos tratos y vejaciones, por lo que Dª Begoña no es legitimaria.

La Sentencia de Primera Instancia estima sustancialmente la demanda y, en consecuencia, declara que la demandante es legitimaria en la sucesión de su esposo, así como que su derecho legitimario se concreta en el usufructo de la mitad de los bienes hereditarios.

Interpuesto Recurso de Apelación, la Audiencia Provincial dicta Sentencia confirmando la de instancia salvo en cuanto a su pronunciamiento en costas.

Dª Rosaura y Dª Hortensia interponen Recurso de Casación contra la Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca.

Los motivos del Recurso giran en torno a los siguientes aspectos:

1. Vulneración del art. 45 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (en adelante, CDCIB).
2. Infracción de los arts. 222 y 207 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) en relación con el art. 24 CE.
3. Infracción de los arts. 657, 851 y 849 del Código Civil (en adelante, CC).
4. Infracción de los arts. 216 y 218 LEC.

El TSJIB desestima el recurso de casación y confirma en su integridad la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial.

II. Doctrina y comentario

Se va a ceñir el objeto de este comentario a los Fundamentos de Derecho 1 y 3 de la Sentencia ya que son los que argumentan los conflictos civiles que se plantean; estos son básicamente dos, determinar si la reforma del CC operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica entre otros el art. 834 del mismo cuerpo legal, es también predicable respecto al art. 45 CDCIB; y determinar el alcance de una cláusula testamentaria en términos de preterición, desheredación o, si se trata de una consecuencia de la aplicación del art. 45 CDCIB.

La entrada en vigor de la Ley 15/2005 introdujo importantes cambios en la regulación que hasta entonces contenía el CC en materia de separación y divorcio así como en relación con los derechos del cónyuge viudo, además de la regulación de la LEC.

En el sentido que nos ocupa, la reforma suprimió del CC las causas de separación judicial y de divorcio, de manera que el sistema actual es no causal. De este modo basta que transcurran tres meses a contar desde la celebración del matrimonio para que cualquiera de los cónyuges, de forma conjunta o a petición de uno solo, pueda solicitar la separación judicial o el divorcio. Por tanto, en la actualidad el único requisito que se exige es de carácter temporal.

Esta supresión de la necesaria concurrencia de alguna causa de separación que fijaba la anterior redacción del CC afecta, como no podía ser de otro modo, a la regulación de los derechos del cónyuge viudo. De este modo, la reforma alcanza a la redacción del art. 834 que, bajo el sistema causal de separación judicial, establecía que quedaban a salvo los derechos legitimarios del cónyuge viudo cuando la separación se había producido por una causa imputable al causante. Solo en este caso el cónyuge separado judicialmente podía concurrir a la herencia, junto con los hijos o con los descendientes del causante.

En la redacción actual del precepto, fruto de la reforma de 2005, se elimina el inciso «o lo estuviere por culpa del difunto», de tal manera que el simple hecho de una separación judicial o de hecho priva al cónyuge supérstite de la herencia de su

consorte, sin que sea preciso la concurrencia de causa alguna de separación, ni de su imputación al causante.

Visto de este modo, el Código Civil conserva cierta armonía entre sus preceptos.

El problema se plantea aquí por la pretensión de las hijas del difunto, apelantes en casación, consistente en que las modificaciones del CC, introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio, se apliquen también al Derecho foral de las Islas Baleares. De este modo, al estar separados judicialmente Dª Begoña y D. Alejo en el momento del fallecimiento de este, Dª Begoña perdería la condición de legitimaria. Se basan las recurrentes en la necesidad de una nueva interpretación y aplicación del art. 45 de la CDCIB que, según dicen, procede de la redacción de 1961; interpretación y aplicación que tiene que ser conforme con el art. 834 CC y ajustarse así a la realidad social del tiempo como, según afirman, exigen los arts. 1 CDCIB y 3 CC.

Se trata, en definitiva, de determinar si la modificación del Código Civil puede hacerse extensiva a la CDCIB a través de una nueva interpretación y aplicación del art. 45 CDCIB ajustándolo a lo dispuesto en el art. 834 CC y a la realidad social del tiempo.

La sentencia de casación resuelve acertadamente esta cuestión y, para ello, señala argumentos tales como que el art. 1 CDCB no hace alusión alguna a la alegada «realidad social del tiempo» sino que establece sin lugar a dudas la preferencia en la aplicación del Derecho Civil de las Islas Baleares frente a la aplicación del Código Civil y demás leyes estatales; que el actual art. 45 CDCIB no se corresponde con el redactado en la Compilación de 1961, que tan solo contemplaba la separación judicial; que la redacción de la inicial Compilación de 1961 ha sufrido modificaciones (Ley 8/1990, de 28 de junio; DLEG 79/1990, de 6 de septiembre; Ley 3/1985, de 11 de abril; Ley 7/1993, de 20 de octubre, y Ley 3/2009, de 27 de abril) y en todas ellas el legislador foral ha tenido la ocasión de modificar el art. 45 y no lo ha hecho, del mismo modo que tampoco se han producido cambios en el mismo con ocasión de la regulación de las parejas estables por la Ley 18/2001, de 19 de diciembre —si bien en relación con este argumento cabe puntualizar que, a excepción de la reforma operada en 2009, todas ellas tuvieron lugar antes de la entrada en vigor de la Ley 15/2005—; que la modificación del art. 834 CC tuvo lugar con ocasión de la entrada en vigor de la Ley 15/2005 y el fallecimiento del causante se produjo en 2004.

En efecto, D. Alejo en el momento de su muerte tenía la vecindad civil balear, de ahí que, de conformidad con el art. 13.2 CC y del art. 1.1 CDCIB tenga preferencia la

aplicabilidad del Derecho Civil balear frente al Código Civil y demás leyes estatales. Por tanto, el Derecho que va a regir su sucesión será el civil balear.

Sobre este argumento huelgan más comentarios, tal vez recordar que en el art. 149.1.8ª CE se reconoce la diversidad de ordenamientos jurídicos civiles en nuestro territorio, así como que éstos son anteriores a la propia Constitución, y que ésta atribuye competencias legislativas en materia civil a las Comunidades Autónomas para conservar, modificar y desarrollar sus derechos forales, competencia que asumieron los Estatutos de Autonomía. De este modo, el art. 10 EAIB establece que «Las normas, las disposiciones y el Derecho Civil de la Comunidad Autónoma tienen eficacia en su territorio». Recordar también que los arts. 149.3 CE y el art. 50 EAIB establecen la aplicación preferente del Derecho Civil balear frente al Derecho civil estatal y que, además, en el propio art. 149.3 CE, en el art. 13.2 CC y en el art. 1.3 CDCIB establecen la supletoriedad del Derecho civil estatal, permitiendo extender la vigencia del CC a todo el territorio nacional, al mismo tiempo que sirve de mecanismo para colmar las lagunas de los *Iura propia* que, como se sabe, son derechos fragmentarios.

De este modo, la relación de preferencia de un Derecho Civil frente a otro implica el desplazamiento en la aplicabilidad de un Ordenamiento, el que deja de aplicarse, en este caso el estatal, en favor del otro Ordenamiento así que nunca puede implicar una pérdida de vigencia, que sería la consecuencia de una derogación, no de una preferencia. Si el ordenamiento que se aplica con preferencia no es completo, como sucede con nuestro Derecho foral, el complemento a esta idea de preferencia debe llevarse a cabo con la idea de la supletoriedad de los vacíos normativos acudiendo a otro ordenamiento con la finalidad de completarlo, en nuestro caso la supletoriedad del Código Civil en relación con el Derecho Civil balear actuaría porque así lo establece una norma general (arts. 149.3 CE, 13.2 CC y 1.1 CDCIB), pero también por la propia vigencia territorial del Derecho Civil estatal.

Ahora bien conviene tener presente que la aplicación supletoria del CC, ante la ausencia de norma foral, no es posible en los casos en los que ese vacío normativo es querido por el legislador autonómico, basta para ello con recordar la STSJIB de 3 de septiembre de 1998 dictada con ocasión de la posible aplicabilidad del art. 1320 CC. Si ante un vacío normativo querido por el legislador foral no cabe la aplicación supletoria del Código Civil, con mayor razón, ante una modificación del CC no cabe la correspondiente modificación de la Compilación, si ésta no es querida por el legislador.

Para continuar con la argumentación es preciso recordar también que el Derecho Civil balear tiene dos ámbitos territoriales de vigencia, un Derecho Civil balear general recogido en el Título preliminar y Disposiciones finales y transitorias, y un Derecho Civil balear especial para cada isla, Libros I, II, III.

De conformidad con esto, el artículo que resulta de aplicación en este caso es el art. 45 de la Compilación, ubicado en el Libro I, cuya redacción mantiene un sistema de separación matrimonial causal, de forma que el cónyuge viudo separado judicialmente o de hecho conservará su derecho a la legítima en la herencia de su esposo cuando la separación se haya debido a la concurrencia de una causa de separación imputable al causante.

El contenido de este artículo es claro y la voluntad del legislador foral también lo es. No cabe, por ello, interpretación alguna, ésta sólo es posible cuando existen dudas que, a mi entender, no hay. Por tanto, en aplicación de este precepto Dª Begoña tiene derecho a la legítima de su esposo.

Y ello es así aún en el supuesto de que se pudiese dar entrada a una interpretación del art. 45 porque, en cualquier caso, ésta no podría descansar, como pretende la parte recurrente en casación, en la redacción del art. 834 CC tras su modificación por la Ley 15/2005.

La afirmación anterior se sustenta en la aplicación del art. 1.2 CDCIB en los supuestos en que queda constatada la necesidad de interpretar o de integrar el Derecho Civil de las Islas Baleares. En estos casos, dice el precepto, el juez debe tener en cuenta los cánones interpretativos e integradores previstos; es decir, debe haber conformidad con los principios generales que informan el Derecho foral así como con las leyes, costumbres, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica de las islas.[1] Como se puede apreciar, el art. 1.2 establece un sistema que permite al aplicador del Derecho encontrar la solución al problema dentro del propio sistema, antes de acudir a la supletoriedad del CC, que solo podrá tener lugar, según el art. 1.3 CDCIB, cuando la norma civil estatal pase por el filtro de los Principios Generales del Derecho Civil balear para evitar su contradicción, y la contradicción en el caso que nos ocupa es palmaria.

[1] FERRER VANRELL M.ª P. «Competencia exclusiva en legislación civil *versus* asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB». *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2 (2008), págs. 24 a 26.

A todo lo demás es preciso añadir que el dato a tener en cuenta para determinar la regulación aplicable a este supuesto es, de conformidad con el art. 9.8 CC, la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento. D. Alejo falleció el 24 de febrero de 2004. Esto hace que decaiga cualquier intento de aplicar a esta sucesión normas que entren en vigor, o que tengan una nueva redacción con posterioridad a esta fecha salvo, claro está, que estas normas tuvieran un efecto retroactivo, pero esta situación no es predicable respecto de la Ley 15/2005 en donde su Disposición transitoria única se refiere a los procesos pendientes de resolución.

En consecuencia, la única y posible norma aplicable a la sucesión de D. Alejo es el art. 45 CDCIB, tal cual, sin que quepa interpretación del mismo.

A pesar de lo anterior, resulta oportuno hacer referencia a los trabajos que se han iniciado con el objeto de modificar la CDCIB. Estos van a afectar, de forma considerable, a su art. 45. En concreto, el artículo décimo sexto del segundo borrador del Anteproyecto de Ley por el que se modifica la CDCIB, configura una nueva y diferente regulación de este precepto, que queda redactado de la siguiente manera «1. El cónyuge que, al morir el consorte, no se encuentre separado legalmente ni de hecho será legitimario en la sucesión de éste. 2. Si entre los cónyuges separados ha habido una reconciliación debidamente acreditada, el superviviente conservará sus derechos. 3 […]».

Como se puede apreciar, en este caso el legislador foral parece que sí va a aprovechar la oportunidad que le brinda esta reforma de la CDCIB para adaptar la regulación de su art. 45 a la prevista en el Código Civil.

De ser así, es decir, de operar esta reforma, ambos cuerpos legales coincidirán en la regulación de este supuesto de hecho. Así tanto en la CDCIB como en el CC, el cónyuge viudo no separado, de hecho o de derecho, será legitimario. De conformidad con una interpretación *a contrario* el cónyuge viudo separado de hecho o de derecho no será legitimario.

De este modo la reforma que se pretende alcanza una doble vertiente: por un lado, al desaparecer de la nueva redacción la excepción «[…] salvo que la separación sea imputable al finado […]», desaparece también la distinta regulación que, en la actualidad, se predica respecto de las leyes que son objeto de este comentario; por otro lado, desaparece también la remisión al art. 835 CC introduciendo, en el propio articulado de la CDCB, la misma consecuencia que prevé la Ley civil estatal, esto es la conservación de los derechos legitimarios por

parte del cónyuge viudo separado de hecho o de derecho, si se acredita que ha habido una reconciliación.

El segundo gran conflicto civil que se plantea en esta Sentencia guarda relación con la cláusula testamentaria quinta que establece lo siguiente, «Que nada deja a su esposa, Dª Begoña, en concepto de legítima, por hallarse actualmente en trámites de separación». Desentrañar el sentido, significado y alcance que las partes del proceso han querido conceder a esta cláusula, así como la respuesta de los tribunales al respecto va a constituir el objeto de las líneas que siguen.

Cuando Dª Begoña interpone la demanda contra las hijas de D. Alejo, Dª Rosaura y Dª Hortensia, habidas de su primer matrimonio, ejercita una acción dirigida a que se la considere legitimaria de su marido, sosteniendo que ha sido preterida en su último testamento.

Las demandantes contestan alegando que no ha sido preterida, sino que ha sido nombrada y desheredada en dicho testamento. De este modo las demandadas y recurrentes en casación pretenden que la voluntad del testador, reflejada en la cláusula transcrita, no es preterir a su esposa, sino desheredarla por encontrarse en trámites de separación en el momento en que otorgó su último testamento, de fecha 15 de mayo de 1997. Entienden también que la viuda ni se ha opuesto a dicha desheredación, aunque esta carece de causa, ni ha solicitado su nulidad por este motivo; por lo que no puede pretender la legítima vidual.

La STSJIB considera que no hay desheredación, como pretenden las recurrentes, ni preterición, como alega la viuda. Para ello hace suyos los razonamientos jurídicos de las sentencias de instancia.

En este sentido argumenta que no puede entenderse que hay una desheredación al no mencionarse la concurrencia de ninguna de las causas legales de conformidad con el art. 46.4 CDCIB, por consiguiente la voluntad del testador no fue desheredar a su esposa, sino que su intención fue justificar que en principio no le dejaba nada en concepto de legítima porque estaba en trámites de separación matrimonial. Para ello se basa en la aplicación al caso del art. 45.2 CDCIB que remite al art. 835 CC, en conexión con el art. 834. Las remisiones que la Compilación realiza al Código Civil suponen tener en cuenta la redacción que estaba vigente a la entrada en vigor de esta Ley.

De este modo, el art. 834 CC preveía la separación causal y culpable, y el art. 835 establecía que cuando los cónyuges están separados en virtud de demanda «[...] se esperará al resultado del pleito».

Considera la Sentencia que tampoco hay preterición, que la esposa no ha sido omitida en el testamento, sino que ha sido mencionada sin que se le atribuya ningún bien.

Como se puede apreciar se plantea aquí un problema interpretativo de una cláusula testamentaria. Al respecto es oportuno recordar que el CC contiene un artículo, el 675, en el que se establecen los criterios a tener en cuenta para proceder a la interpretación de una cláusula testamentaria. Así se deduce que la regla básica de interpretación de un testamento no puede ser otra que buscar la voluntad del testador. Para realizar esta búsqueda se debe tener presente la literalidad de la cláusula testamentaria, siempre dentro de su contexto. De este modo los testamentos deben interpretarse en su totalidad, poniendo en relación la cláusula a interpretar con todo el documento, de manera que en caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento (por ejemplo, STS de 3 de marzo de 2009).

En este sentido, se trata de determinar cuál fue la voluntad de D. Alejo puesta de manifiesto en su testamento. Éste va a ser, pues, el objeto de las líneas que siguen.

Si atendemos a la literalidad de la cláusula quinta, «Que nada deja a su esposa, Dª Begoña, en concepto de legítima, por hallarse actualmente en trámites de separación», de entrada se puede deducir que no hay preterición, Dª Begoña es mencionada por el causante en su testamento. Conviene recordar que la preterición sólo alcanza a los legitimarios y que, la cuestión principal de este pleito radica en la consideración de Dª Begoña como legitimaria del causante.

Si no hay preterición cabe plantear si se trata de una desheredación, o si se trata de una consecuencia de la aplicación del art. 45 CDCIB.

Consideremos, en primer lugar, que se trata de una desheredación, como alega la parte recurrente en casación. Esto merece unos breves apuntes sobre esta figura.

Como sabemos, la desheredación supone privar de la legítima. Para que la desheredación tenga éxito la Ley obliga a que se cumplan todos y cada uno de los requisitos que establece. De este modo, la desheredación debe constar en un acto de disposición por causa de muerte; el desheredado tiene que ser un legitimario; se debe expresar la causa en la que fundamenta la desheredación, que deberá descansar en alguna de las enumeradas en la Ley; debe existir prueba de la causa que se alega para fundamentar la desheredación, que recaerá en los herederos del testador si el desheredado la niega; dicha causa debe concurrir al tiempo del testamento en que se dispone. Además, la jurisprudencia advierte que la

interpretación de las cláusulas de desheredación debe ser restrictiva, sin que quepa la analogía, ni la interpretación extensiva, ni siquiera la argumentación de *minoris ad maiorem*, por tratarse de una materia con un marcado carácter sancionador (en este sentido, STS de 4 de noviembre de 1997, SAP de Valencia de 17 de octubre de 2011, SAP de Palma de Mallorca de 14 de julio de 2011). Como se puede ver tanto la Ley como la jurisprudencia favorecen la defensa de las legítimas.

Así, uno de los requisitos que debe concurrir para que la desheredación tenga éxito es que la causa de desheredación se encuentre recogida entre alguna de las que expresamente enumera la Ley. De este modo el causante podrá desheredar a su cónyuge si el hecho que lo motiva está presente en alguna de las causas que se enumeran en el art. 855, junto con las que establece el art. 852, que remite al art. 756, números 1º, 2º, 3º, 5º y 6º. De entre las diversas causas que la Ley prevé para desheredar al cónyuge, no aparece recogida la de «encontrarse en trámites de separación». A mi entender, considerar que hay desheredación de la viuda denota un error de derecho.

Cabe entender, como la opción acertada, que la pretensión del causante es que se aplique a su sucesión el contenido del art. 45 CDCIB, que establece que el cónyuge viudo separado judicialmente o de hecho no es legitimario, con una excepción (predicable del sistema balear aplicable a las islas de Mallorca y de Menorca), que la separación sea imputable al causante.

Por tanto, cuando esto es así, no es necesaria alegar una causa de desheredación para privar de la legítima al cónyuge viudo, y esto es lo que ha hecho D. Alejo, simplemente aplicar a su sucesión el contenido del art. 45 CDCIB que, recordemos, para que el cónyuge viudo tenga derecho a la legítima de su cónyuge es preciso «[…] que al morir su consorte no se hallase separado de hecho ni en virtud de sentencia firme, salvo que en ambos casos lo estuviese por causa imputable al difunto» (SAP de Baleares, de 1 de diciembre de 1997). Por tanto, D. Alejo aspira a privar de la legítima a su esposa, no por haber incurrido en causa de desheredación, sino porque en el momento de otorgar testamento se encontraban en situación de separación judicial.

Lo que sucede en el caso que se plantea es que no cabe la aplicación del art. 45.1 CDCIB y, como consecuencia, no cabe dejar sin legítima a Dª Begoña. Los motivos son los siguientes: cuando la viuda interpone demanda solicitando su derecho a ser considerada legitimaria aporta, junto con la demanda, la sentencia de separación judicial. En esta sentencia se declara probado que la separación fue por causa

imputable a su esposo, D. Alejo. Además, aporta con la demanda autos del testimonio del juicio de faltas por las lesiones sufridas por su esposo, seguidos con el núm. 51/98 ante el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Palma, que finalizó con sentencia condenatoria para el demandado, D. Alejo; además de la denuncia interpuesta por el padre de Dª Begoña ante el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Inca por las lesiones sufridas por D. Alejo. Ante esta situación, esto es, acreditada la causa que ha provocado la separación y su imputación al causante, decae el derecho del causante, D. Alejo, debiendo reponer a su viuda en la legítima que le corresponde.

Todos los argumentos expuestos hasta ahora son más que suficientes para que la cláusula quinta del testamento haya quedado lo suficientemente clara en todos sus términos. Pero al hacer alusión a la necesidad de que las cláusulas testamentarias sean interpretadas de conformidad con el contexto se van a dedicar unas breves líneas a tratar de ventilar qué interpretación debe darse a la cláusula sexta del testamento de D. Alejo que establece lo siguiente «que se deja a salvo los derechos especialmente legitimarios, que pudieran corresponder a cualquier persona que hubiese sido omitido en este testamento, o que, mencionada, no se le atribuye ningún bien». En este sentido cabe entender que no es más que una cláusula de estilo, pensada tal vez para evitar el riesgo de preterición y que, después de todo lo expuesto, no merece mayor consideración.

III. Algunas reflexiones finales

Este último apartado del comentario se dedica a poner de manifiesto algunas reflexiones sobre lo estudiado.

Este pleito, desde sus inicios, tiene algunos problemas a la hora de emplear los términos jurídicos aplicables. Y esto es predicable tanto por la representación de la parte actora, como por la de la parte demandada.

Así, en la demanda la actora ejercita una acción dirigida a que se la declare legitimaria en la sucesión de su difunto cónyuge. Hasta ahí todo correcto, pero al mismo tiempo sostiene que ha sido preterida en el último testamento otorgado por el causante, de fecha 15 de mayo de 1997, empleando como argumentación jurídica lo dispuesto en los arts. 45 y 46 CDCIB.

En los términos en los que aparece redactado el testamento, en concreto las cláusulas quinta y sexta, y que ya han sido objeto de comentario, lo que no se

alcanza a entender es cómo el representante de la actora pretende que ésta haya sido preterida en el testamento de su difunto cónyuge, cuando se refiere a ella por lo menos en dos ocasiones: una de forma expresa cuando establece «[…] que nada deja a su esposa […]» y otra de forma tácita cuando reconoce «que deja a salvo los derechos especialmente legitimarios, que pudieran corresponder a cualquier persona que hubiere sido omitida en este testamento, o que, mencionada, no se le atribuye ningún bien».

Este planteamiento de la demanda denota cierta confusión en el empleo de los términos legales, así como en la interpretación de las cláusulas testamentarias.

Y algo similar sucede con respecto a la parte demandada. Ésta se opone a las pretensiones de la actora alegando que no ha sido preterida, sino que ha sido nombrada y desheredada en dicho testamento. Además alega que la actora no ha solicitado la nulidad de la disposición testamentaria quinta por carecer de causa de desheredación para que, una vez declarada nula, se la reconozca legitimaria. Por lo que, al no impugnar como injusta la causa de desheredación, no puede pretender la legítima vidual.

No conviene olvidar que, de conformidad con el art. 46 CDCIB, la desheredación hecha sin expresión de causa o por causa cuya certeza no se probare, si fuere contradicha, o que no sea alguna de las previstas en el CC, producirá los efectos indicados en el párrafo primero; esto es no anulará el testamento, quedando a salvo del desheredado el derecho a exigir lo que por legítima le corresponda, que es precisamente lo que reclama en este pleito la viuda del causante. Pero en este caso tampoco hay un correcto empleo de los términos legales ni una adecuada interpretación de las cláusulas testamentarias. Aquí el causante en ningún momento recurre a la desheredación de su esposa, por lo que no precisa invocar ninguna de las causas legales. Pero aún en el caso de admitir la desheredación lo que no se puede pretender es que la viuda no tenga derecho a solicitar que se reconozca su condición de legitimaria por no haberse opuesto a la supuesta desheredación ya que, para la reclamación del derecho a la legítima, no se prevé en la LEC ningún requisito previo de procedibilidad, previsto en los arts. 264 y siguientes. Por ello no es posible admitir que la cónyuge del causante no puede pretender la legítima vidual por no haber impugnado la pretendida desheredación del testador.

De esta manera, la STSJIB desestima el recurso interpuesto por las hijas del causante, confirmando en su integridad la SAP de Palma de Mallorca, que a su vez

confirma la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Inca, que declara el derecho de la viuda a reclamar y obtener su derecho de legítima.

Así, ante la idea de intangibilidad cuantitativa de los derechos legitimarios que propone el CC, en las regulaciones de las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio se pueden apreciar realidades muy distintas. Así, existen derechos forales, como el de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra), donde se permite una libertad absoluta en la disposición de bienes *mortis causa*; en otros, como en Aragón (DLEG 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas) y País Vasco (Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco), también se concede una gran libertad, aunque limitada.

En otras Comunidades Autónomas, como en Baleares (Ley 8/1990, de 28 de junio, de Compilación del Derecho civil de Baleares) y Galicia (Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia), no existen tantos privilegios, pero se permite que los legitimarios renuncien a su derecho de legítima previamente consolidado. Como se puede apreciar, algunas leyes forales se apartan de la regulación contenida en el CC, que sigue el sistema de legítima material, que concede al legitimario la condición de heredero en una porción de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente.

rjib14

COMENTARIS I NOTES

LLUMS I OMBRES SOBRE LA REFORMA DE LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES EN PERSPECTIVA COMPETENCIAL

Mercè Corretja Torrens
Responsable de l'Àrea de Recerca
Institut d'Estudis Autonòmics de la
Generalitat de Catalunya

I. El context polític de les reformes. II. Competències estatals i autonòmiques amb relació al règim jurídic de les administracions públiques i el procediment administratiu. *1. La divisió entre procediment i règim jurídic de les administracions públiques. 2. La Llei del procediment administratiu comú de les administracions públiques i la pluralitat de procediments administratius comuns. 3. El procediment per a l'exercici de la iniciativa legislativa i la potestat reglamentària.* **III. El vessant intern del règim jurídic de les administracions públiques. IV. Les noves «bases estatals» en matèria d'administració institucional. V. Relacions interadministratives i relacions intergovernamentals. VI. Conclusió final.**

I. El context polític de les reformes

L'aprovació de les lleis 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPACAP) i 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (en endavant, LRJSP) culmina el procés de reforma de les administracions públiques endegat amb la creació de la «Comissió per a la Reforma de les Administracions Públiques» (CORA)[1] mitjançant Acord del Consell de Ministres de 26 d'octubre de 2012.

D'entrada, cal assenyalar que totes dues lleis estan imbuïdes pel principi d'austeritat, tant pel que fa al seu vessant econòmic (que es manifesta en els principis d'eficàcia, eficiència i productivitat) com pel que fa al vessant administratiu (que es manifesta en l'establiment de mesures per controlar i reduir la dimensió de les administracions públiques). A més a més totes dues lleis responen també al principi d'unificació normativa, ja que en totes dues es manifesta una voluntat clara del legislador per simplificar, homogeneïtzar i reduir l'actual pluralitat de procediments i especialitats procedimentals en l'àmbit de les administracions públiques a través de la legislació bàsica estatal, i per codificar o unificar en dos textos legals moltes disposicions actualment disperses en diverses lleis i reglaments, tot i que recuperant una divisió material força controvertida des del punt de vista doctrinal, entre la regulació del procediment administratiu i la del règim jurídic. Més endavant es tractarà aquesta qüestió.

El fet que la reforma de les administracions públiques s'inspiri en els principis d'austeritat i d'unificació normativa no és pas per casualitat i es deu al context polític en què sorgeixen, marcat per la crisi del deute públic i per la imposició de reformes des de la Unió Europea adreçades, d'una banda, al control de la despesa pública de totes les administracions públiques i, de l'altra, a la consolidació del mercat únic de béns i serveis. La implantació d'aquestes reformes ha endegat un procés de transformació de l'activitat administrativa en general i més en particular en l'àmbit de la qualitat normativa i la regulació.

[1] La CORA fou creada amb l'objectiu d'abordar la reforma de les administracions públiques, es va adscriure al Ministeri d'Economia i Hisenda i estava integrada únicament per representants de l'Administració general de l'Estat. Va lliurar el seu Informe el juny de 2013. Mitjançant el RD 479/2013, de 21 de juny, es va crear una Oficina per a l'execució de les mesures de reforma administrativa (OPERA), a la qual s'ha atorgat caràcter permanent per RD 671/2014, d'1 d'agost.

L'impacte polític de la crisi econòmica a l'Estat espanyol ha tingut una doble repercussió. En primer lloc, s'ha produït una cessió de sobirania de l'Estat a favor de la Unió Europea, que ha imposat mecanismes específics de control del deute, i en segon lloc, en l'àmbit de les relacions internes entre l'Estat i les comunitats autònomes, l'Estat ha establert diverses mesures que limiten l'autonomia financera de les comunitats autònomes a través de la introducció mitjançant reforma constitucional del principi d'estabilitat pressupostària a l'art. 135 CE, i sobretot a través del desenvolupament d'aquest principi per la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera de les administracions públiques.[2] Tot i que la competència estatal per establir aquestes limitacions ha rebut l'aval del Tribunal Constitucional, primer a partir dels títols competencials de l'art. 149.1.13a i 149.1.14a CE (STC 134/2011) i, més tard, a partir del mateix art. 135 CE (entre d'altres, les STC 157/2011, 186/2011, 187/2011, 189/2011, 195/2011),[3] cal tenir en compte que aquestes modificacions han estat qualificades per alguns autors[4] com una «mutació» dels estatuts d'autonomia que, com el de les Illes Balears, es van reformar durant el període 2006-2010.[5]

És per tant en aquest context de crisi econòmica i de crisi de l'Estat autonòmic,[6] que cal situar l'origen de la reforma administrativa endegada el 2012 i que va donar lloc a l'Informe CORA, elevat a Consell de Ministres el juny de 2013.

---

[2] Una anàlisi crítica de la reforma de l'art. 135 i del seu desenvolupament en ARIAS ABELLÁN, M.ª D. «Estabilidad presupuestaria y deuda pública: su aplicación a las comunidades autònomes». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 18 (2013), p. 126 i s.

[3] Vegeu una anàlisi d'aquestes sentències en ESPARZA OROZ, M. «La jurisprudencia constitucional sobre la legislación de estabilidad presupuestaria». *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 52 (juliol-desembre 2011).

[4] Vegeu CARRASCO DURÁN, M. «Estabilidad presupuestaria y comunidades autónomes». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 18 (2013), p. 169 i s.

[5] Aquest període es caracteritza per un impuls a l'ampliació de les competències autonòmiques a través de la reforma de diversos estatuts d'autonomia. Es van aprovar vuit reformes estatutàries (Comunitat Valenciana, Catalunya, Andalusia, Illes Balears, Castella i Lleó, Aragó, Extremadura i Navarra); dos projectes es van retirar (Castella-la Manxa i Canàries) i es va rebutjar la tramitació d'un projecte del País Basc.

[6] Crisi que també es reflecteix en l'opinió pública. Així, el juliol de 2012 el «baròmetre» del *Centro de Investigaciones Sociológicas* va posar en relleu que, per primer cop, el percentatge de ciutadans que preferien un estat amb menys o sense autonomies (39%) superaven els que preferien el model vigent (30,8%) o bé un estat amb més autonomia (12%). Desglossant els

De l'Informe podem destacar l'èmfasi que expressa per l'excessiva descentralització de la despesa pública com un dels principals obstacles per assolir una administració pública més austera i eficient. En conseqüència, la majoria de propostes que conté s'adrecen a la introducció de mesures de disciplina pressupostària i de control de les finances públiques de les comunitats autònomes; mesures adreçades a reduir les plantilles de les administracions (com la congelació de les ofertes d'ocupació pública, la reducció dels dies de permís i d'assumptes propis dels empleats públics i la modificació del règim d'incompatibilitats) o bé a la supressió d'òrgans i entitats de totes les administracions públiques. L'Informe va servir de base per a l'elaboració del «Programa nacional de reformes per a Espanya per a 2014», enviat a la Comissió Europea, on s'esmenta la necessitat d'aprovar noves lleis administratives com una de les mesures per impulsar el que s'anomena la racionalització de l'actuació de les institucions i entitats del poder executiu, l'eficiència i la productivitat. Aquestes noves lleis són la LPACAP i la LRJSP.

Al mateix temps, aquestes dues lleis també són un corol·lari de les mesures promogudes per la Unió Europea a partir de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, de lliure circulació de serveis i llibertat d'establiment, amb l'objectiu d'eliminar traves administratives per a la creació i consolidació del mercat únic de béns i serveis. Tant la Directiva com els subsegüents programes de reducció de càrregues han incidit en la simplificació de procediments administratius i en una notable reducció de l'activitat preventiva de l'administració que ha estat substituïda per controls ex post i inspeccions, i s'han incorporat tècniques per mesurar els costos econòmics dels procediments administratius, inclosos els d'elaboració de reglaments, en els ciutadans i en les empreses, amb l'objectiu de simplificar procediments i reduir càrregues administratives.

La transposició i aplicació del nou dret europeu a l'Estat espanyol ha provocat una gran dispersió normativa en matèria de procediment administratiu, ja que s'ha

resultats, un 17,1 % preferia que les comunitats autònomes (CA) tinguessin menys autonomia i un 21,9% preferia un estat sense autonomies; per contra, només un 21% preferia més autonomia, ja fos atorgant més autonomia a les CA (12,3%) o reconeixent-los la possibilitat de convertir-se en un estat independent (8,9%).

dut a terme per diferents lleis tant estatals[7] com autonòmiques.[8] I aquí és on apareix el principi d'unificació normativa, en la mesura que les dues lleis aprovades tenen per objectiu, com s'ha dit, recopilar o codificar en un sol text legislatiu totes aquestes normes (algunes de les quals tenien fins ara rang reglamentari). En conseqüència, molts dels preceptes de les noves lleis són una simple reproducció de preceptes anteriors. Ara bé, aquesta unificació ha comportat, des del punt de vista competencial, una ampliació de les bases estatals tant en sentit expansiu (incorporació de noves matèries) com des del punt de vista intensiu (amb major densitat normativa), amb la qual cosa es condiciona el seu futur desplegament per les comunitats autònomes.

En síntesi, doncs, les dues lleis estatals que comentem tenen per objectiu establir les bases d'una nova administració pública: més austera des del punt de vista econòmic i de la despesa i més homogènia des del punt de vista procedimental i orgànic.

II. Competències estatals i autonòmiques amb relació al règim jurídic de les administracions públiques i el procediment administratiu

1. La divisió entre procediment i règim jurídic de les administracions públiques

Tot i la voluntat codificadora a la qual s'ha fet esment, el cert és que el legislador estatal ha optat per aprovar dos textos legals: la LPACAP i la LRJSP. La primera es dedica a les relacions *ad extra* de les administracions públiques (és a dir, a les relacions entre els ciutadans i les administracions públiques) i la segona a les

[7] La Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, es va transposar a l'Estat espanyol mitjançant dues lleis d'abast general, la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics i la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i al seu exercici, i una llei per a l'Administració general de l'Estat, la 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de les lleis estatals afectades per la Directiva, i cada Comunitat Autònoma ha aprovat també la o les seves lleis de transposició.

[8] En relació amb les Illes Balears, esmentem l'Acord del Consell de Govern de 8 de maig de 2009 per impulsar la simplificació i la reducció de càrregues administratives a l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears i l'Acord de 18 de desembre de 2009 pel qual s'aprova la implementació del sistema de gestió per processos d'aquesta comunitat, així com la Llei 4/2011, de 31 de març, de la bona administració i el bon govern de les Illes Balears.

relacions *ad intra*, l'organització, el règim jurídic, l'administració institucional i les anomenades relacions interadministratives. Certament, ja s'ha apuntat que la divisió material adoptada pel legislador estatal no és gens pacífica des del punt de vista doctrinal i comporta un retorn a la situació anterior a la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (en endavant, LRJPAC), que va unificar tots dos àmbits en un sol text legal, per bé que, com s'ha dit, aquest text s'ha anat complementant en els últims anys a través de diferents lleis i reglaments que han anat transposant el dret europeu i modificant parcialment alguns sectors específics. Amb anterioritat a la Llei 30/1992 i a la Constitució de 1978, hi havia una Llei de procediment administratiu de 1958 i una Llei de règim jurídic de l'Administració de l'Estat de 1957. Aquesta distinció legislativa preconstitucional entre règim jurídic i procediment es va plasmar en l'art. 149.1.18a CE, que reserva a l'Estat la competència per fixar «Les bases del règim jurídic de les Administracions Públiques i del règim estatutari dels seus funcionaris, les quals garantiran, en qualsevol cas, als administrats un tractament comú davant d'aquelles; el procediment administratiu comú, sens perjudici de les especialitats derivades de l'organització pròpia de les Comunitats Autònomes; legislació sobre expropiació forçosa; legislació bàsica sobre contractes i concessions administratives i el sistema de responsabilitat de totes les administracions públiques».

Aquest precepte, tal com ja va subratllar la STC 76/1983 i com també va assenyalar la doctrina,[9] conté competències de diferent intensitat normativa en àmbits materials en què també les comunitats autònomes han assumit competències. Es tracta, doncs, de competències compartides per la qual cosa és important delimitar l'abast de les competències respectives tant des del punt de vista funcional com material.

En tant que, des del punt de vista funcional, la competència estatal sobre règim jurídic de les administracions públiques té naturalesa bàsica, les comunitats autònomes poden assumir sobre la mateixa matèria competències de desplegament legislatiu i d'execució. Això ens porta a fer una consideració important, ja que no es pot menystenir la complexitat del concepte mateix de legislació bàsica i la repercussió que un concepte més o menys ampli de bases pot tenir en les

[9] Vegeu MUCHOZ MACHADO, S. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*. Madrid: Iustel, 2007, p. 857 i 858.

correlatives competències autonòmiques de desplegament i, per tant, com a element distorsionador de la distribució constitucional de competències. Per això, tant la jurisprudència constitucional com la doctrina han establert la necessitat d'acotar i establir criteris per a la seva definició.[10] Ara bé, malgrat els intents del Tribunal Constitucional per definir les bases com a principis o «mínim comú denominador normatiu» i d'assenyalar que, com a regla general, les bases s'havien d'establir per llei, el cert és que s'ha anat imposant un concepte negatiu de legislació bàsica, ja que sovint el TC ha emprat uns paràmetres difusos per acotar-la, com ara que les competències bàsiques estatals no podien buidar les competències autonòmiques de desplegament o que les competències autonòmiques havien de poder establir polítiques pròpies o diferents opcions a partir de la legislació bàsica estatal (les STC 50/1999 i 32/1981 i, més recentment, la STC 259/2015, de 2 de desembre). És a dir, com subratlla la doctrina, el TC ha establert un cànon negatiu de la legislació bàsica, posant l'accent més en el límit que no pas en el contingut i això a la pràctica ha comportat que la definició del contingut material d'allò bàsic quedi en bona part a mercè del legislador estatal.[11]

En relació amb el règim jurídic cal tenir en compte, a més, que la competència estatal està subordinada a una finalitat: el tractament comú dels administrats davant de les administracions públiques, al igual que en matèria de contractes i concessions administratives. En conseqüència, l'Estat té competència legislativa per fixar unes bases les quals hauran de garantir la igualtat de tractament dels ciutadans davant de les administracions públiques i que les comunitats autònomes han de poder desenvolupar.

Des del punt de vista material, s'han defensat dues concepcions doctrinals diferents sobre el règim jurídic. La més autonomista, que ha intentat restringir aquest

[10] Així es posa en relleu en Carles VIVER PI-SUNYER, C. «Les competències de la Generalitat a l'Estatut de 2006: objectius, tècniques emprades, criteris d'interpretació i comparació amb els altres estatuts reformats» i en BARCELÓ SERRAMALERA, M. «La delimitació del concepte de bases en l'Estatut d'Autonomia de Catalunya» en VIVER, C.; BARCELÓ, M.; RIU, R. *La distribució de competències en el nou Estatut*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2007.

[11] Vegeu VIVER PI-SUNYER, C. «El Tribunal Constitucional, ¿"sempre, només...i indiscutible"? La funció constitucional dels estatuts d'autonomia en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 12 (2011), Especial sobre la Sentència de l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

concepte a les relacions entre l'administració pública i el ciutadans, és a dir, a les relacions *ad extra*,[12] de forma que les bases estatals quedaven acotades a les matèries drets i deures, procediment administratiu comú, accions i mitjans d'impugnació, i en la resta de matèries que configuren el règim jurídic les comunitats autònomes no estarien subjectes a bases estatals, i la segona, més estatalista, que interpreta el concepte de règim jurídic com a sinònim de dret administratiu i que comportaria que en aquesta matèria l'Estat pogués legislar amb caràcter bàsic en la totalitat de matèries que conformen aquesta branca del dret.

La jurisprudència constitucional ha adoptat una interpretació intermèdia de règim jurídic, en el sentit que inclouria no solament els aspectes relatius als drets i a les garanties dels administrats davant de l'administració sinó també els aspectes més interns relacionats amb l'organització administrativa i la disposició dels mitjans i recursos.[13] En aquest sentit, podem esmentar la STC 32/1981, que després d'afirmar que aquesta expressió ni designa només el procediment i el règim de recursos i accions ni s'estén tampoc a tot el dret administratiu, considera que correspon a l'Estat «la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado» (FJ 6). Així mateix, i d'acord amb la STC 37/1981, també formarien part del concepte de règim jurídic el patrimoni i el pressupost de les administracions públiques.

Malgrat això, també cal precisar que el TC ha assenyalat que l'abast de les bases estatals havia de ser diferent si es referia a les relacions entre administracions i ciutadania o bé als àmbits de projecció interna de les administracions públiques (STC 50/1999), ja que mentre en el primer àmbit l'objectiu de les bases ha de ser garantir la igualtat de tractament de la ciutadania, en el segon la legislació bàsica estatal es troba limitada per la potestat d'autoorganització de les administracions públiques. En conseqüència, la intensitat i l'extensió de les bases estatals no és la mateixa en tots els aspectes que integren el règim jurídic. En concret, el FJ 3r de la Sentència afirma que: «No debe olvidarse que, según establece el art. 149.1.18

[12] Vegeu FIGUERA I LLUCH, M. *La conflictividad competencial. El règim jurídic de l'administració*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1992. *Vid*., també, LLISET, F. «Règim jurídic de l'Administració de la Generalitat (EAC 10.1.1)», en Diversos autors. *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1988.

[13] Vegeu FIGUERA I LLUCH, M. *El règim jurídic de l'Administració*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 1992.

C.E., el objetivo fundamental, aunque no único, de las bases en esta materia es el de garantizar "a los administrados un tratamiento común ante ellas" y no cabe duda de que cuanto menor sea la posibilidad de incidencia externa de las cuestiones reguladas por los preceptos impugnados, más remota resultará la necesidad de asegurar ese tratamiento común y, por el contrario, mayor relieve y amplitud adquirirá la capacidad de las Comunidades Autónomas de organizar su propia Administración según sus preferencias».

Aplicant aquest criteri a les dues lleis que comentem, per tant, la intensitat i extensió de les bases estatals podrà ser major en relació amb la LPACAP en tant que regula el procediment administratiu i per tant l'àmbit de les relacions entre administració i ciutadania però, en canvi, haurà de ser menor en relació amb la LRJSP, que es refereix a l'àmbit intern de les administracions públiques.

Pel que fa a les competències de les Illes Balears en aquesta matèria, cal esmentar que l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears de 1983 va incorporar com a competència exclusiva de la Comunitat el «Procediment administratiu derivat de les especialitats de l'organització pròpia» (art. 10.32), i com a competència de desplegament legislatiu i execució el règim de responsabilitat i les especialitats processals i de dret administratiu derivades de la seva organització pròpia (art. 11, 1 i 3). Aquestes competències es van desplegar conjuntament mitjançant la Llei 3/2003, de 26 de març, que parteix de la legislació bàsica estatal continguda en la Llei estatal 30/1992, de 26 de novembre.

L'Estatut d'autonomia del 2007 (EAIB) manté el caràcter exclusiu de la competència sobre especialitats procedimentals en l'àmbit administratiu (art. 30.36) i a més a més recull expressament una competència sobre règim jurídic en l'art. 31.1, ja que atribueix a la Comunitat Autònoma la competència de desenvolupament legislatiu i execució en matèria de «Règim jurídic i sistema de responsabilitat de l'Administració de la Comunitat Autònoma».

2. La Llei del procediment administratiu comú de les administracions públiques i la pluralitat de procediments administratius comuns

Entrant ja en l'anàlisi de les lleis, la LPACAP, recull disposicions de tres lleis anteriors: la LRJPAC, la Llei 50/1997, de 27 de novembre, d'organització, competència i funcionament del Govern, i la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans a l'Administració Pública.

D'acord amb el seu art. 1, la Llei té per objecte regular «els requisits de validesa i eficàcia dels actes administratius, el procediment administratiu comú a totes les administracions públiques, incloent el sancionador i el de reclamació de responsabilitat de les administracions públiques, així com els principis als quals s'ha d'ajustar l'exercici de la iniciativa legislativa i la potestat reglamentària». Aquests procediments es regulen en dos títols: el IV (comú, sancionador i responsabilitat patrimonial) i el VI (iniciativa legislativa i potestat reglamentària), respectivament, i els tractarem per separat.

Seguint amb l'art. 1 LPACAP, l'apartat 2 afegeix que: «Només mitjançant una llei, quan sigui eficaç, proporcionat i necessari per assolir les finalitats pròpies del procediment, i de manera motivada, es poden incloure tràmits addicionals o diferents dels que preveu aquesta Llei. Es poden establir reglamentàriament especialitats del procediment referides als òrgans competents, terminis propis del procediment concret per raó de la matèria, formes d'iniciació i terminació, publicació i informes que s'han de sol·licitar.»

Aquest precepte s'adreça a totes les administracions públiques i, per tant, també a les comunitats autònomes, de forma que introdueix una limitació en les seves competències de desplegament de les bases estatals, ja que estableix la necessitat de motivar en termes d'eficàcia, proporcionalitat i finalitat la introducció de tràmits addicionals o diferents als regulats per la llei estatal i de fer-ho mitjançant una norma amb rang de llei. Així mateix, aquest apartat és un exemple del principi d'unificació normativa al qual ja s'ha fet referència a l'inici d'aquest treball i que es posa de manifest al llarg de tot el text de la LPACAP, amb contínues referències a la llei estatal com a norma de referència per a totes les administracions públiques, sense tenir en compte l'existència de lleis autonòmiques.

A diferència de la LRJPAC, es reitera que la LPACAP té per objecte, doncs, la regulació de diversos procediments administratius (el comú, el sancionador i el de responsabilitat patrimonial), que es desenvolupen en el títol IV de la Llei. La seva predecessora es limitava a regular un procediment administratiu comú i principis aplicables als altres dos procediments. Per tant, quin és l'abast de la competència estatal en matèria de procediment administratiu?

A diferència de la competència sobre règim jurídic de les administracions públiques, la competència estatal en matèria de procediment administratiu comú no és bàsica sinó exclusiva però «sens perjudici de les especialitats derivades de l'organització pròpia de les comunitats autònomes». L'adjectiu «comú» ha permès

interpretar que les comunitats autònomes (CA) tenen un marge d'actuació normativa per assumir competències en matèria de procediment administratiu,[14] al igual que en matèria de responsabilitat patrimonial, en què la competència estatal queda constrenyida al «sistema». En aquest sentit, diversos estatuts d'autonomia han atribuït competències de desplegament legislatiu i execució a les seves respectives comunitats autònomes en matèria de responsabilitat patrimonial (com l'art. 31.1 EAIB) o fins i tot exclusiva, com s'ha dit, en matèria d'especialitats procedimentals en l'àmbit administratiu (art. 30.36 EAIB).

La competència estatal sobre procediment administratiu, malgrat que té caràcter exclusiu, està limitada materialment al que es denomina el «procediment administratiu comú». El Tribunal Constitucional en la STC 227/1988 va establir que aquesta competència estatal comprèn la determinació dels principis o normes que defineixen l'estructura general de l'*iter* procedimental que ha de seguir-se per a la realització de l'activitat jurídica de l'administració, així com també els principis i normes que prescriuen la forma d'elaboració dels actes, els requisits de validesa i eficàcia, els modes de revisió i els mitjans d'execució dels actes administratius, tot incloent de forma expressa les garanties generals dels particulars al si del procediment. Aquesta competència estatal també inclou la possibilitat de legislar sobre principis «comuns» que garanteixin la igualtat de tractament dels ciutadans en procediments administratius sectorials o *ratione materiae* subjectes a regles especials, com pot ser, per exemple, la imposició del silenci positiu en un determinat procediment (STC 23/1993), però en canvi no permet incloure en la competència estatal «toda regulación que de forma indirecta pueda tener alguna repercusión o incidencia en el procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto» (STC 50/1999).

Les limitacions a la competència estatal provenen, d'una banda, dels principis i drets continguts en la Constitució, i de l'altra, de les competències autonòmiques sobre organització administrativa pròpia (com recorda la STC 166/2014) i, en conseqüència, el legislador estatal no pot interferir en aquestes competències per exemple designant els òrgans que han de rebre sol·licituds (STC 190/2000); imposant òrgans propis de control enfront dels autonòmics (les STC 204/1992,

[14] Vegeu CORRETJA I TORRENS, M. «El nou disseny competencial en matèria de funció pública i règim jurídic de les administracions públiques catalanes», en VIVER PI-SUNYER, C. [*et al*.]. *La distribució de competències en el nou Estatut*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2007.

150/2012 i 130/2013) o bé regulant com les CA han d'exercir les seves competències (STC 36/1992).

Pel que fa a les CA, a més de tenir competències sobre procediment administratiu per regular les especialitats derivades de la seva organització pròpia (així, l'art. 30.36 EAIB), també poden regular els procediments corresponents als seus àmbits de competència en la mesura que la regulació del procediment té naturalesa instrumental o connexa i correspon a qui tingui atribuïda la competència material sobre aquell àmbit o sector de la realitat (les STC 175/2003, 126/2002, 188/2001 i 178/2011), tot respectant però el procediment administratiu comú i els principis comuns en procediments especials establert per l'Estat en ús de la seva competència exclusiva.

No obstant el plantejament que acabem d'exposar, també hem de fer esment a l'evolució més recent de la jurisprudència constitucional i que es reflecteix en les STC 130/2013 i 135/2013. En aquestes sentències, el TC ha considerat que el legislador estatal podria regular un procediment subvencional a l'empara de l'art. 149.1.18a CE (i no només uns principis comuns) en la mesura que la subvenció té relació amb el poder de despesa i és una tècnica administrativa aplicada per totes les administracions públiques, de manera que una llei estatal (en aquest cas, la Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions) pot regular «des d'una perspectiva general i abstracta un procediment administratiu comú singular» el qual és compatible amb l'existència de procediments subvencionals *ratione materiae* regulats per lleis autonòmiques. Segons el fonament jurídic 8è de la STC 130/2013 en aquesta matèria ens trobem amb una situació de «concurrència competencial», si bé la competència estatal s'ha de circumscriure «a aquellos elementos que pueden efectivamente considerarse comunes, de tal forma que respete un margen suficiente y adecuado para la introducción por parte de las Comunidades Autónomas de las necesarias especialidades en los procedimientos administrativos *ratione materiae*.»

En relació amb aquestes sentències, és significatiu el vot particular formulat pel magistrat Luis Ignacio Ortega Alvárez, al qual es van adherir quatre magistrats (Pablo Pérez Tremps, Adela Asua Batarrita, Encara Roca Trías i Fernando Valdés Dal-Re), en què es posa en relleu la interpretació expansiva i la contradicció amb la jurisprudència anterior en què incorren, tot assenyalant que la competència estatal per regular un procediment administratiu comú singular és una «competencia hasta ahora desconocida, pues de ella no se había tenido noticia en los más de treinta años de doctrina constitucional».

La nova LPACAP, per tant, s'insereix en la línia iniciada amb la Llei 38/2003, de 17 de novembre, i avalada per les STC 130/2013 i 135/2013, en el sentit d'admetre una nova competència estatal per regular procediments administratius «comuns» en determinats àmbits materials, com el subvencional, el sancionador o el de responsabilitat patrimonial.

En aquest sentit, la LPACAP regula tràmits concrets del procediment sancionador, tot precisant el contingut d'alguns actes administratius i limitant, per tant, la possibilitat de desenvolupament de les comunitats autònomes. Alguns d'aquests tràmits ja existien però estaven regulats amb rang reglamentari només per a l'Administració general de l'Estat, i d'altres són una novetat. Així, per exemple, després que l'art. 63 estableixi que els procediments de naturalesa sancionadora s'iniciaran sempre d'ofici (sense admetre la possibilitat d'inici per denúncia prevista en algunes normes autonòmiques) l'art. 64.2 determina el contingut mínim de l'acord d'iniciació dels procediments de naturalesa sancionadora. Pel que fa a la terminació de procediments, l'art. 85 estableix amb caràcter bàsic l'obligació d'aplicar reduccions de com a mínim el 20% sobre l'import de la sanció proposada en cas de pagament voluntari pel presumpte responsable i sempre condicionat al desistiment o renúncia de qualsevol acció o recurs en via administrativa contra la sanció. Els art. 89 i 90 estableixen especialitats relatives a la proposta de resolució (quan s'ha de formular i contingut) i a la resolució d'aquest tipus de procediment (especificant el contingut de la resolució, la seva naturalesa executiva i la possibilitat de suspensió cautelar d'aquesta) i, finalment, l'art. 96.5 estableix la possibilitat de tramitar un procediment simplificat.

El mateix succeeix amb relació al procediment de responsabilitat patrimonial, en què la LPACAP regula les sol·licituds d'inici del procediment (art. 67), les sol·licituds d'informes i dictàmens (art. 81), el tràmit d'audiència (art. 82.5), la resolució (art. 91), la competència per a la resolució (art. 92, si bé el primer paràgraf només s'aplica a l'Administració de l'Estat) i la possibilitat de tramitar un procediment simplificat (art. 96.4).

Així mateix, i contradient la jurisprudència constitucional esmentada sobre l'abast de la competència estatal en matèria de procediment, són nombrosos els articles de la LPACAP que designen òrgans estatals, mitjans de competència de l'Estat o bé condicionen la forma com les CA han d'exercir les seves competències en matèria de procediment. Per exemple, l'art. 6 LPACAP estableix que l'Administració general de l'Estat, les CA i les entitats locals hauran de disposar d'un registre electrònic

general d'apoderaments així com els requisits que aquests registres hauran de complir; l'art. 9 estableix les característiques dels sistemes d'identificació electrònica dels interessats per a totes les administracions públiques; l'art. 44 determina l'obligatorietat que totes les administracions públiques publiquin en el *Butlletí Oficial de l'Estat* les notificacions que no es puguin practicar, i la disposició addicional segona estableix la quasi-obligació de totes les administracions públiques d'adherir-se a les plataformes i registres estatals.[15]

3. El procediment per a l'exercici de la iniciativa legislativa i la potestat reglamentària

El títol VI de la LPACAP regula la iniciativa legislativa i la potestat reglamentària de totes les administracions públiques. Fins ara aquest procediment estava inclòs en la Llei 50/1997, de 27 de novembre, del Govern, només pel que fa a l'Estat (amb la modificació introduïda per la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible), mentre que cada comunitat autònoma ha regulat el seu propi procediment d'elaboració de disposicions de caràcter general. A diferència de la resta de títols de la Llei, que es basen en l'art. 149.1.18a CE com a títol competencial, en aquest cas el fonament competencial invocat es troba en l'art. 149.1.13a i 14a CE que atribueix a l'Estat, respectivament, la competència per establir les bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica, i la competència exclusiva sobre hisenda general, respectivament.

La invocació d'aquests títols competencials aporta una major complexitat encara a l'anàlisi competencial de la Llei, ja que l'art. 149.1.13a CE és un dels anomenats títols competencials transversals de l'Estat al qual tant la doctrina com la jurisprudència han dedicat una major atenció per tal d'evitar que el seu ús pugui buidar de contingut les competències autonòmiques, mentre que l'art. 149.1.14a CE

[15] En aquest sentit, el Dictamen 23/2015, de 17 de desembre, del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya sobre la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, considera que diversos preceptes de la Llei vulneren competències de la Generalitat. En concret, l'art. 1.2, incís «Només mitjançant una llei, quan sigui eficaç, proporcionat i necessari per assolir les finalitats pròpies del procediment, i de manera motivada, es poden incloure tràmits addicionals o diferents dels que preveu aquesta llei»; el 2n paràgraf de l'apartat 4 de l'art. 6, i apartat 6 de l'art. 6; l'art. 9.3; l'art. 44; el 2n paràgraf de l'art. 129.4; la disposició addicional 2a, i l'apartat 2n de la disposició addicional 3a, de la LPACAP.

atribueix a l'Estat una competència exclusiva sobre hisenda general, matèria que guarda una connexió molt llunyana, si és que existeix, amb la iniciativa legislativa i el procediment d'elaboració de disposicions de caràcter general.

En relació amb la competència estatal de l'art. 149.1.13a CE el TC ha considerat que també s'ha d'interpretar restrictivament quan l'Estat l'invoca en una matèria en què concorre amb competències autonòmiques (les STC 21/1999, de 25 de febrer i 145/2001, d'11 de juliol), per evitar el buidament d'aquestes competències. Així, ha establert que aquesta competència respon al principi d'unitat econòmica i inclou tant les línies directrius i els criteris globals d'ordenació d'un sector concret com les previsions d'accions o mesures singulars que siguin necessàries per assolir els fins proposats dintre de l'ordenació de cada sector (les STC 95/1986, de 10 de juliol, 213/1994, de 14 de juliol, 21/1999, de 25 de febrer, 128/1999, d'1 de juliol, 95/2001, de 5 d'abril, 124/2003, de 19 de juny i 77/2004, de 29 d'abril, entre d'altres), si bé cal tenir en compte que aquestes accions o mesures singulars han de ser excepcionals i tenir una especial transcendència, i que la competència estatal no es pot estendre fins a incloure qualsevol acció de naturalesa econòmica si aquesta no té una incidència directa i significativa sobre l'activitat econòmica general (les STC 186/1988 i 133/1997, entre d'altres), ja que en cas contrari es buidaria de contingut una matèria i un títol competencial més específic (les STC 112/1995, de 6 de juliol, 21/1999, de 25 de febrer i 95/2002, de 25 d'abril).

Malgrat això, cal destacar que les intervencions de l'Estat en virtut d'aquest títol competencial són molt freqüents i que, de fet, el legislador estatal utilitza aquest article com a títol transversal de caràcter finalista que li permet intervenir per regular qualsevol activitat amb incidència econòmica però sempre, fins ara, referida a un sector econòmic. A l'igual com veiem en analitzar l'art. 149.1.18a CE, també la jurisprudència constitucional a partir dels anys 2011 i 2012 ha anat reconeixent progressivament a aquest títol competencial un gran abast, fins i tot en cas de concórrer amb competències autonòmiques sobre un sector o subsector econòmic (per exemple, en la STC 143/2012). I, sobretot, es tracta d'un títol que habilita l'Estat per adoptar normes relatives al principi d'estabilitat pressupostària vinculants per a totes les comunitats autònomes (STC 134/2011).

A més a més, es tracta no només d'un títol de caràcter bàsic, sinó que també inclou una competència de coordinació, la qual cosa s'ha emprat per justificar la reserva a l'Estat de competències executives a l'empara d'aquest títol competencial (les STC 135/2012, 197/1996 i 223/2000, entre d'altres).

Tenint en compte les matèries que corresponen a aquests dos títols competencials (activitat econòmica i hisenda general) resulta difícil d'establir la connexió que tenen amb la iniciativa legislativa i amb la potestat reglamentària. Si bé és cert que la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, ja els va invocar per modificar aquest procediment, en aquell cas es tractava d'establir principis vinculats a la millora de la regulació promoguts per la Unió Europea i la OCDE, els quals s'han incorporat a la LPACAP. En canvi, les novetats que introdueix aquesta Llei únicament fan referència a aspectes orgànics com veurem.

D'altra banda, tant la iniciativa legislativa com el procediment d'elaboració de disposicions de caràcter general tenen una especial vinculació amb el dret a l'autonomia de l'art. 2 CE i amb la potestat d'autoorganització. En aquest sentit, és important recordar que el Tribunal Constitucional ha declarat que l'autonomia s'estén a aquells aspectes necessaris per al seu exercici (STC 106/1986), tot establint: «Allí donde la Constitución configura un ámbito de autonomía, independencia, autogobierno o separación está simultáneamente dotando a dicho ámbito de un poder normativo reglamentario en los aspectos organizativos, procedimentales y estatutarios, entre otros. Ello ocurre así en las Comunidades Autónomas, en las Cámaras parlamentarias y en el Tribunal Constitucional y así debiera ser también con el Poder Judicial.»

Des d'aquesta perspectiva, no sembla que hagi de ser el legislador estatal qui hagi de determinar, en l'àmbit de les comunitats autònomes, qui exerceix la iniciativa legislativa o qui té potestat reglamentària com tampoc el tipus de normes de rang legal que poden aprovar (tal com fan els art. 127 i 128 LPACAP), ja que aquestes són funcions reservades per l'art. 147 CE als estatuts d'autonomia en tant que «norma institucional bàsica de la Comunitat Autònoma» i així ho recullen tots els estatuts d'autonomia (art. 47 EAIB). Igualment, hauria de correspondre al legislador autonòmic i no a l'estatal determinar el contingut de les habilitacions per al desenvolupament reglamentari de les seves lleis o bé determinar a favor de qui s'han d'efectuar aquestes habilitacions (art. 129.4 LPACAP), ja que es tracta en tots els casos d'aspectes orgànics i competencials vinculats a les institucions d'autogovern.[16]

[16] Vegeu Dictamen 23/2015, de 17 de desembre, esmentat en la nota anterior.

III. El vessant intern del règim jurídic de les administracions públiques

El règim jurídic de les administracions públiques, com s'ha dit, és una competència estatal de naturalesa bàsica. En aquest sentit, la LRJSP especifica en l'art. 1 que: «Aquesta llei estableix i regula les bases del règim jurídic de les administracions públiques, els principis del sistema de responsabilitat de les administracions públiques i de la potestat sancionadora, així com l'organització i funcionament de l'Administració General de l'Estat i del seu sector públic institucional per a l'exercici de les seves activitats».

Fins ara, aquestes matèries estaven incloses en la LRJPAC, en la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat (LOFAGE), en la Llei 50/1997, de 27 de novembre, del Govern, en la Llei 28/2006, de 18 de juliol, d'agències estatals per a la millora dels serveis públics, i en la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics. També es modifiquen altres lleis, com la Llei 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques, el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel RDLEG 3/2011, de 14 de novembre, i la Llei 20/2015, de 14 de juliol, d'ordenació, supervisió i solvència de les entitats assegurades i reasseguradores.

Des de la perspectiva competencial, hem d'assenyalar que la LRJSP invoca com a títols competencials els tres apartats de l'article de la CE ja esmentats: 149.1.13, 149.1.14 i 149.1.18a CE de forma conjunta sense especificar la seva correspondència amb els títols o capítols de la Llei. Aquesta forma de citar els fonaments competencials no només és una mala tècnica legislativa, ja que introdueix confusió pel que fa a la correspondència entre la competència emprada i els articles que hi troben empara sinó que, com ha precisat el TC, no serveix per ampliar o modificar l'abast material o funcional de cada un d'ells. Els títols competencials no són intercanviables i cada un d'ells es projecta sobre una matèria concreta.

A més a més, com assenyala el Consell d'Estat en el Dictamen 274/2015, la cita dels títols competencials indueix a error, ja que dues de les competències esmentades tenen caràcter bàsic segons la Constitució i la tercera, en canvi, és exclusiva de l'Estat (l'art. 149.1.14a CE) i té caràcter residual quan es projecta sobre altres administracions públiques (les STC 233/1999 i 31/2010, de forma que únicament habilita el legislador estatal per regular unes matèries molt concretes, com són, en el cas de la STC 233/1999, el sistema tributari de les entitats locals i els criteris de participació en els ingressos de l'Estat.

Doncs bé, si s'analitza la disposició final catorzena, s'observa que dels quatre títols que integren la Llei, només una part del títol preliminar, un capítol i alguns preceptes del títol II i el títol III tenen caràcter bàsic; la resta són disposicions que s'apliquen en exclusiva a l'Administració general de l'Estat i al seu sector públic (especialment, el títol I). No es tracta, doncs, d'una llei bàsica amb caràcter general.

Entrant en el contingut de la Llei, hem de remarcar que en el seu articulat és on es fa més palès el principi d'austeritat al que ja s'ha fet referència a l'inici d'aquest article. Així es posa de manifest en el preàmbul, que ja en el seu primer paràgraf fa referència a la modernització del sector públic espanyol per tal de dotar-lo de major eficàcia i a l'eliminació de duplicitats, o en el paràgraf novè de l'apartat I del preàmbul on s'afirma que: «Les administracions públiques, lluny de constituir un obstacle per a la vida dels ciutadans i les empreses, han de facilitar la llibertat individual i el desenvolupament de la iniciativa personal i empresarial. Per a això és imprescindible establir un marc normatiu que impedeixi la creació d'òrgans o entitats innecessaris o redundants i asseguri l'eficàcia i eficiència dels ens públics [...]».

L'objectiu principal de la reforma operada per la LRJSP, doncs, és el de reduir la capacitat d'intervenció de les administracions públiques en l'esfera de la ciutadania i de l'empresa, tot controlant la seva dimensió i creixement des d'un punt de vista orgànic i assegurant la seva subjecció als principis d'eficàcia i d'eficiència.

La connexió entre el principi d'austeritat i la reforma del règim jurídic administratiu que es vol dur a terme sembla que es vulgui justificar amb les referències a les competències de l'art. 149.1.13a i 14a CE, que ja hem dit que és el que dóna empara, segons el TC, al legislador estatal per regular el principi d'estabilitat pressupostària (STC 134/2011). Ara bé, en la LRJSP no es regulen directament mesures econòmiques o de control pressupostari o financer de les administracions públiques ni mesures de coordinació de les hisendes públiques sinó principis i mesures de dret administratiu com la creació o supressió d'òrgans, principis d'actuació i de competència dels òrgans, instruments administratius com els convenis o formes de relacions interadministratives, que no tenen una connexió directa amb aquests títols competencials sinó amb el de l'art. 149.1.18a CE que, en aquest cas, seria el títol competencial prevalent. D'altra banda, i com també ha assenyalat el TC en sentències posteriors a la STC 134/2011, la introducció del principi d'estabilitat pressupostària amb rang constitucional en l'art. 135 pot donar cobertura a l'Estat per regular l'aplicació d'aquest principi a les comunitats autònomes sense necessitat de recórrer a l'art. 149.1.13a i 14a CE.

No obstant això, també és necessari fer avinent que aquesta Llei té per objecte principal l'establiment de bases en matèria organitzativa i, per tant, en relació amb aspectes organitzatius interns de les administracions públiques, hem de tenir present que, d'acord amb la STC 50/1999, les bases estatals hauran de tenir aquí una extensió menor que en relació amb l'àmbit de les relacions entre administració i ciutadania.

Així ho recorda també el Consell d'Estat en el Dictamen 274/2015, que especifica: «La determinación de los títulos competenciales al amparo de los cuales se dictan las normas básicas contenidas en el anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público debe realizarse con especial cuidado. Dada la potestad de autoorganización consustancial a todas las Administraciones Públicas y el carácter estatal de la norma, la legislación básica contenida en el anteproyecto ha de ajustarse —como es obligado— a la distribución de competencias establecida en la Constitución, sin que puedan esgrimirse más títulos competenciales que aquellos que guardan una conexión suficiente con la materia regulada.»

En conseqüència, doncs, en tots aquells aspectes de la LRJSP que tenguin una major connexió amb la competència d'autoorganització de les comunitats autònomes, les bases estatals hauran de respectar aquesta competència, sense que siguin aplicables altres competències (art. 149.1.13a i 14a CE) com pretén la Llei estatal.

D'altra banda, la LRJSP conté diversos preceptes que s'apliquen també a l'administració local, en relació amb la qual també caldrà tenir en compte els límits per a la competència estatal que es deriven del principi d'autonomia local consagrat en la Constitució i que en el vessant organitzatiu s'han posat en relleu en diverses ocasions per la jurisprudència constitucional.

Tenint en compte aquestes consideracions, i atès que estem davant d'una competència estatal bàsica, cal assenyalar que el capítol V del títol preliminar regula de forma molt detallada i, per tant, amb una gran densitat normativa, el funcionament electrònic del sector públic. Això es deu en gran part que, com assenyala el Dictamen 274/2015 del Consell d'Estat, la major part d'articles no només reprodueixen el text articulat de la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, sinó també algunes disposicions del RD 1671/2009, de 6 de novembre, que la desenvolupa parcialment, i que, per tant,

són molt detallades d'acord amb la seva naturalesa reglamentària,[17] la qual cosa limita les possibilitats autonòmiques de desplegar aquests preceptes.

En el capítol VI del mateix títol es regula el contingut, la tramitació i la resolució dels convenis administratius. També en aquest cas s'observa una notable densitat normativa que contradiria el criteri establert pel Tribunal Constitucional en la STC 50/1999, però és que en aquest capítol s'ha de tenir en compte que es barregen preceptes aplicables a totes les administracions públiques amb d'altres d'aplicació exclusiva a l'Administració general de l'Estat. Tant el Consell d'Estat com el Consell de Garanties Estatutàries entenen que l'art. 149.1.18a CE pot donar cobertura a les disposicions del capítol, llevat, en opinió del Consell de Garanties Estatutàries, de dos apartats.[18]

IV. Les noves «bases estatals» en matèria d'administració institucional

L'anomenada administració institucional, integrada per les diferents formes de personificació jurídica pública de l'administració, constitueix un dels àmbits propis de la potestat d'autoorganització de les comunitats autònomes i guarda una especial connexió amb el dret a l'autonomia. Així ho va posar en relleu la STC 50/1999 en assenyalar que les comunitats autònomes tenen, com quelcom inherent a la seva autonomia, «una "competencia exclusiva" para "crear, modificar y suprimir los órganos, unidades administrativas o entidades que configuran las respectivas Administraciones autonómicas o dependen de ellas"; en tal sentido, la "decisión" de "establecer cuáles son los órganos e instituciones que configuran las respectivas Administraciones corresponde únicamente a las Comunidades Autónomas y, en consecuencia, el Estado debe abstenerse de cualquier intervención en este ámbito"»

[17] No obstant això, el Dictamen 24/2015, de 17 de desembre, del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya, considera que els preceptes d'aquest capítol troben cobertura en l'art. 149.1.18a CE.

[18] En concret, el Dictamen 24/2015, de 17 de desembre, esmentat en la nota anterior, considera que l'art. 49.h.2n LRJSP, en tant que estableix la impossibilitat de prorrogar més enllà de quatre anys addicionals els convenis, i l'art. 52.2 a partir de l'incís: «tenint en compte les següents regles: a) [...]. b) [...]», excedeixen de la competència estatal ja que tenen un contingut excessivament minuciós i impedeixen que es puguin desplegar per les comunitats autònomes.

(fonament jurídic 3r). Així ho recorda també el Consell d'Estat en el Dictamen 274/2015 ja esmentat.

En coherència amb aquest plantejament, el títol II de la LRJSP no té caràcter bàsic llevat del capítol I i del capítol VI (amb excepció d'un article) així com d'alguns preceptes concrets del capítol VII.

Per tal d'analitzar les disposicions de caràcter bàsic d'aquests capítols, per tant, i d'acord amb la jurisprudència constitucional, cal tenir en compte que el paràmetre de constitucionalitat aplicable haurà de ser el grau de densitat normativa de les bases estatals i la major o menor obligatorietat que es desprengui de la legislació bàsica, de forma que quan no hi hagi possibilitat de desplegament autonòmic es podrà entendre que l'Estat s'ha excedit en la seva regulació, a no ser que pugui ser aplicable algun altre títol competencial (en aquest cas, l'art. 149.1.13a o 14a a què ja hem fet esment).

Entrant en l'anàlisi concreta dels articles, s'observa que el capítol I conté principis generals d'actuació però també algunes obligacions concretes per a totes les administracions públiques (incloses les autonòmiques i la local), com la d'establir un sistema de supervisió contínua de les seves entitats dependents a l'objecte de comprovar la subsistència dels motius que en van justificar la creació i la sostenibilitat financera i que haurà d'incloure la formulació expressa de propostes de manteniment, transformació o extinció (art. 81.2); la subjecció dels organismes i entitats vinculats o dependents de les administracions autonòmiques i locals al que es disposa en els art. 129 i 134 LRJSP (art. 81.3) i la inscripció obligatòria d'aquestes entitats en un Inventari d'Entitats del Sector Públic Estatal, Autonòmic i Local (art. 83).

Els dos dictàmens ja esmentats del Consell d'Estat i del Consell de Garanties Estatutàries s'inclinen per entendre que l'art. 135 CE —que consagra el principi d'estabilitat pressupostària, vinculant per a totes les administracions públiques— i la Llei orgànica 2/2012, de 27 d'abril, donen cobertura a l'art. 81.2 LRJSP, i no pas els títols competencials de l'art. 149.1.13a i 14a CE, però el grau de vinculació del precepte i els termes concisos en què està redactat no deixen de generar algun dubte sobre la seva adequació competencial, ja que no deixen cap marge d'actuació o de desplegament a les comunitats autònomes i la seva connexió amb l'art. 135 CE (principi d'estabilitat pressupostària) tot i que existeix, no deixa de ser un aspecte subordinat a la potestat d'autoorganització. En aquest

sentit, una formulació més principal del precepte i menys imperativa oferiria menys dubtes competencials.

Pel que fa als altres tres preceptes esmentats —art. 129, 134 i 83, darrer paràgraf, així com la remissió de l'art. 81.3 als art. 129 i 134— sí que, en opinió del Dictamen 24/2015 del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat, suposen un excés competencial del legislador bàsic estatal, tenint en compte el seu elevat grau de detall.[19]

En relació amb el capítol VI, relatiu als consorcis, de nou la LRJSP conté preceptes de naturalesa bàsica aplicables a totes les administracions públiques. D'aquest capítol el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat qüestiona l'art. 120.2, en la mesura que imposa criteris per a l'adscripció dels consorcis. Com assenyala el Dictamen, malgrat que aquest article és molt semblant a l'actual disposició addicional vintena de la LRJPAC, en realitat no ho és ja que, en opinió del Consell «el marge d'actuació autonòmica s'extingeix atès que es configura com un conjunt de criteris taxats que han de ser aplicats en un estricte ordre de prelació d'uns respecte dels altres ("ordenats per prioritat en la seva aplicació")». Per tant, pels mateixos motius que l'art. 81.2 del capítol I (principis generals) i que els art. 129 i 134 del capítol VII (relatius a les fundacions), aquest precepte es considera que excedeix de la competència bàsica de l'Estat.

V. Relacions interadministratives i relacions intergovernamentals

El títol III de la LRJSP es dedica a les relacions interadministratives i es divideix en quatre capítols: un de principis, un sobre el deure de col·laboració, un sobre les relacions de cooperació i un sobre les relacions electròniques entre administracions. D'entrada cal dir que la LRJSP segueix en aquest punt la Llei 30/1992, de 26 de novembre, que ja va incloure un títol I sobre relacions interadministratives. Ara bé, des l'any 1992 fins ara cal dir que aquest àmbit ha tengut una important evolució.

[19] Amb relació al darrer paràgraf de l'art. 83, el Dictamen considera, a més, que excedeix de la competència estatal en la mesura que introdueix un requisit d'obligat compliment per a la constitució d'entitats i organismes autonòmics com és la inscripció obligatòria en un registre estatal, que comporta, al mateix temps, una mesura de tutela i control jeràrquic de l'Estat sobre aquestes entitats.

D'una banda, davant la manca d'una regulació constitucional de les relacions intergovernamentals i del principi de col·laboració entre l'Estat i les comunitats autònomes, tot i que aquest principi de conformitat amb la jurisprudència constitucional és inherent a l'Estat autonòmic (entre d'altres, STC 18/1992), ha comportat que aquesta matèria s'hagi incorporat als estatuts d'autonomia, en especial en aquells que, com el de les Illes Balears, es van reformar en el període 2006-2010. Així, l'EAIB conté un capítol III dins del títol VII sobre relacions institucionals, del qual reproduïm els art. 116 i 117:

«Article 116. Principis de les relacions de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears amb l'Estat

En el marc dels principis constitucionals, les relacions de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears amb l'Estat es fonamenten en els principis de col·laboració, cooperació, solidaritat i lleialtat institucional.

Article 117. Instruments de col·laboració i de relació amb l'Estat

Per als assumptes d'interès específic de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, s'han d'establir els corresponents instruments de col·laboració i de relació amb l'Estat. Els òrgans de col·laboració s'han de crear d'acord amb els principis establerts en l'article anterior, que constitueix el marc general i permanent de relació entre els governs de les Illes Balears i de l'Estat als efectes següents:

a) La cooperació, la col·laboració, la coordinació i la informació en l'exercici mutu de les competències pròpies que puguin afectar ambdós governs.
b) L'establiment de mecanismes d'informació i col·laboració sobre les respectives polítiques públiques i els assumptes d'interès comú.
c) L'impuls de l'eficàcia, el seguiment i la resolució de conflictes en totes les qüestions d'interès comú.

En els assumptes d'interès general la Comunitat Autònoma de les Illes Balears ha de participar a través dels procediments o els òrgans multilaterals que es constitueixin.»

Es tracta per tant d'una matèria que en moltes comunitats autònomes gaudeix de rang estatutari. La STC 31/2010, relativa a l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006, ha reconegut la idoneïtat dels estatuts d'autonomia per regular aquestes relacions així com els principis que les regeixen i, malgrat que admet una certa posició de superioritat de l'Estat, també ha afirmat que aquesta posició jurídica de

superioritat no s'havia d'entendre en sentit jeràrquic sinó vinculada al fet que les competències estatals tenen un abast territorial més ampli que les autonòmiques.

Dit això, també hem de subratllar que la col·laboració entre l'Estat i les comunitats autònomes, malgrat el silenci constitucional com hem dit, s'ha desenvolupat a través de nombroses i variades fórmules i ha estat objecte d'importants estudis doctrinals[20] i de propostes legislatives que no han acabat de reeixir.

A diferència de les relacions intergovernamentals, les relacions interadministratives són relacions entre administracions públiques, no entre governs, i per tant estan desproveïdes de la naturalesa política que tenen les primeres. Són aquestes segones les que haurien de ser objecte d'una regulació bàsica com a matèria pròpia del règim jurídic de les administracions públiques, mentre que les primeres en quedarien excloses, ja que una llei estatal bàsica en matèria de règim jurídic no semblaria el vehicle normatiu adient per regular aquest tipus de relacions.

No obstant això, el títol III de la LRJSP es refereix als dos tipus de relacions, tant a les estrictament interadministratives com també a les intergovernamentals, tot introduint una certa confusió entre unes i altres. Així, per exemple, en la secció segona del capítol III del títol III, després que l'art. 145 defineixi els òrgans de cooperació com els de composició multilateral o bilateral, d'àmbit general o especial, constituïts per representants de l'Administració general de l'Estat, de les administracions de les comunitats autònomes o ciutats de Ceuta i Melilla, o, si s'escau de les entitats locals, es regulen a continuació la Conferència de Presidents (art. 146), les conferències sectorials (art. 147 a 151) i les comissions bilaterals de cooperació (art. 153), òrgans en els quals els membres són representants governamentals i no administratius.

En relació amb les conferències sectorials la Llei estatal els atorga funcions decisòries que fins ara no tenien (eren merament consultives). En aquest sentit, l'art. 151 tipifica els tipus d'acords que es poden adoptar i els seus efectes jurídics, tot distingint entre «acords» d'obligat compliment (fins i tot per als qui hagin votat en

[20] Destaquem els treballs d'ALBERTÍ ROVIRA, E. «Las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 14 (1985); García Morales, M.ª J. [et al.]. *Las relaciones intergubernamentales en el Estado Autonómico*. Madrid: CEPC, 2006; ARBÓS MARÍN, X. (coord.). *Las relaciones intergubvernamentales en el Estado autonómico. La posición de los actores*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2009, i TAJADURA TEJADA, J. *El principio de cooperación en el sistema autonómico*. Granada: Comares, 2000, entre molts d'altres.

contra en el cas que l'Estat exerceixi funcions de coordinació) i «recomanacions», que expressen opinions. Així mateix, es manté la reserva de la presidència a favor del ministre i la potestat d'aquest d'acordar la convocatòria de les reunions, tot i que es preveu la possibilitat també que sigui convocada a proposta de la tercera part dels seus membres.

Pel que fa a les comissions bilaterals de cooperació, cal tenir en compte que es troben regulades tant en l'art. 33 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional, que els atribueix una funció específica en la negociació prèvia a la interposició d'un conflicte de competències davant del Tribunal, i en molts casos també estan previstes i regulades en els estatuts d'autonomia corresponents, per la qual cosa es podria entendre que són institucions pròpies de les comunitats autònomes i que, per tant, queda fora de la possibilitat d'una legislació estatal bàsica. En aquest sentit, encara que la LRJSP intenti salvar aquesta qüestió proclamant el caràcter supletori de l'art. 153 respecte del que disposin els estatuts d'autonomia en matèria d'organització i funcionament de les comissions bilaterals, la legislació bàsica estatal no deixa de plantejar dubtes competencials.

Aquestes comissions també poden adoptar acords d'obligat compliment.

Finalment, pel que fa al darrer capítol del títol III, de les relacions electròniques de les administracions públiques, de nou es reprodueixen moltes disposicions ja vigents en altres normes però sobretot de nou ens trobem amb disposicions molt detallades que difícilment concorden amb la noció de bases estatals que hem exposat al llarg d'aquest treball.

VI. Conclusió final

En definitiva, doncs, tot i que les dues lleis aporten poques novetats des del punt de vista del dret administratiu, tenen un impacte competencial important, ja que porten a terme una interpretació extensiva de les bases estatals que implica una intervenció del legislador estatal en matèries on fins ara no hi havia regulació estatal, i en molts casos amb una densitat superior a les bases fins ara vigents, la qual cosa té una repercussió no només per al legislador autonòmic que hagi de desenvolupar aquestes bases sinó també per a les lleis autonòmiques vigents, que es veuran afectades en molts casos per noves bases estatals. La conseqüència jurídica d'aquesta afectació podria ser la inconstitucionalitat sobrevinguda de les disposicions de lleis

autonòmiques que entrin en contradicció amb la nova legislació estatal bàsica en matèries fins i tot de caire organitzatiu com poden ser la regulació de consorcis, fundacions o altres figures instrumentals de l'administració, en relació amb les quals s'imposen mesures molt estrictes de control i supervisió.

D'altra banda, la nova legislació estatal bàsica sobre relacions intergovernamentals és una oportunitat perduda d'haver legislat sobre aquestes relacions buscant el màxim consens amb les comunitats autònomes i amb fórmules més respectuoses amb la composició paritària de les diferents comissions i conferències.

rjib14

COMENTARIS I NOTES

COMENTARIO A LA LEY 25/2015, DE 28 DE JULIO, DE MECANISMO DE SEGUNDA OPORTUNIDAD, REDUCCIÓN DE LA CARGA FINANCIERA Y OTRAS MEDIDAS DE ORDEN SOCIAL*

Aranzazu Ortiz González

Magistrada

Audiencia Provincial de Palma

I. Presentación. II. Antecedentes y objeto de la Ley 25/2015, de 28 de julio. III. Cuestiones relativas al procedimiento. IV. Conclusión.

* En este trabajo se reproduce el discurso que la Sra. Ortiz pronunció el 5 de octubre de 2015 en el Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears con motivo del acto de apertura del Año Judicial.

I. Presentación

Con la venia, Señor Presidente, Excelentísimas e Ilustrísimas autoridades, Ilustrísimos compañeros. Distinguidas señoras y distinguidos señores.

Quiero comenzar agradeciendo al Excelentísimo Señor Presidente de este Tribunal Superior de Justicia la oportunidad de participar en el acto de apertura del año judicial con una breve exposición —en este caso, en mi condición de especialista en asuntos de lo mercantil— sobre la Ley que regula el mecanismo de la segunda oportunidad.

Comenzaré con una referencia al objeto de esta novedosa posibilidad legal y su *iter* legislativo, así como a las normas que rigen en los países de nuestro entorno, después me referiré a la tramitación de este proceso con un ejemplo para concluir con una valoración de la reforma, que voy a exponer en líneas generales.

II. Antecedentes y objeto de la Ley 25/2015, de 28 de julio

La Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, dedica su preámbulo a razonar las modificaciones que introduce, afirma que «Su objetivo no es otro que permitir lo que tan expresivamente describe su denominación: que una persona física, a pesar de un fracaso económico empresarial o personal, tenga la posibilidad de encarrilar nuevamente su vida e incluso de arriesgarse a nuevas iniciativas, sin tener que arrastrar indefinidamente una losa de deuda que nunca podrá satisfacer.

La experiencia ha demostrado que cuando no existen mecanismos de segunda oportunidad se producen desincentivos claros para acometer nuevas actividades e incluso a permanecer en el circuito regular de la economía. Ello no favorece obviamente al propio deudor, pero tampoco a los acreedores ya sean públicos o privados. […]

A esta finalidad responde la primera parte de esta Ley, por la que se regulan diversos mecanismos de mejora del Acuerdo Extrajudicial de Pagos, introducido en nuestra legislación concursal por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, y se introduce un mecanismo efectivo de segunda oportunidad para las personas físicas destinado a modular el rigor de la

aplicación del artículo 1911 del Código Civil. Conviene explicar brevemente cuáles son los principios inspiradores de la regulación introducida a este respecto.

El concepto de persona jurídica es una de las creaciones más relevantes del Derecho. […] las personas jurídicas, al igual que las naturales, nacen, crecen y mueren. Además, el principio de limitación de responsabilidad inherente a determinadas sociedades de capital hace que éstas puedan liquidarse y disolverse (o morir en sentido metafórico), extinguiéndose las deudas que resultaren impagadas tras la liquidación, y sin que sus promotores o socios tengan que hacer frente a las eventuales deudas pendientes una vez liquidado todo el activo.

Puede afirmarse que el principio de limitación de responsabilidad propio de las sociedades de capital está en buena medida en el origen del desarrollo económico de los tres últimos siglos. En el fondo, este principio de limitación de la responsabilidad se configuró como un incentivo a la actividad empresarial y a la inversión. El legislador incentivaba la puesta en riesgo de determinados capitales garantizando que dichos capitales serían la pérdida máxima del inversor, sin posibilidad de contagio a su patrimonio personal.

[…] La cuestión que se plantea entonces es el fundamento último para el diferente régimen de responsabilidad que se produce cuando una persona natural decide acometer una actividad empresarial a través de una persona jurídica interpuesta y cuando esa misma persona natural contrae obligaciones de forma directa. Si en el primer caso podrá beneficiarse de una limitación de responsabilidad, en el segundo quedará sujeta al principio de responsabilidad patrimonial universal recogido en el artículo 1911 del Código Civil.

Además, muchas situaciones de insolvencia son debidas a factores que escapan del control del deudor de buena fe, planteándose entonces el fundamento ético de que el ordenamiento jurídico no ofrezca salidas razonables a este tipo de deudores que, por una alteración totalmente sobrevenida e imprevista de sus circunstancias, no pueden cumplir los compromisos contraídos. No puede olvidarse con ello que cualquier consideración ética a este respecto debe cohonestarse siempre con la legítima protección que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los derechos del acreedor, así como con una premisa que aparece como difícilmente discutible: el deudor que cumple siempre debe ser de mejor condición que el que no lo hace.

Introducidas de este modo las premisas del problema acerca del alcance y eventual limitación del principio de responsabilidad patrimonial universal del artículo

1911 del Código Civil», la última norma sobre esta institución novedosa en nuestra legislación acude a los antecedentes históricos de dicho precepto…Y se remonta a las Partidas… En esta breve exposición no vamos a seguir esa línea porque lo cierto es que estos mecanismos de exoneración no habían sido regulados en nuestro Derecho concursal. Hasta la tramitación del Real Decreto-ley que precedió a la Ley 25/2015 éramos de los pocos países de Unión Europea que no contábamos con mecanismos de exoneración de deudas para los deudores de buena fe: los otros países son Malta y Hungría.

El debate se centra en si se debe «exonerar» al deudor de parte de sus deudas en un escenario concursal y cuál sería el fundamento de ese «perdón» que conculcaría un principio básico contractual y es que las obligaciones deben ser cumplidas ex art. 1091 CC.

Ya aconteció en Estados Unidos y se trasladó al Derecho continental Europeo, en torno a los años 80/90 del pasado siglo. Se inició con una concepción que lo calificaba como un problema esencialmente contractual en el que habría de partirse, como se ha adelantado, de que las obligaciones han de ser cumplidas, pero evolucionó hacia planteamientos próximos al Derecho norteamericano, introduciéndose en países como Alemania, Francia e Italia mecanismos concursales de exoneración del pasivo insatisfecho.

La insolvencia es una situación excepcional, la exoneración del pasivo insatisfecho es a su vez una excepción dentro del proceso de insolvencia porque los principios fundamentales son que las obligaciones deben ser cumplidas y que no se puede hacer de peor condición al deudor que paga respecto del incumplidor. Dicho lo cual, la realidad nos permite conocer situaciones en las que no perpetuar las deudas de las personas físicas en los supuestos de deudor de buena fe y con un estricto control de sus capacidades reales de pago, es beneficioso para la sociedad.

En Alemania la entrada en vigor de la regulación sobre insolvencia de particulares tuvo lugar el 1 de enero de 1999; supuso la incorporación al ordenamiento jurídico alemán de un mecanismo mediante el cual los consumidores y las personas naturales pueden solicitar y, en su caso, obtener, la liberación de las deudas. En su exposición de motivos se recoge como una declaración programática que «los deudores honestos deben tener la oportunidad de liberarse de las deudas pendientes».

En Francia, del procedimiento preventivo pueden beneficiarse las personas físicas, respecto de deudas exigibles o pendientes de vencimiento no profesionales, con exclusión de las personas jurídicas, así como quienes sean comerciantes, artesanos o agricultores (art. L 333-3) que resultarían sometidos a los procedimientos preventivos de *sauvegarde*, pudiendo los profesionales liberales o trabajadores autónomos acogerse al procedimiento siempre que el sobreendeudamiento no proceda de deudas profesionales. Constituye presupuesto para poder beneficiarse del procedimiento la buena fe del deudor, no solo en el momento en el que se produjeron los hechos que dieron lugar al sobreendeudamiento, sino también en el momento de la solicitud y a lo largo de la tramitación del procedimiento, lo que se presume, correspondiendo a los acreedores o a la comisión rectora del procedimiento la prueba de la mala fe.

Centrados en nuestro país, el legislador ha optado por modificar nuevamente la Ley Concursal, asumiendo con ello el poco éxito de reformas anteriores, en especial la Ley de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que habilitaba un procedimiento extrajudicial de pagos que permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente; esta norma ha sido ineficaz desde su entrada en vigor en octubre de 2013, sin embargo ha servido como base para la nueva reforma.

La normativa concursal desde su redacción originaria en 2003 establecía que era el convenio el modo normal en el que el deudor debía solventar sus problemas de insolvencia, por lo tanto el deudor podía obtener quitas de sus acreedores siempre y cuando gozara de su favor expresado a través del convenio concursal, inicialmente el convenio era el instrumento para que el insolvente pudiera disfrutar de quitas o esperas que atemperaran su situación. El fracaso del concurso para los particulares se intentó paliar con la llamada Ley de Emprendedores que articuló el acuerdo extrajudicial de pagos valiéndose de la mediación concursal, sin embargo era un instrumento vedado a los particulares que no pudieran ser considerados empresarios o emprendedores.

La Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad parte de lo avanzado ya con la Ley de Emprendedores, modificando sustancialmente los condicionantes para poder acceder al acuerdo extrajudicial de pagos de modo que puedan acogerse al mismo toda persona física, y facilitando también la remisión de deudas primero disfrutando de una remisión provisional, que se convierte en remisión definitiva una vez se constata la buena fe del deudor y el cumplimiento de un plan de pagos.

III. Cuestiones relativas al procedimiento

La obtención del beneficio de la exoneración definitiva, con carácter general, necesita de varios trámites ante dos autoridades.

El primero fuera del juzgado —ante Notario en el caso de personas físicas que no sean empresarios— y la segunda fase, tras la solicitud de la declaración judicial de insolvencia, una vez tramitado el concurso y realizados todos los bienes o cuando se aprecia la insuficiencia de masa activa ex art 176 bis LC.

El deudor insolvente debe acudir primero al Acuerdo Extrajudicial de Pagos (AEP), en el caso de la persona física no empresario se tramita ante Notario del domicilio del deudor, en los demás ante el Registro de lo Mercantil o la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación.

Si el acuerdo ha fracasado el deudor o el mediador puede solicitar el concurso que en caso de persona física no empresario será siempre de liquidación. Desde el 1 de octubre los concursos de persona física no empresario son competencia de los juzgados de primera instancia, si bien los recursos de apelación contra las decisiones derivas de todos los concursos de acreedores los siguen conociendo las secciones especializadas, en nuestro territorio la Sección Quinta.

El deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, en los términos establecidos en este artículo 178 bis, una vez concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa.

El deudor deberá presentar su solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho ante el Juez del concurso dentro del plazo de audiencia que se le haya conferido de conformidad con lo establecido en el artículo 152.3.

Para que se pueda exonerar será necesario que el deudor lo sea de buena fe: se entenderá que concurre buena fe en el deudor siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

1.º Que el concurso no haya sido declarado culpable.

2.º Que el deudor no haya sido condenado en sentencia firme por delitos contra el patrimonio, contra el orden socioeconómico, falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores en los 10 años anteriores a la declaración de concurso. Si existiera un proceso penal pendiente, el juez del concurso deberá suspender su decisión respecto a la exoneración del pasivo hasta que exista sentencia penal firme.

3.º Que, reuniendo los requisitos establecidos en el artículo 231, haya celebrado o, al menos, intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos. La persona física no comerciante prácticamente en todos los supuestos estará en situación de intentar un AEP, habrá supuestos excepcionales en los que no se podrá (por ejemplo que su pasivo alcance más de 5 millones de euros).

Y a continuación se exponen dos posibilidades:

4.º Que haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, y los créditos concursales privilegiados y, si no hubiera intentado un acuerdo extrajudicial de pagos previo, al menos, el 25% del importe de los créditos concursales ordinarios. Debe tenerse en cuenta que respecto de los privilegios especiales se aplicarán las normas sobre valor razonable de las garantías y que la parte no satisfecha con cargo al privilegio especial tendrá la consideración de crédito que por su naturaleza corresponda.

Aquí hay una aparente contradicción, porque en principio nos dice que se tiene que someter a una AEP (artículo 178 bis 1.3) y en el punto siguiente resulta que si no lo hubiera hecho, también se puede exonerar pero pagando el 25% de los créditos ordinarios. Podría solventarse interpretando que ahora, para la segunda oportunidad, solo se limita a quien fue condenado pues este no podrá obtener segunda oportunidad pero los demás sí aunque pagando más.

Si el deudor no puede pagar ni ese umbral mínimo también puede tener derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho.

De los preceptos que regulan esta materia podemos sistematizar que el beneficio de exoneración procede para:

1. El Deudor que no intenta previamente un acuerdo extrajudicial de pagos: solo se le puede reconocer el beneficio si satisface antes de concluir el concurso todo el crédito contra la masa, todo el crédito privilegiado —especial y general— y un 25% del crédito ordinario. Este era el régimen que ya operaba tras la Ley 14/2013.

   Difícilmente podrá acceder a este beneficio el deudor en los supuestos de conclusión por insuficiencia de masa activa previstos en el artículo 176 bis LC, dado que el deudor que no intenta previamente el acuerdo extrajudicial de pagos no puede optar a satisfacer el pasivo concluido el concurso por medio de un plan de pagos.

   La exoneración de pasivos es en todo caso provisional, sujeto a un plazo de supervisión de 5 años.

2. El Deudor que intenta previamente un acuerdo extrajudicial de pagos: el intento no exige ni tan siquiera que se designe mediador concursal. Se abren, a su vez, dos posibles vías principales:
   2.1. Cumplir con los umbrales de pago previstos dentro del concurso.
   Esto supone que ha satisfecho dentro del concurso todo el crédito contra la masa y todo el privilegio especial o general.
   La exoneración de pasivos es provisional y queda, por lo tanto, sujeta a la posible revocación en los cinco años siguientes.
   2.2. No cumplir con los umbrales de pago mínimos previstos dentro del concurso.
   En este caso el deudor tiene que cumplir o asumir una serie de requisitos complementarios entre los que se destaca la proposición y aprobación de un plan de pagos para satisfacer, concluido el concurso, el crédito no exonerable.
   En los supuestos en los que el deudor se someta a este plan de pagos el deudor disfrutará, mientras cumpla el mismo, de una exoneración provisional, que evitara las ejecuciones singulares de los deudores afectados por el plan.
   Concluido el plazo de cumplimiento del plan de liquidación —5 años— el deudor puede encontrarse en una de las siguientes situaciones:
      A) Ha cumplido completamente el plan y no se le ha revocado el beneficio. El juez dicta auto acordando la exoneración definitiva del pasivo no satisfecho. Durante esos 5 años las deudas pendientes no podían devengar interés.
      B) El deudor no ha cumplido completamente el plan pero acredita haber aplicado al cumplimiento del mismo al menos la mitad de sus ingresos no embargables.

   El juez tiene la potestad de acordar la exoneración de todo el pasivo insatisfecho, tanto el exonerable como el no exonerable, de modo definitivo; en estos casos el juez, constatando ese esfuerzo patrimonial del deudor, deberá valorar o ponderar los factores o circunstancias que concurran en el deudor para acordar o no la exoneración definitiva.

Un ejemplo sencillo de una de las posibilidades que ofrece esta compleja tramitación sería:

> Una persona que ahora es trabajadora por cuenta ajena y percibe un salario de 1.200 euros pero a la conclusión del concurso tiene deudas por importe de 80.000 euros —se concluye porque no tiene más activo realizable, no podemos vender nada más—, solicita el beneficio de la exoneración y es declarada deudora de buena fe… destinando, al menos la mitad de sus ingresos en la parte embargable, al pago de las deudas tras 5 años… el juez —en un proceso contradictorio pero sin necesidad de acuerdo con los acreedores— puede condonar todas las deudas pendientes: las exonerables y las que no.

Esto es a sus ingresos de 1.200 euros le restamos 648,60 del salario mínimo y quedarían 551,40 euros: debe destinar 275,70 euros cada mes y si no le toca la lotería o hereda una cuantía que permita pagar las deudas pendientes sin detrimento de la obligación de alimentos (art. 178 bis 7) supuestos legales de revocación, el auto del juez acordando la exoneración provisional se tornará en definitivo. Y habrá abonado 16.500 euros, viviendo con 924 euros cada mes.

Si se tratara de una persona incluida entre las que la Ley ya ha definido como en situación de especial vulnerabilidad en el Real Decreto-ley 6/2012 bastará con que destine el 25% de sus ingresos.

Durante ese periodo no podrán devengarse intereses de las deudas provisionalmente condonadas ni iniciarse ejecuciones singulares.

Es cierto que la exoneración no afecta a las obligaciones de alimentos ni al crédito público y en cuanto a la vivienda adquirida con préstamo con garantía hipotecaria la exoneración pasa por la ejecución o dación en pago de la misma. También quedan a salvo los derechos de los acreedores frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho obtenido por el concursado ni subrogarse por el pago posterior a la liquidación en los derechos que el acreedor tuviese contra aquel, salvo que se revocase la exoneración concedida.

IV. Conclusión

A nivel estatal, la experiencia de estos meses desde marzo, fecha en que entró en vigor el Real Decreto-ley 1/2015 del que resulta la aprobación de la Ley 25/2015, informa sobre el perfil del deudor que acude a estos instrumentos:

En la mayoría de los casos se trata de particulares —personas naturales en la terminología de la Ley— que arrastran deudas de sociedades mercantiles, bien como avalistas o fiadores de las deudas de una empresa, bien como administradores condenados a responder personalmente de las deudas de la compañía que administraban.

Advertir también que en la inmensa mayoría de deudores consideran que el acuerdo extrajudicial de pagos es un trámite formal para obtener la exoneración, lo que ha determinado que las pocas comunicaciones de nombramiento de mediador se vean frustradas sin posibilidad de proponer acuerdo ni de convocar junta; el deudor inicia los trámites de la mediación con el objetivo casi exclusivo de poder disfrutar de los beneficios de la exoneración en sede judicial.

Por otro lado, la reforma no incluye ningún instrumento específico destinado a la tutela de los consumidores frente a prácticas o cláusulas abusivas; es una pena que el legislador concursal no haya habilitado cauces específicos de tutela en el marco de los procedimientos de insolvencia, el deudor podrá acudir a los procedimientos declarativos que considere oportunos para poder perfilar sus pasivos con exclusión de aquellos créditos que puedan reputarse abusivos; esta falta de referencia no quiere decir que el juez mercantil tenga vedadas en el concurso consecutivo estas funciones de tutela, pero la falta de un trámite o cauce procesal específico generan cierta inseguridad respecto del momento en el que puede desarrollar estas tareas y los trámites que deben establecerse.

A través de este nuevo procedimiento:

El deudor podrá ver exoneradas de forma automática sus deudas pendientes cuando haya satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no ha intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25% de los créditos concursales ordinarios.

Si no ha podido satisfacer los anteriores créditos y siempre que acepte someterse a un plan de pagos durante los cinco años siguientes, el deudor podrá quedar exonerado provisionalmente de todos sus créditos, excepto los públicos y por alimentos, contra la masa y aquellos que gocen de privilegio general.

Para la liberación definitiva de deudas, el deudor deberá pagar las no exoneradas o realizar un esfuerzo sustancial para ello. Esfuerzo que se limita a destinar la mitad o la cuarta parte al pago de las mismas

En todo caso, con todos los matices o prevenciones anunciados, bienvenida sea la reforma aunque llegue con retraso.

Como sucede con las leyes nuevas, estamos ante un desafío que iremos resolviendo, como tantas otras veces con la práctica, para prestar el mejor servicio a los ciudadanos.

Gracias por su atención.

rjib14

JURISPRUDÈNCIA

(novembre 2014-desembre 2015)

Jaume Munar Fullana
Doctor en dret
(Constitucional)

Miquel Masot Miquel
Advocat
(Dret civil balear)

Carlos Gómez Martínez
Magistrat de l'Audiència Provincial
President de l'Audiència Provincial (des del 17 de setembre de 2004 fins al 26 de març de 2015)
(Civil)

Antonio J. Terrasa García
President del TSJIB
(Penal)

Fernando Socías Fuster
Magistrat del TSJIB
(Contenciosa administrativa)

Ferran Gomila Mercadal
Advocat
(Laboral)

I. Constitucional

1. SENTÈNCIA NÚM. 31/2015, DE 25 DE FEBRER (PLE). Ponent: Sr. González-Trevijano Sánchez. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. CONSULTES POPULARS NO REFERENDÀRIES I SECTORIALS, MODALITATS DE REFERÈNDUM. DRET DE PARTICIPACIÓ POLÍTICA I MANDAT DE FACILITAR LA PARTICIPACIÓ CIUTADANA. COMPETÈNCIES DE L'ESTAT I DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE CATALUNYA. LLEI ORGÀNICA I LÍMITS DE LA REGULACIÓ HABILITANT AUTONÒMICA CONTINGUDA EN L'ESTATUT D'AUTONOMIA. INCONSTITUCIONALITAT PARCIAL DE DETERMINATS APARTATS O INCISOS DE LA LLEI DEL PARLAMENT DE CATALUNYA 10/2014, DE 26 DE SETEMBRE.

Resum dels fets: el president del Govern interposa recurs d'inconstitucionalitat dels preceptes que integren el títol II (art. 3 a 39), les disposicions transitòries primera i segona, i la disposició final primera per la seva projecció o aplicació en el referit títol II, de la Llei del Parlament de Catalunya 10/2014, de 26 de setembre, de consultes populars no referendàries i altres formes de participació ciutadana. La norma legal té per objecte l'establiment del règim jurídic, les modalitats, el procediment, la realització i la convocatòria de les consultes populars no referendàries i altres formes i mecanismes de participació ciutadana, institucionalitzada en l'àmbit de competències de la Generalitat i les entitats locals.

La qüestió central del recurs que s'analitzarà dins la Sentència passarà per delimitar prèviament la institució del referèndum com a modalitat de consulta popular i el règim de distribució de competències sobre aquesta matèria que deriva del bloc de constitucionalitat.

De manera preliminar, el TC vol destacar el caràcter extraordinari del referèndum com a forma de participació ciutadana en el nostre ordenament jurídic, d'acord amb la seva doctrina precedent, tot recordant que encara que s'admetés que la llei pot ampliar els casos de participació directa, els supòsits haurien de ser en tot cas excepcionals en un règim general de democràcia representativa, en el qual tenen prioritat aquests mecanismes participatius enfront dels de participació directa. A

partir d'aquesta premissa, l'anàlisi jurídica parteix del fet que la Constitució acull alguns instruments de democràcia directa, com el règim de consell obert, la iniciativa legislativa popular i algunes modalitats de referèndum, totes elles modalitats participatives que enllacen amb l'art. 23.1 CE.

Fonamentació jurídica: un expositiu general de la qüestió participativa a què es refereix l'art. 23.1 CE enllaça amb distintes manifestacions del principi en altres preceptes constitucionals, com l'art. 9.2 i l'art. 48, previsions del constituent a les quals s'han de sumar les altres fórmules de participació ciutadana que prevegi la legislació ordinària, estatal o autonòmica, en el marc de les seves competències, com n'és exponent el dret de promoció de convocatòria de consultes populars que preveu l'art. 29.6 EAC. Ara bé, segons el TC, aquesta resta de fórmules seran manifestacions que no encaixen en formes de democràcia representativa ni de democràcia directa, constituint així una tercera categoria que denomina «democràcia participativa».

A partir d'aquesta premissa, la Sentència, per remissió a la construcció doctrinal del mateix TC, identifica el referèndum com una modalitat de consulta popular amb la qual no es demana opinió d'un col·lectiu determinat, sinó que dita consulta es refereix estrictament al cos electoral expressiu de la voluntat del poble a qui es demana opinió mitjançant el procediment electoral, gestionat i assegurat amb garanties jurisdiccionals específiques. Per tal de qualificar una consulta com a referèndum, i, en conseqüència, l'exigència d'una autorització reservada a l'Estat, s'ha de tenir en compte la identitat del subjecte consultat que, quan sigui el cos electoral, suposarà estar davant una consulta referendària, i això independentment que la consulta es constitueixi com a vinculant o no vinculant, perquè aquest element de vinculació no és el tret característic del referèndum.

La problemàtica jurídica de fons que analitza la Sentència és en concret la relativa al sistema de distribució de competències de l'Estat i de la Comunitat Autònoma de Catalunya en aquesta matèria. Evidentment començarà per exposar que existeix una reserva de llei orgànica quant a la regulació de les condicions i procediment de referèndum ex art. 92.3 CE, a banda que, per la projecció del dret fonamental reconegut en l'art. 23.1 i la connexió amb l'art. 81.1, existeix a més de la reserva específica, una reserva genèrica de llei orgànica. A això s'afegeix l'atribució a l'Estat com a competència exclusiva de l'autorització per a la convocatòria de consultes populars per la via de referèndum (art. 149.1.32). En la vigent Llei orgànica

2/1980, de 18 de gener, reguladora de les modalitats de referèndum, no s'hi preveuen altres casos diferents dels específics que regula la CE, tot remetent a la legislació bàsica de règim local el règim de les consultes municipals.

Quant a les competències de les comunitats autònomes, reitera que en l'ordenament constitucional no hi ha en matèria de referèndum cap competència implícita, i per tant, només es poden convocar i celebrar els referèndums prevists en les normes de l'Estat, incloent-hi els estatuts d'autonomia. Així, la previsió de l'art. 122 EAC assigna competència exclusiva a la Generalitat per establir el règim jurídic, modalitats, procediments, realització i convocatòria per la mateixa Generalitat o els ens locals, en l'àmbit de les seves competències, d'enquestes, audiències públiques, fòrums de participació i qualsevol altre instrument de consulta popular, exceptuant el previst en l'art. 149.1.32 CE. Recorda el TC, abans d'entrar en l'anàlisi específica de la Llei impugnada, que l'abast del precepte estatutari ja ha estat circumscrit a les consultes no referendàries en la seva Sentència 31/2010, de 28 de juny, i ara determina que l'objecte de les consultes populars no pot superar l'àmbit de les competències autonòmiques i locals, sense que l'exclusivitat que predica l'art. 122 EAC no pugui afectar la competència estatal relativa a les bases del règim jurídic de les administracions públiques.

Entrant en l'anàlisi dels preceptes de la Llei autonòmica recorreguda, parteix de la definició establerta en el seu art. 3 de la consulta popular no referendària com la convocatòria a les persones legitimades en cada cas perquè manifestin la seva opinió sobre una determinada actuació, decisió o política pública, mitjançant votació, afegint criteris territorials amb relació a l'àmbit nacional català o l'àmbit local. Igualment, introdueix el paràmetre del subjecte cridat a consulta distingint entre consultes generals, que s'estenen a les persones legitimades en els termes de l'art. 5; i sectorials, que tenen un objecte específic per a un determinat col·lectiu de persones. S'exclouen de l'anàlisi de constitucionalitat les consultes sectorials, que no han estat impugnades, tot i així, el TC ja conclou que aquestes consultes pressuposen la crida a un subjecte jurídic més restringit que el cos electoral de la col·lectivitat territorial, i que per tant no tendrien la consideració de referèndum.

Quant a les consultes generals, es posa en connexió l'esmentat art. 3 de la Llei amb la delimitació del cos electoral que duu a terme l'art. 5, constituït pels majors de

setze anys, nacionals d'estats membres de la Unió Europea o d'altres estats que comptin amb un determinat període de residència i que estiguin inscrits en el Registre de població de Catalunya. Així, aquest cos d'electors vendria a expressar mitjançat sufragi el parer dels ciutadans de Catalunya en l'exercici del dret de participació reconegut en l'art. 23.1 CE, i no com a simples administrats. En aquest cos electoral genèric hi estaria integrat l'electoral, estatutari i legal de Catalunya i, per això, encara que una determinada consulta general se cenyís exclusivament a les persones legitimades en l'art. 5 de la Llei autonòmica, en la pràctica estaria essent convocat a les urnes el cos electoral de Catalunya o de la corresponent entitat local, encara que no només a ell, és a dir, el cos electoral general amb les incorporacions personals que la Llei autonòmica disposa.

Aquest constitueix el punt d'inflexió, perquè encara que el cos electoral que conforma la norma autonòmica desborda el cos electoral general, abasta el conjunt de la ciutadania, els sufragis de la qual no exterioritzen simples voluntats particulars o de col·lectius sectorials, sinó la seva voluntat general. Igualment, el TC no considera rellevant com a factor de distinció que el procediment i garanties d'aquestes consultes generals no siguin les mateixes que les que preveu la legislació electoral estatal, perquè insisteix en el punt que les consultes comporten un grau de formalització de l'opinió de la ciutadania materialment electoral.

En aquest segon ordre de coses, assenyalarà que el Registre de participació en consultes populars no referendàries que preveu la Llei és materialment un cens, de la mateixa manera que les regles de procediment de les consultes constitueixen materialment un procediment de naturalesa electoral, que no queda neutralitzat per l'absència de previsió expressa d'una garantia contenciosa-electoral, atès que no impediria la intervenció de la jurisdicció contenciosa administrativa d'acord amb els art. 103.1 i 106.1 CE.

Conclusions idèntiques es traslladen a les consultes generals de l'àmbit local, per bé que cal ressenyar que en aquest cas el TC no aprecia en la Llei autonòmica la infracció de l'art. 149.1.18 CE que invocava l'advocat de l'Estat, des del moment en què l'Estat no ha exercit la competència sobre les bases del règim jurídic en matèria de consultes sectorials d'àmbit local, és a dir, no ha regulat dita matèria en el vigent art. 71 LRBRL.

Comentari: la Sentència, per remissió o reiteració de jurisprudència constitucional, conforma una definició de referèndum a partir del fet que el poder públic convoca el

conjunt de ciutadans d'un àmbit territorial determinat perquè exerceixen el dret fonamental de participació en els assumptes públics, emetent la seva opinió, vinculant o no, sobre una determinada qüestió, a través de votació i amb les garanties pròpies d'un procés electoral.

Conclou clarament en la constitucionalitat de les consultes sectorials com a camins de participació per a la regulació dels quals està habilitat el legislador autonòmic català, sobre el títol de competència establert en l'art. 122 EAC, atès que permet consultes populars no referendàries per demanar opinió de qualsevol col·lectiu sobre qualsevol assumpte d'interès públic mitjançant qualsevol procediment diferent dels que qualifiquen una consulta com a referèndum.

Conclusió absolutament distinta que hem vist és a la que arriba vers les consultes generals de la Llei 10/2014, en entendre que regula amb la denominació de consultes generals una vertadera consulta referendària, articulada com a crida al cos electoral a través del vot, ignorant així les conseqüències que es deriven dels art. 23.1 i 149.1.1 amb relació a l'art. 81.1 CE i la regulació per llei orgànica; de l'art. 92.3 CE d'idèntica reserva de llei de les condicions, procediments i modalitats de referèndum, i de l'art. 149.1.32, que atribueix competència estatal exclusiva per a l'autorització de consultes populars referendàries.

El TC destacarà com a frase resum que la Llei autonòmica analitzada entra a regular amb un altre nom els instituts jurídics que qualifiquen la consulta popular com a referendària. Hem de dir que, si hom aconsegueix fer abstracció del rerefons de naturalesa política que hi havia darrere l'aprovació de la Llei autonòmica impugnada, l'argumentació del TC per declarar la inconstitucionalitat d'alguns dels seus preceptes ens sembla, si més no, simplista i discutible, tot i la unanimitat amb què fou dictada la Sentència. Ho deim perquè, al capdavall, l'eix essencial que acondueix a la declaració d'inconstitucionalitat és el solapament que hi ha en la Llei autonòmica del cos que pot ser cridat a consulta no referendària amb el cos electoral general; i més que solapament el TC acull la tesi del desbordament: integra el cos electoral general més les ampliacions amb estrangers i els majors de setze anys, bàsicament. El problema és que la utilització de dit argument com a eix central ens fa demanar què s'hagués hagut d'argumentar a la inversa, és a dir, si el cos cridat a consulta general no referendària fos d'abast inferior al cos electoral general (per exemple, disposant la seva conformació a partir d'una edat mínima de vint-i-un anys per integrar-s'hi, distinta

de la de devuit anys que determina el cos general). Ens sembla igualment forçat l'argument segons el qual la manca d'identitat dins la Llei autonòmica amb les garanties a què se sotmet el referèndum no arriba a tenir cap tipus de rellevància, atès que precisament tal vegada d'això es tractava en la Llei, tot intentant transmetre que en cap cas aquest tipus de consultes no es plantejaven per assolir una funció substitutòria del referèndum com a institució constitucional i per això, derivadament, no se li poden aplicar les garanties especials referendàries.

En tot cas, resulta destacable que, en definitiva, de la multitud de preceptes impugnats el TC només declara la inconstitucionalitat d'incisos específics de l'art. 3 i de distints apartats de l'art. 16, sense considerar inconstitucionals la resta de preceptes si s'interpreten que són aplicables a les consultes sectorials. Així és, perquè el TC arriba a una conclusió lògica derivada del fet que en la Llei catalana no s'han articulat vies diferents per a les consultes generals i per a les sectorials. Essent així, la declaració d'inconstitucionalitat s'ha fixat en la Sentència a aquells preceptes lligats indissolublement als elements definidors de les consultes generals, quedant fora de la declaració d'inconstitucionalitat tant els preceptes que només tenen relació amb les sectorials com els que, encara que inicialment aplicables a una o altra modalitat, poden restar en el text de la llei amb eficàcia lligada només a les sectorials.

2. SENTÈNCIA NÚM. 41/2015, DE 2 DE MARÇ (SALA PRIMERA). Ponent: Sra. Roca Trías. QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT. OFICINES DE FARMÀCIA. PROCEDIMENT D'AUTORITZACIÓ AMB PREVISIÓ D'EXCLUSIÓ PER RAÓ D'EDAT. DRET D'IGUALTAT DAVANT LA LLEI. PROHIBICIÓ DE DISCRIMINACIÓ. DECLARACIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT CENYIDA A LA INAPLICACIÓ DE LA NORMA EN EL PROCÉS PER DEROGACIÓ SOBREVINGUDA.

Resum dels fets: la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB va promoure qüestió d'inconstitucionalitat contra el primer incís de l'art. 24.5 de la Llei balear 7/1998, de 12 de juny, d'ordenació farmacèutica de Balears.

La interlocutòria de la Sala de plantejament de la qüestió argumenta que l'entitat recurrent al·lega, entre els motius del recurs contenciós, que el barem de mèrits que regeix les convocatòries d'obertura de farmàcies resulta discriminatori, en excloure la participació dels majors de 65 anys, tal com assenyala el precepte qüestionat de la Llei 7/1998 i l'art. 10.3 del Decret de desplegament, citant sentències del TC dictades en dues qüestions d'inconstitucionalitat suscitades sobre preceptes anàlegs d'altres lleis autonòmiques. En resultar que el precepte qüestionat es trobava vigent i era d'aplicació obligada, la conformitat a dret del requisit de les convocatòries depèn de si vulnera o no l'art. 14 CE. En conseqüència, el veredicte de la sentència que s'hagi de dictar depèn de la validesa del primer incís del precepte legal qüestionat sobre el barem per raó d'edat.

Tanmateix, en el dictat de la Sentència constitucional, el TC exposa com a qüestió preliminar que el precepte de la Llei balear va ser modificat posteriorment per l'art. 1.11 del Decret llei 1/2014, de 14 de novembre, pel qual es canvia la Llei d'ordenació farmacèutica de les Illes Balears, sense que la nova regulació legal no prevegi la prohibició de participar en el procediment per a l'autorització d'una nova oficina de farmàcia dels farmacèutics majors de 65 anys.

Fonamentació jurídica: el fons material de la qüestió de constitucionalitat plantejada es resol per una mera remissió estricta a la doctrina assentada en ocasió de preceptes d'idèntic contingut prohibitiu al de la llei balear, que recollien lleis de Castella-la Manxa, Galícia, Aragó, Extremadura i País Basc, resumint els arguments del Tribunal sobre la incompatibilitat de dita prescripció amb l'art. 14 CE, tot considerant:

a) El precepte constitucional conté una clàusula general d'igualtat, considerada com un dret subjectiu dels ciutadans a obtenir un tracte igual que exigeix que els supòsits de fet iguals siguin tractats idènticament, tret que existeixi una justificació d'aquesta diferència fonamentada i raonable, d'acord amb criteris i judicis de valor generalment acceptats, i de conseqüències no desproporcionades.
b) Els motius concrets de discriminació referits a l'art. 14 CE, encara que excepcionalment es poden tenir en compte com a criteri de diferenciació, estan sotmesos a un cànon de constitucionalitat molt més estricte i a una càrrega més rigorosa d'acreditar el caràcter justificat de dita diferenciació.

L'edat és un d'aquests factors als quals arriba la prohibició de discriminació i unes exigències més rigoroses de justificació i proporcionalitat.

c) La prohibició prevista en l'article qüestionat ni està justificada per la dificultat objectiva per prestar el servei o per adaptar-se a les necessitats de la població, ni per ser una mesura d'acció positiva dirigida a afavorir els integrants d'un col·lectiu desfavorit, ni per servir a les exigències de la planificació i organització del servei, ni tampoc finalment per la necessitat d'evitar eventuals tensions especulatives.

En definitiva, aplicant dita doctrina es declara el contingut del precepte qüestionat, en la seva redacció originària, com a contrari a l'art. 14 CE i per tant inconstitucional.

Comentari: El contingut de la resolució del TC era certament més que previsible d'acord amb la doctrina ja assentada en la matèria tractada en aquesta qüestió de constitucionalitat, que tanmateix consideram d'interès en afectar específicament una llei de la nostra comunitat autònoma. Sigui com sigui, té igualment un cert interès destacar com, al·ludint aquesta sentència a la norma sobrevinguda que modifica la redacció originària del precepte qüestionat de la Llei balear, i tractant-se d'una qüestió de constitucionalitat, l'esmentada modificació de la norma legal només pot implicar la pèrdua de l'objecte del procés constitucional si, una vegada operada la modificació, la norma deixàs de ser aplicable o no fos ja rellevant per la resolució del procés judicial en què ha estat platejada.

En aquest cas, no era possible concloure que el procés hagués perdut el seu objecte, atès que en el recurs contenciós administratiu s'havien impugnat resolucions administratives de convocatòria de concurs de mèrits, dictades en aplicació de la disposició legal qüestionada, i la seva constitucionalitat o inconstitucionalitat incidiria necessàriament en la validesa dels actes dictats en la seva aplicació i recorreguts en el procés judicial ordinari. La modificació legislativa tendria incidència en l'abast del veredicte si fos estimatori, així, la declaració d'inconstitucionalitat, per bé que ha produït necessàriament la inaplicació de la norma qüestionada en el procés, no pot anar acompanyada d'una declaració de nul·litat en tractar-se d'una norma que ja ha estat eliminada de l'ordenament jurídic.

3. SENTÈNCIA NÚM. 223/2015, DE 2 DE NOVEMBRE (SALA SEGONA). RECURS D'EMPARA. Ponent: Sra. Asua Batarrita. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA I REFORMA PEJORATIVA. MODIFICACIÓ DE LES QUALIFICACIONS DELICTIVES AMB DUPLICACIÓ EN SEGONA INSTÀNCIA DE LA PENA IMPOSADA INICIALMENT. ESTIMACIÓ DEL RECURS I DECLARACIÓ DE VULNERACIÓ DEL DRET FONAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL.

Resum dels fets: en el recurs d'empara s'impugna la Sentència de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Balears de 13 de novembre de 2012, que va revocar parcialment l'anterior del Jutjat Penal núm. 6, de Palma, i va condemnar el demandant com a autor d'un delicte de robatori amb violència o intimidació i una falta de lesions sense alterar la pena global imposada pel Jutjat, en la qual també s'havia condemnat pel delicte de robatori amb força; el recurs s'estén així mateix a una interlocutòria del mateix Tribunal que va inadmetre l'incident de nul·litat d'actuacions.

S'argumenta la vulneració del dret del demandant a la tutela judicial efectiva, des del seu vessant d'interdicció de la reforma pejorativa en fase de recursos, pel fet que l'Audiència va anul·lar la condemna imposada pel delicte de robatori amb força i va mantenir la condemna pel delicte de robatori amb violència o intimidació, però va duplicar l'extensió de la pena imposada d'un any i dos mesos, fins assolir la pena global imposada en el Jutjat d'instància per ambdós delictes, de dos anys i quatre mesos, en aplicar el tipus bàsic del delicte de robatori amb violència o intimidació previst en l'art. 242.2 CP i no el tipus atenuat previst en l'art. 242.3.

Fonamentació jurídica: en primer terme, el TC recorda que la prohibició de la reforma pejorativa té dimensió constitucional malgrat no es trobi expressament enunciada en l'art. 24 CE, recordant que forma part del dret a la tutela judicial efectiva a través del règim de garanties legals dels recursos, i que derivaria en tot cas de la prohibició constitucional d'indefensió. D'altra banda, impedeix a l'òrgan judicial *ad quem* excedir els límits amb què s'hagi plantejat el recurs, acordant un agreujament de la sentència impugnada que tengui origen exclusiu en la mateixa interposició del recurs, atès que contràriament s'introduiria un element de dissuasió per a l'exercici del dret als recursos legalment establerts en la llei, incompatible amb la tutela judicial efectiva.

Dins l'ordre penal, l'exclusió de la reforma pejorativa enllaça amb la prohibició de qualsevol actuació inquisitiva pel Tribunal de segona instància, tot addicionant un matís nou de rellevància constitucional, com ha de ser la seguretat jurídica del condemnat vers la immutabilitat de la sentència en el seu perjudici si no hi ha un recurs de part contrària; així, l'apreciació de la reforma pejorativa comporta que l'empitjorament de la situació del recurrent resulti del seu propi recurs. La doctrina del TC que es recorda en aquesta línia especifica que els termes de la comparació per tal de ponderar la presència de reforma pejorativa han de ser les corresponents condemnes: estrictament si la que es produeix en segona instància empitjora la situació que estableix el veredicte condemnatori de la primera instància, i no la relació que existeix entre la pretensió absolutòria de l'actor recurrent i el sentit del veredicte condemnatori derivat del recurs.

Entrant en el cas en qüestió, la Sentència d'instància va condemnar el demandant de l'empara a sengles penes d'un any i dos mesos de presó com a autor d'un delicte de robatori amb força en les coses i d'un delicte de robatori amb violència o intimidació en la modalitat atenuada prevista en l'art. 242.3 CP. La Sentència d'apel·lació va estimar parcialment el recurs del condemnat que denunciava l'aplicació indeguda del delicte de robatori amb força, perquè els actes d'apropiació formaven una unitat jurídica d'acció, atès el context i la identitat de subjecte passiu i la finalitat criminal, la qual cosa impedeix fragmentar la conducta concreta en dos delictes distints. És a dir, només es podien qualificar els fets com un únic delicte de robatori amb violència o intimidació. Això no obstant, la Sala va imposar la pena de dos anys i quatre mesos de presó, perquè va qualificar els fets com un delicte de robatori amb violència o intimidació en la seva modalitat bàsica de l'article 242.1 CP, malgrat que no hi va haver petició de modificació de la qualificació pel ministeri fiscal. Aquest canvi de qualificació es va justificar per l'Audiència tot entenent que la intimidació exercida no es podia entendre com de menor entitat i, per tant, no procedia la seva tipificació conforme al subtipus atenuat de l'art. 242.3 CP.

Així, l'estimació parcial del recurs d'apel·lació que va interposar el condemnat, d'una banda admet que és erroni qualificar els fets com un concurs de dos delictes de robatori i acull la solució de la unitat d'acció, però d'altra banda subsumeix la conducta en el marc del delicte de robatori més greu previst en l'art. 242.1 CP; i aquesta subsumpció es duu a terme sense que no se li hagi instat, modificant la valoració que va fer el Jutjat en estimar que la intimidació emprada pel robatori fou de menor entitat. D'aquest context, el TC considera indubtable que dins el recurs

d'apel·lació únic del condemnat s'ha reintroduït una qualificació jurídica més greu, amb un marc penal de dos a cinc anys de presó en lloc del marc del tipus atenuat d'un a dos anys, i que la qualificació atenuada no va ser recorreguda pel fiscal en segona instància. En definitiva, una qualificació que aconduí a imposar una pena que excedeix del màxim punitiu de dos anys previst en l'article 242.3 CP.

Conclou que, malgrat s'esmenti a la quantia de la pena única imposada en apel·lació respecte a les dues penes fixades en la instància com a prova de l'absència de reforma pejorativa per a l'únic recurrent, el que és cert és que hi ha una reforma i que és *in peius*, perquè el Tribunal *ad quem* modifica la pena condemnant a dos anys i quatre mesos per un delicte de robatori amb violència o intimidació, a partir de la tipificació prèvia dels fets en base a una nova valoració de l'entitat de la intimidació exercida i la subsumpció consegüent dels fets en un tipus penal més greu que preveu com a pena la presó de dos a cinc anys. D'acord amb el TC i la seva doctrina, ni tant sols l'evidència d'una errònia qualificació no autoritza els òrgans judicials davant els que es recorre a optar per la qualificació correcta si aquesta acondueix a un empitjorament de la situació de qui ha impugnat en solitari. Tot això, porta el TC a una sentència declarativa d'empara constitucional per vulneració del dret fonamental del demandant a la tutela judicial efectiva ex art. 24.1 CE, i al restabliment del seu dret i conseqüent declaració de nul·litat de la Sentència de l'Audiència Provincial de Balears, amb retroacció d'actuacions.

Comentari: la Sentència té un doble interès, a partir d'una certa recopilació de la doctrina del Tribunal quant a la *reformatio in peius* o l'empitjorament o agreujament de la situació jurídica del recurrent declarada en la resolució impugnada per mor del seu propi recurs, de manera que la decisió judicial que el resol acondueix a un efecte contrari al perseguit pel recurrent, com és anul·lar o suavitzar la sanció aplicada en la resolució objecte d'impugnació.

En aquest cas, el TC indica que l'admissibilitat del recurs d'empara s'ha produït justament per l'especial transcendència constitucional, perquè li ha donat una ocasió per tal d'aclarir la seva pròpia doctrina, ja que es tracta d'un supòsit no coincident en la seva totalitat amb els que anteriorment han estat objecte de tractament davant el TC. El fet que concorrin una pluralitat de delictes que donen lloc a distintes penes, estimant-se l'apel·lació en termes de declarar comès només un d'ells, però mantenint l'extensió total de la pena imposada en primera instància, presentava trets

de suficient importància per tal de merèixer un pronunciament específic quant a l'aplicació de la doctrina constitucional relativa a la institució de la reforma pejorativa.

4. SENTÈNCIA NÚM. 233/2015, DE 5 DE NOVEMBRE (PLE). Ponent: Sr. Valdés Dal-Ré. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. MODIFICACIÓ DE LA LLEI DE COSTES. BÉNS DEMANIALS I INCLUSIÓ EN CATEGORIES. MEDI AMBIENT. REGRESSIÓ D'ESTÀNDARDS DE PROTECCIÓ I UTILITZACIÓ RACIONAL DELS RECURSOS NATURALS. SISTEMA DE PRÒRROGA CONCESSIONAL. NUL·LITAT DEL RÈGIM DE LA DELIMITACIÓ DEL DOMINI PÚBLIC MARITIMOTERRESTRE DE FORMENTERA. ESTIMACIÓ PARCIAL DEL RECURS.

Resum dels fets: el grup parlamentari Socialista del Congrés dels Diputats va interposar recurs d'inconstitucionalitat contra els apartats 2, 3, 10, 11, 12, 39, 40 i 41 de l'art.1; l'art. 2; les disposicions addicionals segona, quarta, cinquena, sisena, setena i novena; la disposició transitòria primera, i l'annex de la 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. Els motius d'inconstitucionalitat invocats són essencialment per infracció dels art. 9.3, 45 i 132 CE.

Fonamentació jurídica: atès l'extensió i complexitat de la Sentència, tractarem aquest apartat de fonamentació necessàriament de forma extractada, que tanmateix requereix exposar el plantejament interpretatiu marc que el mateix TC anuncia en el FJ 2 de la resolució. Així, en l'anàlisi del contingut impugnat de la Llei de reforma de la LC en connexió als preceptes constitucionals, i a partir del criteri d'unitat de la CE, exposa que la vinculació entre els seus articles invocats imposa que entre les distintes interpretacions possibles de l'art. 132 s'hagin de recolzar les que raonablement permetin complir el mandat de l'art. 45 i assolir els objectius de protecció i millora de la qualitat de vida i defensa i restauració del medi ambient als quals es troba vinculat de forma inseparable.

Ara bé, aquesta proclama interpretativa inicial es comença a matisar quan exposa que aquesta tasca de vetllar pel compliment de dit art. 45 CE «siempre compleja cuando, como es el caso en este proceso, se alega regresión o involución de los estándares de protección medioambiental previamente establecidos en la esfera de la legislación ordinaria» (amb referència a la LC de 1988). Efectivament, després d'abundar en els efectes de la clàusula de no regressió, coneguda com a clàusula *stand-still*, començarà indicant com la dita clàusula o construcció jurídica existent a distints ordenaments troba en el nostre sistema constitucional «las dificultades intrínsecas a la propia extensión y abstracción de la noción de "medio ambiente", y a la ausencia de parámetros previos que contribuyan a la identificación del contenido de ese instituto jurídico».

Així, resultarà que la valoració constitucional dels preceptes impugnats de la llei de reforma no pot identificar «el deber de conservar el medio ambiente con el deber de conservar la norma» (anterior més proteccionista), sinó que el control objectiu i extern que haurà d'efectuar el TC s'haurà de dur a terme establint un equilibri entre dos factors, que són: a) la reversibilitat de les decisions normatives com a inherent a la idea de democràcia, i b) l'atorgament al legislador d'un marge de configuració plenament legítim, però no il·limitat, atès que està supeditat als deures que emanen del conjunt de la CE. Per tant, la solució que atorgarà no pot venir donada per la simple comparació entre la redacció inicial de la LC de 1988 i la resultant de la reforma, perquè la primera no pot ser paràmetre jurídic vàlid per a la constitucionalitat de la segona.

Anant de manera específica a la fonamentació o argumentació d'anàlisi constitucional enfront dels distints preceptes de la Llei 2/2013 impugnats, com hem avançat, extractadament, tant pel que fa a les modificacions que comporten als preceptes correlatius de la LC de 1988 o als preceptes de la llei amb efectes autònoms, podem assenyalar les consideracions que n'han avalat la constitucionalitat o inconstitucionalitat. Les dividim en diferents blocs, segons el resultat d'adequació o no a la CE, començant pel gruix de preceptes vers els quals s'ha confirmat la seva constitucionalitat sense necessitat de fixar cap criteri d'interpretació conforme:

a) La modificació relativa a l'art. 3.1 LC, quant al canvi d'extensió de la zona maritimoterrestre fins on arriben les ones en els majors temporals coneguts, per remissió als criteris tècnics que s'estableixin reglamentàriament, impugnada per entendre que es tractava d'una deslegalització contrària a

l'art. 132.2 CE, és considerada plenament constitucional, en entendre que la reserva de llei no impedeix les remissions a normes reglamentàries, i que d'altra banda es limita raonablement a remetre la concreció d'uns criteris decisors empírics i variables a la normativa tècnica.

b) La modificació del mateix article de la LC en el sentit d'excloure's de la zona maritimoterrestre els terrenys inundats de manera artificial tampoc no infringeix el precepte constitucional, perquè gràcies a l'incís «siempre que antes de la inundación no fueran de dominio público» acota la reforma i salva la seva constitucionalitat, tenint en compte que l'art. 132 CE assegura només la intangibilitat del demani natural o de la noció genèrica de la zona maritimoterrestre com a zona on la mar entra en contacte amb la terra emergida.

c) La variació del concepte de platja en el mateix article, pel que fa al fet que les dunes ara només s'inclouen en el caràcter demanial només fins al límit que resulti necessari per garantir l'estabilitat de la platja i la defensa de la costa. El TC avala la constitucionalitat de la previsió entenent que es tracta d'una innovació relativa, perquè ja l'anterior reglament de la LC modulava la inclusió de les dunes amb referència a les fixades per vegetació fins al límit que resultés necessari per garantir l'estabilitat de la platja i la defensa de la costa, recordant que, amb relació a dita previsió reglamentària, el TS va determinar que per excloure una duna del domini públic es requereix una prova específica i contundent que no concorren aquelles limitacions, criteri que a parer del TC és congruent amb la protecció del demani natural, i no suposa incorporació de criteris de delimitació que puguin posar en risc la seva integritat.

d) En un segon bloc, analitza la introducció en l'art. 23 LC d'un apartat que permet la reducció fins a 20 metres de l'extensió de la zona de servitud de protecció, davant de la general de 100 metres. En aquesta qüestió, des del punt de vista que l'establiment de distintes amplàries no té perquè estar mancat de racionalitat, recorda que la fixació de la servitud de protecció en 100 metres com a regla general era i és compatible amb l'establiment, tant a més, però també a menys, de marges de flexibilitat que tenguin en compte la

realitat preexistent, tal com es regula en les disposicions transitòries de la LC, o les distintes característiques físiques de cada tram de costa, remetent-se d'altra banda a les consideracions que sobre aquest particular va dur a terme en la STC 149/1991.

e) La introducció d'un nou apartat en l'art. 25 LC, relatiu a la variació del règim de prohibició d'activitats que suposin destrucció de jaciments d'àrids a la franja de servitud de protecció; limitant-se ara, enfront de la prohibició genèrica anterior, als jaciments d'àrids naturals o no consolidats. Coherent amb el plantejament inicial anunciat pel TC que hem exposat abans, considerarà que la determinació de l'abast de la prohibició està exclòs del control objectiu de constitucionalitat, atès que les opcions prohibitives diverses es troben compreses dins la llibertat del legislador ordinari, que té major intensitat quan allò que regula no són estrictament els béns de domini públic, sinó les limitacions que afecten les finques de la franja adjacent.

f) La introducció d'un nou apartat en l'art. 33 LC dut a terme per l'art. 1.12 de la Llei 2/2013, regula un nou règim d'ocupació i ús de les platges. A parer del TC, el fet que l'art. 132.2 CE reculli les platges com a categoria unitària, no impedeix la distinció legal que introdueix el nou art. 33.6 LC, amb divisió entre trams naturals i urbans, perquè no afecta la naturalesa demanial, sinó al règim d'ús d'aquests béns, considerant raonable que la determinació dels usos admissibles a les platges tengui en compte el grau d'urbanització de l'entorn, i moduli així el règim d'ocupació i ús atenent a la seva naturalesa, conferint als trams naturals un nivell de protecció més elevat amb restricció de la seva ocupació.

g) La modificació de la disposició transitòria quarta LC, relativa al règim d'obres en edificacions anteriors a la seva entrada en vigor, consisteix en l'admissió d'obres de reparació, millora i consolidació, admetent-les en zona de domini públic, i ampliant el ventall de les obres admeses en zona de servitud de trànsit. Entén el TC que la invocació del principi de no regressió del dret mediambiental no pot prosperar com a motiu d'impugnació, remetent-se a la premissa inicial que hem exposat, d'acord amb la qual, al marge de la valoració que pugui merèixer la nova regulació des de vessants distints de l'estricta perspectiva juridicoconstitucional, sense que apreciï extralimitació del marge de configuració que es confereix al legislador en la regulació d'aquesta matèria.

h) La introducció d'una nova disposició addicional desena en la LC que regula les urbanitzacions maritimoterrestres i per connexió la disposició addicional sisena de la Llei 2/2013, que reintegra el domini dels terrenys de dites urbanitzacions als titulars anteriors es considera així mateix adequada a la CE. Per remissió a la problemàtica dels terrenys inundats artificialment i controlada, només els terrenys inundables naturalment formen part del domini públic que preserva l'art. 132.2 CE. En el cas d'aquestes urbanitzacions l'element decisiu és que no s'ubiquen en la franja demanial que preserva l'esmentat article de la CE, sinó que es conformen a partir de la inundació artificial de terrenys privats.

i) S'entén adequat a la CE l'art. 2 de la Llei 2/2013, pel que fa a l'establiment d'un règim de pròrroga de les concessions atorgades a l'empara de la normativa anterior, en connexió amb la nova redacció dels apartats 2 i 3 de la disposició transitòria primera LC. Per la gran extensió del FJ 10 de la Sentència que tracta aquesta matèria i la limitació que tenim en aquests comentaris, ens remetem a la seva lectura per a l'anàlisi dels distints arguments dels recurrents i el seu corresponent rebuig pel TC. Únicament hem de dir que aquesta anàlisi detallada parteix del principi que, descartant un caràcter perpetu de l'ús privatiu del domini públic, la determinació del termini de durada de les concessions demanials i de les seves pròrrogues està inclosa dins la remissió que l'art. 132.1 CE fa a la llei ordinària per regular el règim jurídic dels béns de domini públic. Així, els principis d'inalienabilitat i imprescriptibilitat són, en termes constitucionals, els que han d'inspirar la regulació del legislador i constitueixen una limitació, però sense que no se li pugui negar a la llei un marge legítim de configuració.

j) La disposició addicional segona de la Llei 2/2013 estableix una revisió obligada de les delimitacions del domini públic, que segons els recurrents incideix en la integritat del domini públic natural ja establert. Com és lògic el TC, en congruència amb l'anàlisi d'altres preceptes, determina que l'alteració de la configuració del domini públic com a resultat de la modificació legal ha d'incidir forçosament en la pràctica de les delimitacions, tant de les que es duguin a terme per primera vegada o com de les que es realitzin a conseqüència de la revisió derivada de la modificació legal.

k) La disposició addicional cinquena de la Llei 2/2013, en regular el reintegrament del domini dels terrenys que, per la reforma legal, deixen de formar part del domini públic resulta constitucional, tenint en compte que és una norma abstracta de reintegrament i això impedeix dir que infringeix l'art. 132.3 CE. Dit d'una altra manera més gràfica, el TC exposa que únicament en el cas que l'exclusió de determinats béns del domini públic incorri en infracció de l'art. 132.2, serà inconstitucional el seu reintegrament a mans privades. Però aquesta hipòtesi no quedaria afectada per aquesta disposició en concret, atès que el reintegrament no podria ser el resultat de l'aplicació del preceptes considerats inconstitucionals i, en conseqüència, anul·lats.

l) En darrer terme, es confirma la disposició transitòria primera de la Llei 2/2013, que estableix el règim d'aplicació de l'apartat tercer de la disposició transitòria tercera de la LC, que va determinar el règim aplicable als terrenys que a la seva entrada en vigor estaven classificats com a sòl urbà. Indica la Sentència que no estam en presència d'infracció del principi de seguretat jurídica invocat pels recurrents perquè ni l'existència de condicions noves, que en realitat no ho són tant si es comparen amb la reglamentació de desplegament de la LC, ni una eventual conflictivitat a què puguin donar lloc no suposen paràmetres d'inconstitucionalitat. Tampoc no suposa vulneració de la competència urbanística autonòmica per diversos arguments que exposa el TC amb reiteració de doctrina prèvia, dels quals tal vegada entenem que el més sòlid sigui un que exposa com a secundari: el d'entendre que la disposició té cobertura complementària en la competència estatal reservada per l'art. 149.1.1 CE, per assegurar que les limitacions i servituds legals no tenguin una projecció desigual sobre facultats dels propietaris segons les diverses situacions urbanístiques dels terrenys.

Contràriament, s'han declarat inconstitucionals i nuls els preceptes següents de la Llei 2/2013 que suposaven modificacions o introduccions de determinacions en la LC de 1988 o creaven uns règims excepcionals:

a) L'addició d'un nou apartat 5 a la disposició transitòria primera de la LC, relativa a les propietats que o bé ja eren demanials a l'entrada en vigor, o bé ho passaren a ser com a conseqüència dels criteris de delimitació del domini públic. La reforma exclou d'aquest domini públic els terrenys que s'haguessin inundat artificialment i controlada com a conseqüència d'obres o instal·lacions

realitzades a l'efecte i que estiguessin destinades a activitats de cultiu marí o a salines marítimes. Mantenint la congruència amb l'excursus aplicat a altres preceptes de la reforma que s'han considerat constitucionals, en aquest punt el TC diu que estam davant l'anvers i el revers del mateix fenomen que regula el nou art. 3.1.a), que només permet l'exclusió de terrenys per cota superior a la de major pleamar, i per contra el nou apartat de la disposició transitòria primera exclou terrenys que són inundables de forma natural, i la pretensió d'excloure porcions d'aquest domini públic natural per mor de la seva transformació artificial i el tipus d'explotació no resulta constitucionalment admissible, perquè no és matèria disponible per al legislador d'acord amb l'art.132.2 CE.

b) La disposició addicional quarta de la Llei 2/2013, que regula un règim excepcional de delimitació del domini públic maritimoterrestre de Formentera, respecte de la qual s'impugnaren els apartats 1 i 4, en establir una determinació singular del domini públic que els recurrents entenien que suposava infracció de l'art. 132.2 CE, precepte constitucional que no admet variacions en les característiques naturals a tenir en compte. El TC assenyala que els apartats recorreguts delimiten la zona maritimoterrestre i les platges amb criteris diferents als recollits a les normes generals de la LC, reproduint criteris més restrictius d'inclusió en el domini en la línia de la legislació de costes de 1969. A partir del fet que l'exposició de motius de la reforma no ofereix cap tipus d'explicació del règim singular, el TC indica que no té justificació racional, i per aplicació d'altres principis d'unitat que invoca en altres indrets de la Sentència, declara inconstitucionals i nuls els dos apartats impugnats tot indicant que, per imperatiu de l'art. 132.2 CE, els elements abstractes definidors de la zona maritimoterrestre o les platges han de ser forçosament els mateixos en el conjunt del territori, peninsular o insular, atès que la llibertat de configuració del legislador té específicament el límit que deriva de la concepció unitària i indivisible de les categories genèriques dels béns que conformen el demani natural. Admetre el contrari implicaria buidar de contingut aquest precepte de la Constitució, obrint la porta a tractaments i solucions dispars per distintes parts del territori, en perjudici de la integritat física i jurídica dels béns que, per decisió del constituent, són en tot cas de domini públic.

c) La disposició addicional novena de la Llei 2/2013, que regula el funcionament temporal de determinades instal·lacions de depuració, que s'han de reubicar en compliment de resolucions judicials. No aprecia infracció de l'art. 132 CE perquè malgrat que el legislador té el deure d'assegurar la integritat física o jurídica del domini públic, aquesta exigència no exclou qualsevol tipus d'instal·lació o infraestructura, que exclouria per exemple tant els usos privatius com la construcció de ports o vies de transport. S'invocava a banda de la infracció d'aquell precepte constitucional, l'existència dels límits de la llei singular, qualificació que els recurrents atorgaven a dita disposició però, de les distintes projeccions d'aquesta figura que s'invocaven, el TC acull només la infracció dels art. 24, 117 i 118 CE, argumentant que el cas en concret és una llei singular que no pot superar l'examen constitucional des de la perspectiva d'aquells tres preceptes, perquè encara que el legislador pot introduir causes de suspensió de l'execució de les resolucions judicials, ho ha de fer respectant el monopoli del poder judicial per executar allò que s'ha jutjat. Així, posant exemples en concret de sentències dictades per la jurisdicció ordinària ordenant la demolició d'una depuradora instal·lada en domini públic, que es troba en execució, determina que la disposició addicional novena vulnera el dret a l'execució de les resolucions judicials fermes que dimana de l'art. 24.1 CE.

Finalment, la disposició addicional setena de la Llei 2/2013 integraria per si mateixa un precepte que s'entén adequat i conforme a la CE sempre que s'interpreti d'acord amb les consideracions de la Sentència. Concretament, aquesta disposició, per connexió a l'annex de la Llei també impugnat, es refereix a l'exclusió de determinats nuclis de població del domini públic, que a parer dels recurrents lesionaria l'art. 132.2 CE que impedeix l'operació d'exclusió de béns del demani natural, encara que hagin estat alterats per obra de l'home, tot denunciat infracció dels art. 9.3 quant a interdicció de l'arbitrarietat, 14 en relació amb els art. 45, 53.3 i 149.1.1 i 24.1 CE, per excloure la possibilitat de control de la decisió en via contenciosa administrativa. En aquest punt, l'argumentació del TC resulta tal vegada una mica sorprenent en comparació amb la resta de les emprades amb relació als altres preceptes qüestionats, perquè parteix del fet que si bé de l'apartat 2 de l'art. 132 CE es disposa que en tot cas són domini públic els que reuneixin les

característiques que els qualifiquin com a zona maritimoterrestre o platja, regits per principis d'inalienabilitat i imprescriptibilitat, l'apartat 1 no n'impedeix la desafectació.

I, a partir d'aquí, recorda que malgrat l'art. 4.5 LC estableix la pertinença al domini públic dels terrenys que per qualsevol causa han perdut les seves característiques naturals, al seu torn permet que a través de l'expedient corresponent previst als art. 17 i 18 es declari la no necessitat per a la protecció o utilització del demani. Salva així la constitucionalitat de la disposició addicional setena de la Llei 2/2013 a partir d'establir un criteri interpretatiu que es trasllada en el veredicte, d'acord amb el qual el precepte té únicament la virtualitat d'identificar legalment uns terrenys que han perdut notòriament per obra de l'acció humana les característiques de domini públic natural, excloent-se la necessitat d'aquesta justificació; però no implica una efectivitat immediata de l'exclusió, essent només el pressupost per a la iniciació de l'expedient que, en el seu cas, pot acabar amb la desafectació i que, per tant, aquest acte de desafectació posterior, a banda d'haver de complir els requisits establerts a la LC, serà fiscalitzable per la via del control jurisdiccional ordinari.

Comentari: tot i que hem intentat extractar al màxim la fonamentació jurídica, l'extensió en el tractament que hem fet d'aquesta Sentència s'explica lògicament en l'interès que té pel fet que tot el perímetre territorial de la nostra comunitat autònoma és costaner. Malgrat que voldríem estendre'ns en el comentari, forçosament també haurem de sintetitzar-ho en les tres qüestions que trobam de més interès o més criticables.

Certament, un primer punt de reflexió que volem fer és que de la lectura del FJ 2 de la Sentència, en bona part dedicat a una construcció teòrica i expositiva i digna de lectura íntegra del principi de no regressió del dret mediambiental, arriba com ja sabem a la conclusió que tal clàusula *stand-still* no té incorporació plena en el text constitucional, i per tant, no hi pot haver una solució constitucional per comparació en la regressió que pugui suposar la Llei 2/2013, que ha estat objecte del recurs, amb relació a la protecció conferida per la LC de 1988.

Afirma el TC que de la Constitució pot derivar un deure de conservació mediambiental que es dirigeix als poders públics, amb una dimensió concretada en no propiciar la destrucció o degradació del medi, i que no pot consentir l'adopció de mesures sense justificació objectiva i que suposin un retrocés patent en el grau de protecció assolit després de dècades. Aquesta és la idea de no regressió, però ens

dirà que els conceptes a considerar no admeten una identificació mecànica, per la pròpia extensió i abstracció del concepte de medi ambient en la CE i a l'absència de paràmetres previs que contribueixin a la identificació d'aquest institut jurídic, més enllà d'aspectes concrets en matèria de drets procedimentals ambientals incorporats per ratificació de convenis internacionals. En definitiva, en aquest punt, l'excursus previ sobre la clàusula ve a confirmar, més que de forma implícita, com efectivament la Llei 2/2013 ha suposat un retrocés en el nivell de protecció mediambiental de la LC de 1988.

Igualment la resolució de la constitucionalitat, per via interpretativa, de la desafectació de terrenys individualitzats que pretén introduir la disposició addicional setena de la Llei de reforma ens crea alguns dubtes, com ja hem insinuat en la síntesi dels fonaments. Bàsicament ens demanam si el règim de desafectació no hauria d'haver estat unitari per tenir validesa constitucional, com ha estat el criteri emprat en altres aspectes. El FJ 14 de la Sentència es queda al nostre entendre una mica coix, perquè ens podríem qüestionar si la possibilitat de desafectació «per qualsevol causa» que determina la LC si s'han perdut les característiques naturals dels terrenys, admet que tal causa sigui aliena a la mateixa naturalesa, o com a mínim si pot admetre que sigui així amb posterioritat a l'entrada en vigor de la LC de 1988. Al seu torn, es fa difícil compartir la visió del TC quant al fet que dita disposició té una virtualitat merament identificativa de terrenys com a pressupòsit d'una posterior tramitació d'un expedient de desafectació. Contràriament pensam que els termes literals de la disposició i la singularitat identificativa de l'annex associat anava molt més enllà, i als seus termes literals ens remetem, perquè descriuen una exclusió directa *ex lege* fins i tot amb l'extensió planimètrica que la mateixa Llei incorpora, establint una fórmula ben concreta d'efectivitat de l'exclusió diferent a la que ha «creat» el TC per via interpretativa.

Quant a un dels aspectes de més interès en el nostre àmbit, relatiu a la declaració d'inconstitucionalitat dels apartats de la disposició addicional quarta que pretenia crear un règim singular de definició dels béns demanials per a Formentera, apart de les consideracions essencials que hem transcrit en l'apartat precedent de la fonamentació jurídica, s'ha de dir que ni tan sols els inusitats esforços de l'Advocacia de l'Estat en la seva defensa varen alterar el posicionament del TC.

Efectivament, no va atorgar cap tipus d'incidència a un informe que acompanya l'Advocacia, elaborat per la Direcció General de Sostenibilitat de la Costa i del Mar, perquè segons el TC posa en evidència com, més enllà de la breu descripció de la

geomorfologia insular, tampoc no permetia deduir quins serien els elements basats en dades científiques, objectius i contrastats que diferenciassin aquest territori formenterer de la resta de l'arxipèlag balear, o de la resta de la costa espanyola. Afegeix, en definitiva, per referència al mateix informe, que les al·lusions a la desproporció que suposa la part de superfície demanial respecte d'altres illes, o la seva innecessarietat per a la defensa de la costa, no són arguments vàlids per alterar conceptes constitucionals referits a una realitat física delimitada en atenció a les seves característiques naturals, i no a categories jurídiques, ni tampoc, a la seva major o menor funcionalitat.

Tot això, a més, amb plena congruència amb el mateix criteri aplicat a la Sentència quant a l'exclusió de la titularitat demanial a zones inundables de forma natural: no es pot admetre una exclusió de terrenys que, per decisió del mateix constituent, gaudeixen de la màxima protecció, per resultar contrària a la concepció unitària i indivisible que resulta inherent a la mateixa categoria completa dels béns que conformen el demani natural.

Per tant, per no deixar ambigüitats, en aquest punt la Sentència és contundent: no és admissible la via d'excepció que confessa emprar la mateixa disposició addicional quarta de la Llei 2/2013, perquè suposa un privilegi exorbitant que prohibeix l'art. 132.2 CE, declarant la inconstitucionalitat de l'apartat 1 definitori del règim propi de domini públic, i l'apartat 4 relatiu a la conseqüència restitutòria al domini privat dels béns sobrants (aquest també en congruència amb el que determina el FJ 13 de la Sentència, en el qual, amb caràcter general en regular el reintegrament de propietat, adverteix que mai no pot ser el resultat de l'aplicació del preceptes considerats inconstitucionals). I encara per extensió, en aplicació de la LOTC, es declara la nul·litat de l'apartat 2 de la disposició que no havia estat impugnat, en la mesura que ordenava la pràctica d'una delimitació d'acord amb el règim d'excepció.

Anecdòticament podríem dir que el que queda de la disposició addicional quarta és l'apartat 3, que es manté en no ser més que una clàusula que reprodueix la norma general i l'excepció general sobre construccions afectades per la disposició transitòria quarta de la LC, i idèntica norma i excepció general sobre amplària de la servitud de protecció.

Per tant, tampoc per aquesta via de creació d'un règim excepcional estatal no s'ha assolit la mateixa pretensió que es perseguia per la via d'una norma excepcional prevista a una llei autonòmica balear, declarada inconstitucional. Ens

referim a l'intent dut a terme l'any 1999 per la Llei de directrius d'ordenació territorial mitjançant la disposició addicional vint-i-dosena que disposava:

> «Els instruments d'ordenació territorial per a l'illa de Formentera, en ús de la competència exclusiva de la comunitat autònoma en matèria d'ordenació del territori, inclòs el litoral a l'àmbit de les Illes Balears, determinaran els elements, les característiques i les circumstàncies físiques que hagin de concórrer per tal que un bé pugui ser inclòs com un dels que integren la ribera de la mar.
>
> En cap cas no es podrà considerar que formin part de la ribera de la mar els terrenys edificats de conformitat amb la normativa que els era d'aplicació a l'entrada en vigor de la Llei 22/1988, de 28 de juliol, de costes.»

La STC d'1 de març de 2007 va declarar inconstitucional i nul el contingut d'aquesta disposició addicional, fent-se ressò de doctrina precedent, i recordant que encara que la titularitat del domini públic no és un criteri vàlid per delimitar competències entre l'Estat i les comunitats autònomes, no obstant això correspon a l'Estat definir legislativament el domini públic estatal i establir el règim jurídic dels béns que l'integren, així com adoptar les mesures necessàries per protegir la integritat del demani, preservar les seves característiques naturals i la seva lliure utilització. A la vegada concloïa que la competència que té la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en matèria d'ordenació del territori, litoral inclòs, no la faculta per habilitar els instruments d'ordenació del territori, com el pla territorial insular o els plans directors sectorials, de rang reglamentari, perquè siguin aquests els que determinin, a l'illa de Formentera, els elements, les característiques i les circumstàncies físiques que han de concórrer perquè un bé pugui ser inclòs com un dels que integren la ribera de la mar així com tampoc per establir *ope legis* un criteri directament aplicable a d'altres amb l'específica finalitat d'evitar que puguin ser qualificats com a béns de domini públic, excloent-los a priori de l'esmentada qualificació.

En conseqüència, allò que tant el legislador autonòmic com el legislador estatal pretenien atorgar a l'illa de Formentera, difícilment seria assolible en el vigent marc constitucional si no fos mitjançant la retallada sistematitzada a tot el territori de l'Estat, insular i peninsular, d'allò que es conforma com a domini públic natural.

5. SENTÈNCIA NÚM. 235/2015, DE 5 DE NOVEMBRE (PLE). Ponent: Sr. González-Trevijano Sánchez. QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT. NORMES DE DESPLEGAMENT DE RÈGIM MINER I NORMES ADDICIONALS DE PROTECCIÓ DE MEDI AMBIENT. ORDENACIÓ MINERA. ORDENACIÓ DE L'ACTIVITAT ECONÒMICA. COMPETÈNCIES NORMATIVES DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS SOBRE ACTIVITAT MINERA I LEGISLACIÓ ESTATAL PRECONSTITUCIONAL.

Resum dels fets: la Sentència de 29 d'octubre de 2012 de la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB va desestimar el recurs interposat contra una resolució de la Conselleria de Comerç, Indústria i Energia, desestimatòria d'un recurs d'alçada que confirmava la denegació de sol·licitud de concessió directa, per reclassificació de la secció A) a la secció C), de la unitat d'explotació minera «Can Alou». La Sentència va entendre que per a la concessió directa de l'explotació els recursos miners haurien de complir els requisits fixats per a la secció C), entre ells el que preveu l'art. 37.2 de la Llei 22/1973, de 21 de juliol, de mines, quant al fet que els terrenys disposassin de la condició de francs i registrables, requisit que no concorria en el cas; en connexió amb l'art. 47 de la Llei balear 13/2005, de 27 de desembre, de mesures tributàries i administratives de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

Formalitzat per l'entitat recurrent recurs de cassació davant el TS, en ell es va sol·licitar de manera subsidiària en els arguments principals que dictàs interlocutòria de plantejament de qüestió de constitucionalitat, en relació amb l'art. 47 de la Llei balear.

La interlocutòria del TS exposa que la qüestió litigiosa és la relativa a l'aplicabilitat de la norma balear, que declara no registrable tot el territori de la Comunitat Autònoma. En aquest sentit, s'argumenta que la registrabilitat és una exigència per a l'atorgament de permisos d'investigació i concessions directes d'explotació de recursos de la secció C). La possibilitat que concedeix l'art. 39.3 de la Llei de mines s'ha d'entendre que afecta a sol·licituds en principi registrables, però que per raons d'interès superior es declaren no registrables, i en matèria de registrabilitat resultaria d'aplicació ineludible al supòsit objecte de judici l'art. 47 de la Llei balear, que no ha estat derogat. Actualment, la Llei 10/2014, d'1 d'octubre, d'ordenació minera de les Illes Balears, preveu en el seu art. 23.3 que de manera

excepcional es pugui declarar la registrabilitat d'aquests recursos, però el TS indica que aquest precepte no ha derogat l'art. 47 de la Llei balear 13/2005, i en la hipòtesi que s'admetés dita derogació, la no registrabilitat de l'art. 47 hauria estat vigent almenys fins a la promulgació de la Llei 10/2014.

Segueix assenyalant, ja com a raons de fons, que la qüestió de la constitucionalitat de l'art. 47 de la Llei balear se centra, estrictament, en la infracció de l'art. 149.1.23 i 25 en relació amb l'art. 128.1 CE (punt molt important a efectes conceptuals perquè, com exposarem, la qüestió problemàtica no s'ha centrat en la competència en matèria mediambiental). En aquest sentit, considera que la norma, en declarar tot el territori de les Illes Balears com a no registrable, impedeix el desenvolupament d'activitats extractives dels recursos de la secció C), i incorre en extralimitació de la norma bàsica que constitueix l'art. 39.3 de la Llei estatal de mines, que preveu la declaració de no registrabilitat per a zones determinades i per raons d'interès públic, establint una mesura mancada de proporcionalitat i amb una justificació mediambiental merament intuïda, per mor de la seva generalitat. Això a diferència de la nova normativa minera balear que constitueix la Llei 10/2014, que no incorre en una previsió impeditiva genèrica, sinó que estableix la regla general de no registrabilitat, encara que excepcionalment es podrà permetre.

Fonamentació jurídica: l'article qüestionat indicava literalment que «Per raons d'interès públic, es declara tot el territori de les Illes Balears com a zona no registrable als efectes del que estableix l'article 39.3 de la Llei 22/1973, de 21 de juliol, de mines, i l'article 57.3 del Reial Decret 2857/1978, de 25 d'agost, pel qual s'aprova el Reglament general per al règim de la mineria».

Per analitzar la qüestió, el TC comença assenyalant de manera introductòria que la Llei estatal 22/1973 regula el règim jurídic de la investigació i aprofitament dels jaciments minerals i resta de recursos geològics, qualsevol que sigui el seu origen i estat físic, classificant els recursos miners en quatre seccions: A), B), C) i D). Seguidament, i apuntant la incidència que els recursos miners i la seva explotació tenen sobre altres matèries, en especial la protecció del medi ambient, entén que atès el contingut de l'article qüestionat, referent a la irregistrabilitat de tot el territori de les Illes Balears a efectes de l'explotació dels recursos miners de la secció C), s'enquadra en l'àmbit material estrictament miner.

La registrabilitat és així un concepte propi d'aquest sector específic la regulació de la qual, per ella mateixa, no té com a objecte evitar repercussions negatives de

l'activitat minera sobre l'entorn i la biodiversitat. Es tracta així d'una exigència per a l'atorgament de permisos d'investigació i concessions directes d'explotació de recursos de la secció C), que no té res a veure amb requeriments mediambientals, sinó amb la demarcació d'un perímetre concret de terreny en el qual es realitzen estudis i treballs per posar de manifest i definir un o més recursos de la secció C), de manera que una vegada definits, es puguin explotar, previ l'atorgament de la concessió corresponent.

En aquesta matèria existeix una competència exclusiva estatal per tal de dictar les bases del règim miner ex art. 149.1.25 CE, i totes les comunitats autònomes tenen atribuïdes estatutàriament competència de desenvolupament i execució en la matèria, com en el nostre cas en virtut de l'art. 31.15 EAIB. La qüestió, per tant, parteix d'una possible constitucionalitat mediata per infracció de l'article autonòmic amb els art. 37 a 39 de la Llei estatal; o, en altres paraules, determinar si el règim jurídic de la registrabilitat dels terrenys a efectes miners prevists en la Llei 22/1973 és formalment i materialment bàsic, i l'eventual constitucionalitat o no del precepte autonòmic si resulta compatible amb dita legislació bàsica.

El règim que deriva dels articles de la llei estatal implica que per a l'atorgament dels permisos d'investigació i de les concessions directes d'explotació de recursos de la secció C), els terrenys sobre els quals recaiguin, reuneixin les condicions de francs i registrables i, d'acord amb l'art. 38, es considerarà que un terreny és franc si no estigués comprès dins del perímetre d'una zona de reserva de l'Estat, proposada o declarada per a tota classe de recursos de la secció C), o dels perímetres sol·licitats o ja atorgats d'un permís d'exploració, d'investigació o una concessió d'explotació. Seguidament, l'art. 39 declara que es considera que un terreny és registrable si, a més de ser franc, té l'extensió mínima que es concreta reglamentàriament en la quadrícula minera. Finalment, aquest art. 39, determina en l'apartat 3 que «Sin perjuicio de todo lo anterior, el Gobierno podrá declarar no registrales zonas determinadas por razones de interés público, a propuesta conjunta del Departamento o Departamentos ministeriales interesados y del de Industria, previo informe de la Organización Sindical». Malgrat el caràcter preconstitucional de la Llei 22/1973, el TC recordarà l'aplicació de la doctrina relativa al fet que la dimensió material de les normes bàsiques també permet que es pugui atribuir aquesta condició a lleis anteriors a la CE, d'acord amb els principis o criteris que poguessin tenir aquest caràcter.

Considerarà, d'acord amb els arguments que s'exposaran, que concorren en els anteriors preceptes de la llei estatal les condicions per ser considerats bàsics d'acord amb l'art. 149.1.25 CE, atès que constitueixen un marc o denominador comú de necessària vigència en tot el territori nacional, i que determina la fixació estatal d'uns criteris uniformes per tal de procedir a l'ordenació de l'explotació de recursos miners determinats. Evidentment, tret de l'excepció relativa a la facultat prevista en l'art. 39.3 de la llei estatal per a la declaració de no registrables de determinades zones, que s'entén atribuïda als consells de govern de les comunitats autònomes que, com la nostra, ja sabem que han assumit les competències corresponents.

A partir de l'anterior concreció del caràcter bàsic dels articles de la llei estatal, el TC considerarà que l'art. 47 de la Llei balear 13/2015 incorre en contradicció insalvable per via interpretativa: el criteri de la Llei estatal 22/1973 és justament que qualsevol terreny pot ser, en principi, considerat com a registrable, admetent com a excepció a la regla general que dita condició s'alteri quan concorrin raons d'interès general degudament apreciades.

Les Illes Balears tenen reconeguda la competència de desenvolupament legislatiu i d'execució en matèria de règim miner i energètic i, per tant, resulta clar que poden exercir la facultat de declaració de determinats terrenys com a no registrables que reconeix l'art. 39.3 de la norma estatal, però aquesta competència s'ha d'exercir en el marc de la legislació bàsica de l'Estat i, per tant, queda condicionada per allò que aquella normativa estableixi.

Succeeix però que allò que la norma estatal bàsica ha establert és justament el contrari de la prohibició absoluta que preveu la norma autonòmica balear, perquè no es pot desprendre cap altra cosa de l'art. 39.3 de la llei estatal, quan configura una excepció a una regla general implícita de registrabilitat de tots els terrenys.

En conclusió, per al TC, la simple comparació d'ambdues previsions evidencia una contradicció insalvable entre la base estatal i la norma balear, atès que excloure amb caràcter general que el territori de la comunitat autònoma pugui ser registrable a l'efecte del règim d'aprofitament dels recursos de la secció C), suposa limitar l'atorgament de permisos d'investigació i concessions d'explotació en contra del que disposa la llei estatal, que admet aquest tipus de limitacions només per zones determinades en les quals concorri una raó d'interès general que ho justifiqui. Així, l'art. 47 de la Llei balear 13/2015, en configurar com a irregistrable la totalitat del territori autonòmic altera el règim d'explotació dels recursos de la secció C); elimina un pressupost necessari per a la seva explotació i la impedeix totalment en la

pràctica, contravenint amb això la regla bàsica derivada de l'art. 149.1.25 CE, tot infringint l'ordre constitucional de distribució de competències.

Comentari: com hem vist a una de les altres sentències comentades en aquesta secció, en aquest cas igualment el TC es refereix al fet que durant la pendència del procés judicial el precepte qüestionat va ser en certa mesura afectat per l'art. 23 de la Llei 10/2014, d'ordenació minera de les Illes Balears, que excepcionalment permet declarar la registrabilitat per als recursos miners de la secció C) a sol·licitud de l'interessat, acreditant la disponibilitat dels terrenys i el compliment de la resta de condicions que exigeix el precepte. Concordant amb la interlocutòria de plantejament feta pel TS, a parer del TC, no és indiscutible que dita nova regulació, atès el seu caràcter excepcional, s'oposi al que estableix l'article qüestionat, que a més tampoc resulta expressament derogat per la Llei 10/2014. A més, exposa que en tot cas el que és indubtable és que la regulació de la nova llei no afectava la pervivència de l'objecte de la qüestió de constitucionalitat, que només s'hagués vist afectat si la norma qüestionada deixàs de ser aplicable o ja no fos rellevant per a la resolució del procés judicial en que ha estat plantejada, com ho és en el cas, en què s'impugna una resolució administrativa dictada en aplicació de l'art. 47 de la Llei 13/2005.

La Sentència resol la controvèrsia constitucional de l'article des de l'estricta aplicació de la distribució de competències en matèria minera, i no des de la valoració de competències en matèria mediambiental, malgrat la Comunitat Autònoma, personada en el procediment constitucional, va plantejar la qüestió mediambiental afegida a la sectorial minera, concretament la relativa al suport complementari de l'art. 47 en la competència de normes addicionals de protecció del medi ambient, que permetria una actuació autonòmica, atès que la intensitat de la protecció mediambiental enfront de l'activitat minera podria ser màxima, conforme a la doctrina derivada de la STC 64/2014.

Ara bé, dit argument, que podia ser del tot raonable, va topar d'una banda amb una patologia pròpia i recurrent de les nostres normes autonòmiques de «mesures tributàries i administratives», com és la manca de cap explicació acurada, o de la base constitucional i estatutària, d'acord amb la qual s'hi introdueixen determinats articles. Així ho apuntava l'advocada de l'Estat, personada igualment en el procediment constitucional, indicant com encara era més notori que, a diferència d'altres normatives autonòmiques, la balear ni tan sols no justificava les raons mediambientals de la prohibició. També l'entitat recurrent acabava denunciant que la

Llei 13/2005 mai no va especificar el caràcter competencial amb el qual es va dictar, ni tampoc l'art. 47 arriba a indicar quin és l'interès general que pretenia salvaguardar, la qual cosa aconduïa a pensar que o bé tractava d'exercir una competència minera o una competència mediambiental.

Tanmateix, el TC, tot i haver resolt l'estimació de la qüestió, i subsegüent declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat del precepte de la Llei balear sobre la base de la infracció del règim d'assignació de competències en matèria minera, afegirà que la conclusió no es veuria modificada si hom pogués arribar a considerar que la norma responia a la necessitat de garantir el medi ambient. Així, encara que reconeixent que la mateixa jurisprudència constitucional admet fórmules de garantia entre l'exercici dels drets miners amb respecte al medi ambient i sense detriment dels terrenys afectats, en el cas objecte de la qüestió existien dues dificultats. En primer lloc, que dita finalitat mediambiental no apareix explicitada com a tal en la norma balear i, en segon lloc, que d'acord amb la doctrina constitucional, no seria una mesura proporcionada que permetés harmonitzar la protecció del medi ambient amb l'explotació dels recursos econòmics.

Aquesta doctrina admet que les comunitats autònomes puguin imposar deures i càrregues per a l'atorgament d'autoritzacions, permisos i concessions mineres, amb la finalitat de protegir el medi ambient, sempre que siguin raonables i proporcionades a la finalitat proposada, però ha considerat contrari a la distribució de competències derivada de l'art. 149.1.23 CE l'establiment de prohibicions genèriques, absolutes i incondicionades, que en la pràctica alterin l'ordenament bàsic en matèria de règim miner i energètic, com les que entén n'era un exponent l'art. 47 de la Llei balear.

II. Dret civil balear

A. Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 2/2015, DE 23 DE NOVEMBRE. Ponent: Sr. Aguiló Monjo. LLEGÍTIMA VIDUAL: IMPROCEDÈNCIA EN CAS DE SEPARACIÓ DE FET. PREDETRACCIÓ DELS BÉNS INTEGRANTS DEL PARAMENT DE LA CASA: NO ÉS POSSIBLE EN EL CAS DE SEPARACIÓ DE FET. APLICACIÓ DE LA PRESUMPCIÓ DE COPROPIETAT, PER MEITAT ENTRE ELS ESPOSOS, DELS BÉNS QUE INTEGRAREN EL PARAMENT DE LA CASA. ADMINISTRACIÓ PER UN CÒNJUGE DELS BÉNS DE L'ALTRE: ACREDITATS PELS HEREUS D'AQUEST CÒNJUGE ELS FRUITS QUE AQUESTS BÉNS VAREN PRODUIR, CORRESPON A QUI VA SER CÒNJUGE ADMINISTRADOR PROVAR LA PART D'AQUESTS FRUITS QUE ES VAREN DESTINAR A L'AIXECAMENT DE LES CÀRREGES FAMILIARS.

Resum dels fets: el senyor H interposa demanda contra els hereus de la que havia estat la seva esposa senyora B, de la qual estava separat de fet quan aquesta va morir, en la qual reclama la llegítima vidual així com la totalitat del parament de la casa que havia constituït el domicili conjugal. Els demandats varen reconvenir sol·licitant la condemna de l'actor al pagament de la meitat dels rendiments de nou apartaments que varen ser propietat d'ambdós cònjuges, amb la conseqüent rendició de comptes per part de l'actor i pagament de la quantitat resultant de la liquidació.

La Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 9 de Palma va estimar parcialment les dues demandes. Interposat recurs d'apel·lació per part de l'actor senyor H, l'Audiència Provincial, Secció Cinquena, va dictar la Sentència de 23 de març de 2015, amb els següents pronunciaments: es declara que els béns constitutius del parament de la casa pertanyen en una meitat al senyor H i en l'altra meitat als hereus de la senyora B, a excepció d'uns béns concrets que són propietat privativa d'aquell; es declara que el senyor H ha de pagar als hereus de la senyora B la quantitat de 132.330,23 €, corresponent a la meitat dels rendiments dels nou

apartaments fins al 31 de desembre de 2007, sense que hi hagi lloc a fer cap pronunciament sobre els rendiments posteriors al 2 de gener de 2008 per ser el tema objecte d'un procés penal en el que ha estat condemnat el senyor H, corresponent, per tant, la competència objectiva sobre la qüestió al tribunal penal; i de la indicada suma de 132.330,23 € s'ha de descomptar la part que el senyor H va destinar a l'aixecament de les càrregues del matrimoni, des de juliol de 1999 a desembre de 2007, així com la part que hi havia de destinar la senyora B, tenint en compte el que es diu en l'art. 4.1 CDCB i, en especial, la possible consideració, com a contribució a l'aixecament de les càrregues familiars, del treball de l'esposa per a la família; amb desestimació de totes les altres peticions deduïdes en el litigi.

Contra aquesta Sentència el senyor H va interposar recurs de cassació, al·legant els motius que seran examinats a continuació. La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia va desestimar el recurs.

Fonamentació jurídica: el primer dels motius de cassació, fonamentat en la reclamació de la llegítima vidual, no va ser admès pel Tribunal de Cassació, d'acord amb la inexistència d'interès cassacional «al existir sentencias de este Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears unánimes sobre el asunto controvertido de la pérdida de la legítima vidual y no ajustarse el recurrente a los hechos probados de la resolución».

El segon motiu se centra en el dret de predetracció dels béns constitutius del parament de la casa, partint de l'art. 3.3 CDCB, segons el qual aquests béns correspondran, a la mort d'un dels cònjuges, en propietat al sobrevivent i no es computaran en el seu haver.

La Sala Civil i Penal resol el tema tot dient que «la Audiencia Provincial recurrida estima que no es posible la aplicación del precepto en un supuesto de separación de hecho, con medidas provisionales de separación ya acordadas, aunque no se hubiera declarado en sentencia la disolución del matrimonio. En definitiva, entiende esta Sala que si no existía convivencia en la fecha de fallecimiento de uno de los cónyuges, al igual que sucede con el establecimiento de legítima a favor del cónyuge viudo, el derecho pretendido queda sin justificación, citando al efecto la sentencia de 29 de julio de 2009 de este mismo Tribunal, en la que se lee que "la convivencia se encuentra asimismo en la base del derecho a detraer los bienes integrantes del ajuar doméstico que contempla el artículo 3.3 párrafo segundo de la Compilación y constituye presupuesto indispensable de los derechos que la Ley

Balear 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables, otorga al sobreviviente en caso de fallecimiento del otro"».

Per a resoldre la qüestió sobre a qui pertanyen, en definitiva, aquests béns constitutius del parament de la casa, el Tribunal de Cassació ratifica el criteri de l'Audiència, segons la qual «dichos muebles integran el ajuar familiar con lo cual les es de aplicación la presunción de titularidad compartida, lo cual implica que, para desvirtuarla, la parte actora debe acreditar su propiedad exclusiva o que no se integran en el ajuar doméstico. Dicha prueba no se ha conseguido en esta litis». És per això que es declara que els béns constitutius del parament de la casa pertanyen en una meitat a l'actor senyor H i en l'altra meitat als hereus de la que va ser la seva esposa senyora B, decisió judicial amb la qual es varen conformar, en el seu moment, els demandats, que no varen interposar recurs de cassació contra la Sentència de l'Audiència.

El tercer motiu de cassació denuncia, per la via de la infracció processal, la aplicació inadequada de l'art. 217 LEC, en relació amb la càrrega de la prova respecte del suposat enriquiment del senyor H en l'administració dels nou apartaments propietat d'ambdós cònjuges. La Sentència del Tribunal de Cassació comença dient que «es cierto que existe doctrina que considera que la no rendición de cuentas es principio general en Derecho Balear y que la carga de la prueba del hipotético enriquecimiento sin causa pesa sobre el cónyuge mandante y no sobre el cónyuge administrador, que tiene a su favor la presunción de que lo gastado lo ha sido en atención a la familia, y que todos los frutos han sido consumidos en el levantamiento de las cargas del matrimonio, de tal manera que todos aquéllos que no aparezcan en el momento de la rendición de cuentas han de presumirse consumidos en esas cargas, salvo prueba en contrario; por lo que será el cónyuge propietario de los bienes quien tendrá que demostrar, no sólo que los frutos han sido consumidos en atenciones distintas al levantamiento de las cargas del matrimonio, sino también que no han sido consumidos y que se encuentran existentes.»

Passa a continuació la Sentència a analitzar l'art. 4.2 CDCB —el qual estableix precisament aquesta doctrina—, assenyalant que «del artículo 4.2 no puede desprenderse que la norma establece una presunción *iuris et de iure*, sino, en todo caso, una presunción *iuris tantum*, con la imposición al cónyuge propietario de la carga de demostrar, a contrario, que el cónyuge administrador se enriqueció. Pero es que ello es lo que se deduce de todo lo actuado en autos, cuando, atendiendo a pruebas periciales objetivas, la resolución combatida deduce que la cuantía de los

rendimientos debía proporcionar a la Sra. B, por mitad de los obtenidos, una cifra cercana a los 1.500 € al mes, siendo así que la cuenta conjunta abierta a nombre de ambos esposos, en la fecha de la separación (octubre 2007), únicamente presentaba un saldo de 2.285 €.»

La conclusió a la qual arriba la Sentència és la de que «existe, pues, a juicio de este Tribunal, prueba plena de que el Sr. H obtuvo un innegable incremento patrimonial en la cantidad que se cita en la sentencia combatida y que por ello pesa sobre el mismo, por inversión de la presunción antedicha, la carga de probar las sumas invertidas en el levantamiento de las cargas familiares que, sin duda debieron existir, con lo cual resulta ajustado a derecho que este extremo se posponga para ejecución de sentencia, como así se hace en la resolución combatida que, por lo mismo, debe ser confirmada en su integridad.»

Comentari: el litigi finalitzat amb la Sentència que es comenta contempla tres institucions pròpies del nostre dret civil: la llegítima vidual, el parament de la casa i l'administració per un dels cònjuges dels béns de l'altre.

Pel que fa a la llegítima vidual, és clar —ex art. 45 CDCB— que la separació de fet exclou el dret a llegítima, tret del supòsit —no plantejat en aquest cas— que la separació hagués estat per causa imputable al difunt. La jurisprudència del Tribunal de Cassació ha assenyalat ben clarament que la convivència entre els cònjuges és el fonament del dret a la llegítima vidual, per la qual cosa es objecte de inadmissió el primer motiu del recurs, per l'evident fet de no existir interès cassacional.

El parament de la casa es regula en l'art. 3.3 CDCB. Però el precepte no defineix el que s'ha d'entendre per «parament de la casa», per la qual cosa la doctrina ha assenyalat que l'integren el conjunt de béns mobles, estris i robes d'ús comú de la casa. La referència als béns mobles fa que es puguin incloure, a més dels mobles pròpiament dits, tots els altres béns mobles (electrodomèstics, televisors i aparells de reproducció de so, de refrigeració d'aire, quadres i objectes de decoració...) ubicats a la casa per raons de comoditat i utilitat. Amb exclusió dels objectes artístics o històrics (basta una o altra circumstància) de valor considerable atès el nivell de vida de la família, com diu expressament l'indicat art. 3.3 CDCB. En canvi no té raó de ser l'exclusió de les joies que fa aquest precepte, ja que mai es podria considerar

que les joies formin part del parament de las casa. Simplement, pertanyen al seu propietari. L'avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni elaborat per la Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears exclou també expressament els béns mobles aportats per un o altre cònjuge que siguin de procedència exclusiva de la seva família.

Sobre el parament de la casa es contenen en la Sentència que es comenta dues importants declaracions:

1a Que l'adjudicació de tots aquests béns al sobrevivent, sense computar-los en el seu haver, no pot tenir lloc en cas de separació de fet, per l'elemental raó que el cònjuge separat —encara que tan sols sigui de fet— no és pròpiament un cònjuge, ja que tots els drets —successoris i familiars— que pugui rebre a la mort de l'altre cònjuge tenen el seu fonament en la convivència.

2a I que, a falta de prova en contrari, es considera que aquest béns pertanyen als cònjuges —o als seus hereus— per meitat. En altres circumstàncies, quan els matrimonis eren per a tota la vida, la doctrina es demanava si, premort un dels cònjuges, tenia sentit que els seus hereus poguessin treure una factura expressiva que la compra del bé l'havia efectuada tan sols el premort —amb la conseqüència d'excloure aquest bé del parament i, per tant, de l'adjudicació al sobrevivent—, tractant-se de béns adquirits durant el matrimoni, per l'interès de la família, i posseïts conjuntament per ambdós cònjuges durant tot el temps que va durar el matrimoni, amb les conseqüències derivades de l'art. 464 Cc. Però aquestes consideracions no tenen avui objecte, quan hi ha les actuals facilitats legislatives per deixar sense efecte el matrimoni, donant-se la circumstància que més de la meitat dels matrimonis acaben en divorci. Per això no hi ha més remei que mantenir el caràcter *iuris tantum* d'aquesta presumpció de copropietat.

La Compilació de 1990 regula, en l'art. 4.2, l'administració per part d'un cònjuge dels béns de l'altre, establint, entre altres conseqüències jurídiques, l'obligació del cònjuge administrador de retornar, a la finalització del mandat, tan sols els fruits existents i aquells amb els quals s'hagués enriquit, per considerar que els altres fruits s'hauran destinat a l'aixecament de les càrregues familiars. És una novetat de la Compilació de 1990, ja que res d'això es deia en la de 1961. Però, realment, aquesta doctrina es considerava vigent a les nostres Illes, avalada per la tradició romana, ja que la trobem al Codex (5,14, fr 11), de la qual va passar, a través dels glossadors dels

textos romans, a les noves codificacions, com el Codi francès i l'italià. Avui la trobem —amb paraules similars— en l'art. 1439 Cc, dins de la regulació de la separació de béns del Codi civil.

La Sentència que es comenta assenyala clarament el caràcter *iuris tantum* de la presumpció derivada de l'art. 4.2, segons la qual s'han destinat els fruits resultants de l'administració a l'aixecament de les càrregues familiars. Evidentment hi pot haver fruits no existents en el moment en què acaba l'administració que no s'hauran dedicat a aquella finalitat. En el cas contemplat per la Sentència que es comenta, queda clar que s'havien produït fruits i que aquests haguessin donat al cònjuge copropietari dels béns unes rentes de 1.500 € per mes, segons les proves pericials practicades en el litigi. Per tant, els hereus de la senyora B, que reclamaven aquests rendiments, han complit amb les exigències de l'*onus probandi*. La passa següent serà donar al cònjuge administrador la possibilitat de deduir d'aquests rendiments els que es varen destinar a atencions familiars. Està clar que li correspon d'aquest fet la càrrega de la prova, per ser ell qui duia l'administració dels béns i coneixia, per tant, l'ús que es va fer de les rentes produïdes. I, a més, s'haurà de tenir en compte la part amb la qual l'esposa devia contribuir a l'aixecament de les càrregues, d'acord amb el que expressa l'art. 4.1 CDCB, essent objecte d'especial valoració la seva possible dedicació al treball per a la família.

Per acabar aquest comentari sobre l'administració per un cònjuge dels béns de l'altre, cal fer constar que, ja en els comentaris del règim econòmic matrimonial de la nostra Compilació que es varen publicar el 1980 i el 2000 (*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, de Edersa) s'assenyalava que «es ésta una materia en la que los cambios sociales han sido más ostensibles. No suele haber en las familias mallorquinas —en particular, en los matrimonios jóvenes— un cónyuge administrador de todos los fondos familiares. Por el contrario, lo que impera es una administración privativa de sus bienes por parte de cada cónyuge y una administración conjunta y unánime respecto de los bienes comunes y levantamientos de las cargas familiares. Ni que decir tiene que ello armoniza totalmente con el principio de igualdad jurídica de los esposos, esencial en la materia». Però ja se sap que tota regla general té les seves excepcions, com ha estat la que ha donat lloc al litigi que ha acabat amb la Sentència que es comenta.

B. Secció Quinta de l'Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA NÚM. 188/2015, DE 29 DE JULIOL. Ponent: Sr. Oliver Barceló. CONCEPTUACIÓ DE L'ALOU. INAPLICACIÓ DELS ARTICLES 1627 I 1631 DEL CODI CIVIL QUE REGULEN L'EXPROPIACIÓ FORÇOSA DEL CENS. CONSIDERACIÓ COM A TRANSMISSIÓ ONEROSA DE L'APORTACIÓ DE FINQUES FETA A UNA SOCIETAT, AMB LA CORRESPONENT ADJUDICACIÓ D'ACCIONS, A CONSEQUÈNCIA D'UNA AMPLIACIÓ DE CAPITAL. ELEMENTS A TENIR EN COMPTE PER A LA VALORACIÓ DE LES FINQUES GRAVADES AMB ALOU PER AL CÀLCUL DEL LLUÏSME.

Resum dels fets: la mercantil «R., S.L.» va interposar demanda contra l'entitat «A., S.A.» en reclamació de la quantitat de 147.827,28 €, import del lluïsme corresponent a l'aportació feta a aquesta societat de cinc de les finques registrals constitutives del «Recinto Aeroportuario de Palma conocido como Aeropuerto de Son Sant Joan», en virtut de l'ampliació del capital social, amb subscripció de noves accions, realitzada per aquella entitat. Entre les finques constitutives de l'aeroport n'hi havia cinc gravades amb alou a favor de «R., S.L.». L'entitat demandada oposa a la demanda les següents qüestions: en primer lloc, l'extinció dels alous a conseqüència de l'expropiació de les finques; i, subsidiàriament, el fet que l'ampliació de capital no dóna lloc al pagament de lluïsme, i, en darrer terme, la necessària reducció de l'import reclamat a 2.279,17 €, que seria el valor del terreny, una vegada descomptades les millores i noves edificacions que es varen realitzar amb posterioritat a la constitució de l'alou.

El Jutjat de Primera Instància núm. 17, de Palma, va desestimar la demanda. Interposat recurs d'apel·lació és estimat per l'Audiència Provincial (Secció Cinquena).

Fonamentació jurídica: com a antecedent necessari per resoldre les qüestions plantejades, la sentència fa unes encertades consideracions generals sobre el Dret civil propi de les Illes, sobre l'alou i sobre el dret de lluïsme, les quals exposam a continuació.

Sobre el nostre dret civil diu que «El Derecho civil de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares es autónomo, propio e independiente y, por tanto, de aplicación preferente. Es un Derecho de aplicación normal en el territorio, sin necesidad de demostrar la vecindad civil balear o insular. No es un Derecho completo, por lo que deberá complementarse con otras normas; estas normas de remisión pueden ser al Código civil o a otros Derechos, quizá más afines en ciertas materias. No obstante, está integrado por bloques dotados de una regulación armónica de la que se deducen principios generales que pueden impedir la aplicación supletoria de otro Derecho que lo contradice. Nuestro Derecho se interpretará e integrará tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, la jurisprudencia y la doctrina que encarnan la tradición jurídica balear. Finalmente, la fijación de las fuentes es totalmente respetuosa con el Código civil».

A continuació planteja la Sentència la conceptuació de l'alou, al qual defineix com a «derecho real sobre cosa inmueble ajena, que concede a su titular, entre otros derechos secundarios (entre los que pueden estar el *relluisme*, la acción reivindicatoria, la reversión sucesoria y la acción de devastación), el principal de percibir una parte del precio de la enajenación onerosa de la cosa gravada». En aquest sentit assenyala la Sentència que «el principal contenido —que no el único— del alou es el laudemio. El laudemio viene de laudare en el sentido de aprobar. Se trata de la aprobación por parte del dueño directo de la transmisión de la finca a un tercero. Son sinónimos los siguientes términos: laudemium, laudimium, laudimi, luismo, loysmo, iluisme, loisme, luisme, foriscapium, foriscapio, foriscapi.»

Després d'aquests antecedents, passa la Sentència a donar contestació a les qüestions plantejades en el recurs.

Pel que fa a l'extinció de l'alou a conseqüència de l'expropiació que va tenir lloc quan les finques tengudes en alou s'incorporaren a l'aeroport de Palma, diu la Sentència que «es claro que la Compilación Balear no establece la extinción del alodio por causa de expropiación forzosa, y además, en caso de lagunas al respecto, resultan inaplicables al caso presente los arts. 1627 y 1631 del Código civil.» A més, assenyala que «el alodio no es un censo, ni se rige por capital o por pensión, y no procede aplicar al mismo los preceptos en relación con la expropiación de las fincas, ni son equiparables en ambos casos las figuras del beneficiario, valores iniciales, reales y de mercado, ni los tipos indemnizatorios, ni el momento al que ha de referirse la valoración, ni la reversión, cesiones, concesiones, minusvalías, plusvalías, ni los tipos de procedimientos especiales y causas; que en

sede expropiatoria no prevea o regule la Compilación balear el modo de extinción del alodio no determina que sea aplicable supletoriamente el Código Civil, máxime cuando las cosas o bienes a expropiar deben adquirirse libres de cargas, salvo compatibilidad con el destino futuro a darse, y cuando una expropiación conlleva la extinción de arrendamientos y otros derechos reales y es inscribible.»

Per una altra part, l'aportació d'uns béns a una societat a conseqüència d'ampliació de capital no deixa de ser una transmissió onerosa, «pues se trata de bienes a valorar, en una transmisión de carácter voluntario y a un determinado fin, con valor aprobado de una Sociedad a otra distinta, que se entendió como razonable, amén de inmodificable por constituir una aportación societaria.» En aquest sentit, indica la Sentència que «el desembolso de las aportaciones a las sociedades de capital ha de realizarse siempre mediante entrega a la sociedad de dinero u otros bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica y que cubran el valor nominal de la acción o participación [...]». Per la qual cosa arriba a la conclusió que les finques sotmeses a l'alou varen ser aportades a la nova societat «como entrega, desembolso y a título transmisivo de propiedad.»

Eliminats els dos obstacles que impedien l'estimació de la demanda interposada per reclamar el pagament del lluïsme, se passa a exposar quin ha de ser el seu import. Es comença per indicar la superfície de cada una de les cinc finques integrades dins del «Recinto Auroportuario de Palma», les quals donen un total de 61.596 m^2. Per procedir a la seva valoració, la Sentència assenyala la possibilitat d'acudir a una àmplia gama de conceptes i elements integradors, amb llarga indicació de tots ells. Recorda que l'Aeroport de Palma «está integrado por zonas de clasificación de Urbano, de Urbanizable Programado, de Núcleos Rurales, de No Urbanizable, de No Urbanizable Protegido, en su conjunto; por lo que, aplicando además el IPC del consumo medio y el IPC inmobiliario, y a la vez el valor de reposición al año 2013 en relación con sendas clasificaciones y calificaciones de los terrenos; y descartando de plano los valores por expropiación a 1968 e indexados, así como descartando el método de valoración de fincas análogas de la ley 6/1998; aquellos elementos permiten, después de su estudio, obtener una base aplicable, sin valorar mejoras ni construcciones, de 65 Euros/m^2». Al valor dels terrenys segons s'acaba de calcular, s'aplica el percentatge del 2% per a quatre de les finques i el de l'1% per a la quinta, de tot el qual resulta una quantitat a pagar de 70.840,90 € en concepte de lluïsme.

Comentari: llarga i estudiada Sentència en la qual, a més de les consideracions centrades en la figura de l'alou, se'n fan altres prou interessants sobre el nostre dret civil propi, sobre temes mercantils —relatius a la consideració com a transmissió onerosa de l'aportació de béns a una societat a conseqüència de l'ampliació de capital— i també urbanístics, amb àmplia exposició dels elements tenguts en compte per a la valoració de les finques gravades amb l'alou.

S'està d'acord amb el concepte d'alou exposat en la Sentència, ja que queda clar que l'alou no es pur lluïsme, sinó que té un possible contingut més ample. La doctrina ha polemitzat sobre la naturalesa jurídica de l'alou, imposant-se avui la consideració que és una varietat de l'emfiteusi, raó per la qual l'any 1990 es va modificar la Compilació per establir, en el nou art. 55, l'aplicació a l'alou de les normes del cens emfitèutic, sempre que no siguin incompatibles amb la seva naturalesa. Ja la STS de 28 de maig de 1976 va considerar l'alou com una varietat del cens emfitèutic. Com he tingut ocasió de comentar en el meu treball «La normativa reguladora dels censos i alous en l'actualitat» (*XV Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, pàg. 307), les inscripcions registrals dels alous ens mostren sempre la desmembració del domini en útil i directe, per la qual cosa és de la major evidència que naveguem dintre de les aigües de l'emfiteusi. Per una altra part, l'art. 1644 parla, dintre de la normativa de l'emfiteusi, de la possibilitat de pacte sobre pagament del lluïsme, pel que resulta que no repugna a l'emfiteusi la seva possible existència, a més del cànon o pensió. En definitiva, no resulta estrany que en l'exposició de motius de la llei reformadora de 1990 es parli de la «identitat essencial de l'alou i els cens emfitèutic». I és que... si l'alou no és emfiteusi, què és? És evident que no podem parlar d'una *res juridica nullius*.

Però això no vol dir —com entén correctament la Sentència comentada— que totes les normes del Codi civil sobre l'emfiteusi siguin d'aplicació *mutatis mutandi* a l'alou. Precisament, en el treball abans esmentat, indicava els articles de la regulació del cens emfitèutic en el Codi civil que serien d'aplicació a l'alou i no comprenia entre ells els art. 1627 i 1631 relatius a l'expropiació forçosa de la finca. Per la raó evident que aquest preceptes ens parlen de «capital del censo» y «pensiones vencidas», conceptes que en absolut es poden extrapolar a l'alou. I si bé el darrer paràgraf de l'art. 1631 fa una referència al lluïsme, tan sols és per dir que, si hi ha hagut pacte de pagament de lluïsme, aquest es calcularà tan sols sobre la part del preu d'expropiació que rebi l'emfiteuta. Però a més de tot això, no resulta acreditat que l'expropiació forçosa que, en el seu dia, es va verificar d'aquestes finques per

agregar-les a l'Aeropot de Son Sant Joan va determinar l'extinció del alou, ja que la Sentència proclama que «el derecho de alodio todavía sigue inscrito a favor de la actora en el Registro de la Propiedad»; a més de no fer mai la Sentència referència a cap pagament fet al titular del domini directe quan va tenir lloc el procés expropiador.

III. Civil

Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 331/2014, DE 15 DE DESEMBRE. Ponent: Sra. Sola Ruiz. SUSPENSIÓ DEL TERMINI PER INTERPOSAR RECURS D'APEL·LACIÓ PER LA SOL·LICITUD DE LA CÒPIA DE L'ENREGISTRAMENT DEL JUDICI.

Resum dels fets: després de notificada la Sentència, la part demandada sol·licita còpia de l'enregistrament del judici i la suspensió del termini per interposar el recurs d'apel·lació, la qual cosa és acordada pel Jutjat de Primera Instància. La part actora, quan s'oposa al recurs, demanda que s'inadmeti l'apel·lació per la seva extemporaneïtat.

Fonamentació jurídica: en el fonament segon la Sentència indica: «Con carácter previo se hace preciso señalar, ante la alegación de inadmisibilidad del recurso que se denuncia por la parte apelada, por considerarlo extemporáneo, que en modo alguno puede ser acogida tal pretensión, desde el momento en que fue el órgano de instancia, como órgano al que corresponde apreciar la concurrencia de las circunstancias de imposibilidad aducidas para acordar la suspensión, quien decretó la suspensión del plazo para la interposición, hasta tanto le fuera facilitada a la parte la grabación audiovisual del acto del juicio (Diligencia de Ordenación de fecha 27 de febrero de 2014), quedando de este modo interrumpido el plazo correspondiente».

Comentari: la llei no preveu un tràmit específic per demanar una còpia de l'enregistrament del judici, ni tampoc la interrupció del termini per apel·lar entretant se li facilita a la part sol·licitant l'esmentada còpia. Però si la suspensió ha estat demanada i la resolució a la qual la suspensió s'ha concedit ha esdevingut ferma, no es pot després al·legar la inadmissibilitat del recurs per haver-se interposat fora de termini. A *sensu contrario*, si el Jutjat de Primera Instància no acorda la suspensió, el termini per interposar el recurs continua corrent.

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 70/2015, DE 23 DE MARÇ. Ponent: Sr. Ramón Homar. EL FET QUE LA DONA HAGI INSTAT LA SEPARACIÓ O EL DIVORCI NO PERMET ATRIBUIR-LI CULPA ALS EFECTES DE MANTENIR LA CONDICIÓ DE LEGITIMARI DEL MARIT.

Resum dels fets: l'actor insta la seva declaració com a legitimari de la seva cònjuge enfront dels hereus testamentaris d'aquesta (nebots). La dona havia presentat demanda de mesures prèvies de divorci i després demanda de divorci, així com també l'actor, sense que en el moment de morir l'esposa s'hagués dictat sentència. No s'estima aquesta pretensió atès que en la data de defunció de la dona, els cònjuges duien deu mesos separats de fet, sense intenció de reprendre la vida en comú, i s'havia dictat interlocutòria de separació provisional.

Fonamentació jurídica: el que planteja l'actor es que l'esposa va ser la culpable de la separació ja que va ser ella qui en va prendre la iniciativa. Aquest fet es considera provat, però la Sala no comparteix la seva conseqüència. En promulgar la Compilació i, posteriorment, quan amb motiu de la reforma d'aquesta per la Llei 8/1990, de 28 de juny, es va addicionar el supòsit de la separació de fet en l'art. 45, regia un sistema de separació causal que va ser alterat per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, que va modificar substancialment els articles del Codi civil que establien els supòsits de culpa en la separació. Segons la STSJIB de 5 de juny de 2014, «no cabe imputar a descuido o ignorancia el mantenimiento del sistema de separación causal que rige en nuestro Derecho Civil Propio. Así lo atestigua el hecho indudable de que, como reconoce ingenuamente el propio recurso, en las repetidas modificaciones de la inicial redacción compilatoria de 1961, no se haya procedido a eliminar el referido carácter causal. Ni en la repetida Ley 8/1990, ni en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre; ni la Ley 3/1985, de 11 de abril ; como tampoco las Leyes 7/1993, de 20 de octubre o la 3/2009, de 27 de abril, que afectaron directamente a preceptos de la Compilación, se aprovechó la ocasión para imponer una distinta redacción al precepto que nos ocupa, como tampoco lo hicieron las leyes especiales regulatorias de las parejas estables (Ley 18/2001, de 19 de diciembre); de constatación de censos y alodios y de extinción de los

inactivos (Ley 3/2010, de 7 de junio), de voluntades anticipadas (Ley 1/2006, de 3 de marzo); o de mediación familiar (Ley 14/2010, de 9 de diciembre). Ello conlleva que quede al arbitrio del Tribunal el considerar qué conductas deben entenderse como constitutivas de culpa, y en el caso concreto, el simple deseo de una de las partes de no continuar la convivencia en común permite no sólo la separación, sino también el divorcio transcurridos tres meses desde la fecha de celebración del matrimonio [...]».

En definitiva, el fonament de la legítima del cònjuge vidu rau en la convivència i sense aquest requisit no té justificació. El fet que fos la dona qui volgués posar fi al matrimoni no reporta gravetat suficient per considerar-ho com a culpa als efectes de la regulació de la Compilació balear.

Comentari: l'art. 45 de la Compilació de dret civil de les Illes Balears estableix que: «El cònjuge que en morir el seu consort no es trobàs separat de fet ni en virtut de sentència ferma, tret que en ambdós casos s'hi trobàs per causa imputable al difunt, serà legitimari en la successió d'aquest».

La STSJIB de 5 de juny de 2014 va recordar que la Compilació continua partint de l'existència d'un sistema de separació causal que és el que permet dilucidar si la causa és imputable a un o a l'altre cònjuge, sistema que ja no existeix en el Cc a partir de la reforma operada per la Llei 15/2005, de 8 juliol. En conseqüència, per determinar si la separació fou causada o no pel cònjuge difunt per saber si va quedar exclosa o no la legítima, el jutge pot utilitzar qualsevol mitjà de prova, sense que sigui necessari que estigui en el contingut de la sentència de separació per la senzilla raó, recorda la STSJIB de 5 de juny de 2014, que en el cas de la separació de fet no hi hauria resolució judicial alguna per interpretar. El sol fet de voler posar fi a un vincle matrimonial, un desig que també és compartit per l'espòs a l'interposar mesos després una demanda de divorci, no té la suficient gravetat per ser qualificada la separació com a culpable als efectes d'aquesta norma.

3. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 105/2015, DE 16 D'ABRIL. Ponent: Sra. Moragues Vidal. PARTICIPACIONS PREFERENTS. BESCANVI PER ACCIONS I VENDA. CONTRACTES VINCULATS. LEGITIMACIÓ ACTIVA.

Resum dels fets: l'actor va adquirir unes participacions preferents de l'entitat demandada que posteriorment van ser bescanviades de forma obligatòria per accions emeses per la mateixa entitat i que després va vendre al Fons de Garantia de Dipòsits. L'adquirent exercita l'acció de nul·litat del contracte per vici o error en el consentiment amb la restitució de les prestacions. La part demandada al·lega la falta de legitimació activa per no ser ja el demandant propietari de les participacions.

Fonamentació jurídica: l'inversor minorista no deixa de tenir legitimació per exercitar l'acció de nul·litat pel fet d'haver canviat les seves participacions preferents per altres títols, en aquest cas, accions de la mateixa entitat bancària, que després van ser venudes de forma voluntària al Fons de Garantia de Dipòsits, i això per les raons següents:

a) La Llei 9/2012, de 14 de novembre, de reestructuració i resolució d'entitats de crèdit, preveu l'elaboració de plans de reestructuració i gestió que necessàriament han d'incloure accions de gestió d'instruments híbrids (obligacions convertibles i participacions preferents) i deute subordinat. En compliment d'aquestes previsions legals, la Resolució de 7 de juny de 2013, de la Comissió Rectora del Fons de Reestructuració Ordenada Bancària va acordar implementar accions de gestió d'instruments híbrids de capital i deute subordinat en execució del Pla de Reestructuració de les corresponents entitats. En concret el pla de la demandada en aquest plet disposa que: «[...] Así, mediante la presente resolución se procede a implementar, por un acto de la dirección consistente en imponer a la entidad [...] y a la entidad emisora, en su caso, la obligación de recomprar los títulos correspondientes a las participaciones preferentes y deuda subordinada ... e imponer paralelamente a los titulares afectados ... la obligación de reinvertir el importe recibido en la adquisición de acciones nuevas de [...], lo que conlleva el correspondiente aumento de capital. Recomprados los títulos se procederá a su amortización anticipada, según autoriza el propio artículo 44 de la Ley 9/12».

Per la seva banda, el Fons de Garantia de Dipòsits va acordar una oferta voluntària d'adquisició d'aquests títols. En aquest sentit, en la indicada resolució es disposava que: «En el contexto de la Ley 9/2012 y, en concreto, en el ejercicio de las acciones de gestión de instrumentos híbridos de capital y deuda subordinada previstos en los Planes de Resolución, con carácter excepcional, la Comisión Gestora del FGD, en sus sesiones de 4 y 7 de junio de 2013, de conformidad con el apartado cuatro b) de la disposición adicional quinta del RD-ley 21/2012, ha acordado formular una oferta de carácter voluntario para la adquisición de las acciones de […] no admitidas a cotización en un mercado regulado, que se suscriben en el marco de las acciones de gestión de instrumentos híbridos y deuda subordinada que se implementan con la presente resolución dirigida exclusivamente a quienes el 23 de marzo de 2013 fueran titulares de los Valores a recomprar y que tengan la condición de clientes minoristas, de conformidad con lo establecido en el artículo 78 bis de la Ley 24/1988, o bien fueran sus sucesores mortis causa...».

El primer dels esmentats passos, el bescanvi de les participacions preferents per accions de la demandada era obligatori. El segon pas, la venda de les accions al Fons de Garantia de Dipòsits era la solució que es va oferir a l'actora per tal de minimitzar la pèrdua soferta fins a aquest moment.

Per això, la venda de les accions al Fons de Garantia de Dipòsits difícilment es pot considerar com a voluntària sinó que s'ha d'entendre, més aviat, com a opció forçada davant la desconfiança que suposava per a l'inversor minorista mantenir la titularitat d'unes accions, és a dir, d'una part del capital, d'un banc en el qual havia fet una inversió sense suficient informació i que s'havia revelat com a de risc. La venda de les accions es mostrava així com un remei parcial a la situació de l'adquirent de les preferents que de cap manera pot implicar renúncia a intentar recuperar la totalitat de la inversió davant els tribunals, que és el que pretén el demandant en el present procediment .

En resum, ni el bescanvi de les participacions preferents per accions, ni la venda d'aquestes al Fons de Garantia de Dipòsits impedeix l'exercici de les corresponents accions judicials ja que l'acceptació de l'oferta no era sinó un mecanisme per recuperar part de la inversió efectuada.

b) Entre el contracte d'adquisició de participacions preferents i els posteriors bescanvi i venda hi ha una clara vinculació causal de manera que els efectes de la nul·litat d'aquest s'han d'estendre a aquell ja que, desapareguda la causa del primer contracte en virtut de la nul·litat declarada, desapareixen els pressupostos sobre els quals es fonamenta la causa del contracte vinculat a ell per efecte d'aquella declaració de nul·litat.

c) No és inconvenient per a la declaració de nul·litat del contracte el fet que l'actor ja no posseeixi els títols perquè la conseqüència de la nul·litat és la restitució de les respectives prestacions, de les coses que haguessin estat matèria del contracte amb els seus fruits i el preu amb els seus interessos, d'acord amb el que disposa l'art. 1303 Cc; i perquè l'art. 1307 Cc estableix que sempre que l'obligat per la declaració de nul·litat a la devolució de la cosa no pogués tornar-la per haver-se perdut haurà de restituir els fruits percebuts i el valor que tenia la cosa quan es va perdre, amb els interessos des de la mateixa data, ja que tal com ha establert la jurisprudència sobre la matèria, el terme «haver-se perdut» inclòs en el text legal, ha de ser entès en sentit ampli: pèrdua culpable, o per cas fortuït, o per haver-se transmès a un tercer adquirent de bona fe, com seria el cas d'actuacions.

Comentari: la Sentència adopta la mateixa solució que ja havia donat la Secció Tercera de l'Audiència Provincial en les seves sentències d'1 d'abril i de 18 de desembre de 2014.

El concepte clau per superar l'aparent falta de legitimació activa és el de la propagació dels efectes de la nul·litat. Els contractes concertats amb posterioritat tenien una vinculació causal plena amb el primer declarat nul i no s'haurien concertat en el cas que el primer no hagués produït efectes en virtut de la nul·litat que posteriorment es va declarar. El principi aplicable seria, en conseqüència, *simul stabunt, simul cadent* (junts cauran qui junts estiguin). En aplicació de la doctrina de la propagació de la ineficàcia del contracte, la nul·litat del contracte inicial arrossega la del bescanvi realitzat per a la conversió de les participacions en accions i la de la posterior venda de les accions.

4. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 162/2015, DE 8 D'OCTUBRE. Ponent: Sr. Ramón Homar. JURISDICCIÓ DELS TRIBUNALS ESPANYOLS PER CONÈIXER D'UNA DEMANDA DE DIVISIÓ D'UNA EMBARCACIÓ COMÚ QUE ES TROBA A PORTUGAL.

Resum dels fets: s'exercita una acció de divisió de cosa comú sobre una embarcació registrada a la Capitania del port de Lisboa i amarrada al port de Vila Real de Santo Antonio, a Portugal. El jutge de primera instancia conclou que no té jurisdicció, per aplicació dels art. 21.1 i 22.3 LOPJ. El demandat tenia el seu domicili a Espanya. El demandant apel·la i l'Audiència estima el recurs.

Fonamentació jurídica: el jutjat ha fet una errònia interpretació de l'art. 22.3 LOPJ, vigent quan es va interposar la demanda, que atribuïa jurisdicció als tribunals espanyols en les accions relatives a béns mobles, si aquests es trobaven en territori espanyol al temps de la demandada. El tribunal recorda que es tracta d'un fur subsidiari, en defecte del general, que és el del domicili del demandat.

Però sobretot, el Tribunal assenyala que resulta d'aplicació el Reglament (UE) núm. 1215/2012 del Parlament Europeu y del Consell, de 12 de desembre, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials en matèria civil i mercantil, en virtut del principi de primacia del dret de la Unió, i l'art. 4.1 de l'esmentat Reglament estableix que: «Salvo lo dispuesto en el presente Reglamento, las personas domiciliadas en un Estado miembro estarán sometidas, sea cual sea su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado».

Comentari: el tribunal recorda, a més a més, que el jutge de primera instància no podia declarar d'ofici la seva falta de jurisdicció. Li ho impedeixen els art. 27 i 28 del Reglament ja que no es tracta d'un fur imperatiu o exclusiu.

5. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 278/2015, DE 16 D'OCTUBRE. Ponent: Sr. Gómez Martínez. NO PROSPERA L'ACCIÓ DE DELIMITACIÓ QUAN EL QUE ES PRETEN ÉS QUE LA FINCA TENGUI LA SUPERFÍCIE QUE CONSTA EN L'ESCRIPTURA A COSTA DE CANVIAR ELS LÍMITS EXISTENTS EN EL MOMENT DE LA SEVA ADQUISICIÓ.

Resum dels fets: l'adquirent d'una finca comprova que la seva superfície real no coincideix amb la que consta en l'escriptura. Esbuca la paret que constituïa el límit nord i després exercita acció mitjançant la qual sol·licita que es declari que el nou límit és el que pertoca ja que només així la finca té la superfície amb la qual figura a l'instrument públic. La demanda és desestimada però l'actor apel·la.

Fonamentació jurídica: l'art. 384 Cc estableix que tot propietari té dret a delimitar la seva propietat amb citació dels amos dels predis confrontants. L'acció de delimitació és una de les que el nostre ordenament jurídic atribueix al propietari, com a expressió i pressupost de la facultat d'excloure. La seva finalitat és purament individualitzadora del predi mitjançant la fixació dels seus límits, i persegueix la concreció d'uns drets dominicals ja existents sobre una zona de terreny incert. La confusió de límits constitueix pressupost indispensable per a la pràctica de la delimitació, de manera que no es pugui conèixer exactament la línia perimetral de cada finca, i per això l'acció no serà viable quan els immobles estan perfectament identificats i delimitats, amb la conseqüent eliminació de la situació d'incertesa respecte del perímetre de la finca.

Doncs bé, en el cas d'actuacions és evident que la confusió de límits —o, com diu la doctrina, especialment la italiana, «la possessió promíscua»—, no es dóna ja que, quan l'actor va comprar la seva finca mitjançant escriptura de 5 de febrer de 2010, el seu límit nord venia assenyalat en la realitat física mitjançant una paret. I això és així fins al punt que, poc després d'aquesta adquisició, és a dir, l'11 de març següent, el qui avui és demandant va procedir a enderrocar aquesta paret per entendre que no constituïa el veritable límit atès que, si així era, la seva finca no podia tenir la superfície que constava en l'escriptura de compravenda. Però la seva pròpia acció demostra que ni el demandant ni els seus drethavents havia posseït la finca més enllà del límit de confrontació que marcava aquesta paret.

Comentari: no ha existit una confusió de límits d'una zona existent entre les finques dels litigants, sinó que l'actor ha pretès aconseguir un perímetre per a la seva finca de manera que encaixés en ell l'extensió amb la qual figurava en l'escriptura de compravenda i en el Registre de la Propietat, pretensió que no pot prosperar, per les raons següents:

a) La jurisprudència ha establert de forma constant —com mostra la STS de 9 de maig de 2015— que la fe pública no cobreix les dades de fet amb les que la finca figura en el Registre de la Propietat. La Sentència de 27 maig 2015 aclareix expressivament i amb relació a la superfície de les finques que sobre ella «el propietario puede actuar en nuestro sistema inmobiliario fijándola a su antojo, rectificando su título».
b) La finca en qüestió va ser comprada per l'actor com a cos cert, sense establir el preu per raó d'unitat de mesura (art. 1471 Cc) i, per tant, no es pot admetre, a efectes de l'exercici d'una acció de delimitació, que la superfície que li falta es troba a la finca veïna.

IV. Penal

Audiència Provincial

1. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ SEGONA NÚM. 299/2014, DE 30 DE MAIG. Ponent: Sr. Gómez-Reino Delgado. COMPETÈNCIA SOBRE LES MESURES CAUTELARS PENALS DURANT UN PROCÉS CONCURSAL. ART. 8, 55.3 I 189 DE LA LLEI CONCURSAL I ART. 44 I 86 TER DE LA LLEI ORGÀNICA DEL PODER JUDICIAL.*

Resum del fets: el Jutjat Mercantil va declarar la situació de concurs, va acordar la dissolució de l'empresa i la seva liquidació va ser aprovada mitjançant el pla corresponent. Un cop declarada la situació de concurs, el Jutjat d'Instrucció va disposar mesura cautelar consistent en la prohibició de disposar sobre un immoble, gravat amb hipoteca, integrant de la massa de liquidació. El Jutge Mercantil va denegar l'aixecament de la prohibició de disposar sol·licitada pel creditor hipotecari i va suspendre el pla de liquidació, argumentant que l'art. 33 LOPJ atribueix preferència a la jurisdicció penal, davant la qual no es pot plantejar conflicte de competència. El creditor hipotecari va sol·licitar aleshores al Jutge d'Instrucció la cancel·lació de la prohibició de disposar, que li va ser denegada per falta de legitimació en el procés penal. Una vegada interposat recurs d'apel·lació davant l'Audiència Provincial, aquesta va revocar la decisió recorreguda i va disposar l'alçament de la mesura cautelar mencionada.

Fonamentació jurídica: «Pues bien, a pesar de el artículo 44 de la LOPJ prohíbe el planteamiento de cuestiones de competencia cuando de la jurisdicción penal se trata y la aplicación del citado artículo ha llevado al juez de lo mercantil a suspender el proceso de liquidación de la concursada H.C.O. propietaria del Hotel […], para esta Sala resulta discutible el que el Juez Mercantil se ampare en dicho precepto para no hacer uso de las facultades que le concede el artículo 55.3 de la LC —el Juez del concurso puede cancelar los embargados trabados en ejecuciones llevadas a cabo por otros órganos—, y decimos esto por cuanto la prohibición del

* Aquesta crònica es publica en aquest número de la *Revista Jurídica de les Illes Balears* perquè, per causes alienes a l'autor, no es va poder incloure en el número anterior.

planteamiento de cuestiones de competencia a los Jueces y Tribunales penales afecta y se refiere al ejercicio de la acción penal y aunque esta conlleva por bis atractiva a la civil derivada del delito, cuando esta afecta a bienes o derechos que forman parte del patrimonio del deudor concursado, no es tan claro que se mantenga la bis atractiva de la acción civil a la penal, por lo que no sería tal vez descartable el planteamiento de una cuestión de competencia.»

Comentari: la regulació de les «qüestions prejudicials» tradicionalment s'han volgut justificar per raons d'«oportunitat processal», atribuint la seva decisió a l'òrgan competent per conèixer l'assumpte en aquelles que es plantegen (per salvaguardar la unitat jurisdiccional i evitar dilacions) o assignant-les a l'òrgan de la matèria prejudicial (per evitar pronunciaments contradictoris i conservar l'especialització per raó de la matèria substantiva); enfront d'això resulta minoritària l'opinió que les accepta sobre la base de raons eminentment substantives.

Amb caràcter general, la solució sembla inclinar-se pel caràcter no devolutiu (decisió de la qüestió prejudicial a càrrec de l'òrgan judicial que coneix del procés en què aquesta qüestió es planteja).

L'art. 10.1 LOPJ disposa que «Únicament als efectes prejudicials, cada ordre jurisdiccional pot conèixer d'assumptes que no li estiguin atribuïts privativament», la qual cosa suposa una fórmula no devolutiva simplista (que ha generat un ampli dissens interpretatiu), amb una supeditació al caràcter comú (per a tots els ordres jurisdiccionals) que aporta més ombres que llum a la indagació del seu sentit (un precepte perfectament prescindible o inútil).

El Tribunal Constitucional s'ha decantat per:

a) Exigir respecte a les previsions legals de «devolutivitat» (STC 30/1996, de 26 de febrer, F 5 i STC 255/2000, de 30 d'octubre, F 2).
b) En cas que no hi hagi una previsió de «devolutivitat» —imposada per la Llei— s'ha inclinat per la no «devolutivitat» (STC 278/2000 de 27 de novembre i les STC 171/1994, de 7 de juny, F 4; 30/1996, de 27 de febrer, F 5; 50/1996, de 26 de març, F 3; 59/1996, de 4 d'abril, F 2; 102/1996, d' 11 de juny, F 3; 89/1997, de 5 de maig, F 3, i 190/1999, de 25 d'octubre, F 4).

Pel que fa a les qüestions prejudicials penals plantejades durant un procés penal:

A) L'art. 86 ter.1.4t LOPJ no inclou la matèria criminal entre aquelles a les quals es confereix jurisdicció exclusiva i excloent al jutge del concurs, però sí que se l'atribueix respecte de «Tota mesura cautelar que afecti el

patrimoni del concursat, excepte les que s'adoptin en els processos civils que queden exclosos de la seva jurisdicció en el número 1r, i sense perjudici de les mesures cautelars que puguin decretar els àrbitres durant un procediment arbitral.»

B) Per la seva banda, l'art. 189 de la Llei concursal regula una espècie de prejudicialitat penal limitada:

   1. Com és natural, i així es dedueix del títol que encapçala el precepte, es tracta de regular exclusivament les qüestions prejudicials «penals» que sorgeixin durant un procés concursal.
   2. Mentre que aquest precepte al·ludeix de forma taxativa a la «incoació de procediments criminals relacionats amb el concurs» és patent que només es regula el supòsit en què el procés penal sobrevingui concursal, de la mateixa manera que el precepte esmentat de la LOPJ es refereix a «mesura cautelar que afecti el patrimoni del concursat».
   3. Un cop produït aquest supòsit (procés penal sobrevingut durant el concurs) s'estableix una regla general perquè no s'alteri el curs del procés concursal, la qual cosa —en realitat— no constitueix un supòsit de «no devolutivitat» (perquè la qüestió prejudicial penal sigui resolta en l'àmbit mercantil), sinó una independització de processos i pronunciaments, segons assenyala l'exposició de motius: «Els efectes de la qualificació es limiten a l'esfera civil, sense transcendir a la penal ni constituir condició de perjudicialitat per a la persecució de les conductes que puguin ser constitutives de delictes. La Llei manté la separació neta d'il·lícits civils i penals en aquesta matèria».
   4. En aquesta incideix la regla especial que atribueix al jutge del concurs una competència circumscrita a les mesures cautelars sobre els creditors inculpats, supeditant-la que no facin impossible l'execució dels pronunciaments patrimonials de l'eventual condemna penal, és a dir, obliga que les mesures cautelars respectin l'executivitat del pronunciament penal pel que fa a les seves derivacions civils en l'ordre patrimonial, per la qual cosa en realitat no constitueix pròpiament una regla sobre «no devolutivitat» per resoldre les qüestions «penals», sinó que en tot cas —i de forma limitada— les civils o mercantils lligades a l'assegurament i sense oblidar l'important: fins i tot quan s'atribueix aquesta competència limitada al jutge del concurs sobre les mesures

> cautelars penals, no hi ha lloc a solucions automàtiques, sinó que serà necessari veure la possible influència de la decisió penal perquè el jutge del concurs adeqüi l'assegurament amb la finalitat de garantir la possibilitat d'executar de forma efectiva l'eventual condemna penal.
>
> A aquesta mateixa influència —o per a ella— la decisió penal es refereix la STS (Sala 2a) de 29 de març de 1999 quan interpreta l'art. 4 LEC, precepte que torna a la jurisdicció penal la competència per decidir sobre les qüestions prejudicials (civils, administratives o laborals) quan la seva resolució resulti determinant de la culpabilitat o la innocència, o sigui que condicioni la condemna o l'absolució (que és, en realitat, al que pretén referir-se el precepte quan parla de culpabilitat o innocència), és a dir, que el «grau de possible incidència en la decisió» determina si l'efecte és o no devolutiu.

La Interlocutòria de l'Audiència Provincial objecte d'aquest comentari considera «més que discutible» que el Jutge Mercantil no hagi fet ús de la seva competència, encara que per això al·ludeixi a les facultats de l'art. 55 de la Llei concursal, norma que no sembla d'aplicació al cas, ja que no es refereix a les mesures cautelars sinó que concedeix preeminència al procés concursal (universal) enfront de les «execucions singulars» iniciades després de la declaració de concurs, és a dir, les actuacions d'execució, que no són les mesures cautelars per a l'assegurament. També l'Audiència Provincial de Barcelona (Secc. 15a – Civil) ha entès a la Sentència de 29 de novembre de 2012 que: «el art. 189 LC es norma especial y permite que el juez del concurso resuelva sobre todos sus incidentes con independencia de la existencia de posible prejudicialidad penal», perquè —com s'ha exposat— les qüestions penals es dilucidaran en via penal i independentment del concurs.

En tot cas succeeix que la mesura cautelar qüestionada no va ser mai acordada pel Jutge Mercantil sinó pel d'Instrucció, encara que fos en desconcert amb les disposicions vigents, anomalia a la qual l'Audiència no podia posar remei, al menys davant la manca de plantejament de la qüestió de competència, i davant la manca d'una petició de nul·litat per manca de competència objectiva, si hagués estat deduïda oportunament per la part afectada (ex art. 238.1 LOPJ).

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 121/2015, DE 16 D'OCTUBRE. Ponent: Sra. Ramis Rosselló. ESTAFA. ENGANY BASTANT. PERSONES AMB CAPACITATS AFECTADES.

3. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 151/2015, DE 16 DE DESEMBRE. Ponent: Sra. Ramis Rosselló. A) ESTAFA. ENGANY BASTANT. PERSONES AMB CAPACITATS AFECTADES. B) BLANQUEIG DE CAPITALS.

Resum del fets:

2. Durant el seu ingrés hospitalari, el pacient va atorgar facultats per vendre tota classe de béns mobles i immobles, operar amb caixes oficials i d'estalvi i bancs per a tota classe d'operacions que la legislació i les pràctiques bancàries permeten, disposar de fons, cancel·lar comptes, comprar i vendre valors, firmar documents, modificar, transferir o cancel·lar dipòsits d'efectius i valors. Usant aquest poder, l'apoderada va verificar transferències bancàries des de distints comptes dels quals era titular el poderdant, a qui es va apreciar notarialment capacitat adequada per actuar després d'haver estat advertit de les possibles conseqüències derivades de l'ús del poder que va atorgar. La Sentència va absoldre per manca d'engany bastant.

3.A) Estafa: aprofitant el prestigi social que la seva família gaudia des de feia molt de temps, i coneixent l'important patrimoni d'un matrimoni establert a la mateixa localitat, l'acusat els va vendre per 30.000 € una petita finca contigua amb la seva i els va convèncer per gestionar la compra d'una segona finca més gran —també contigua— per un preu de 1.000.000 € adduint que la seva mare tenia un dret d'adquisició preferent quan en realitat pertanyia a una caixa d'estalvis. L'acusat va verificar la venda de la primera petita finca contigua en la creença que la casa tornava a ser propietat de la seva mare, informant el matrimoni comprador que els problemes sobre la seva titularitat ja s'havien solucionat, però uns dies després els compradors es varen avenir a signar un document en el qual reconeixien les discrepàncies sobre la titularitat i renunciaven a recuperar el preu pagat en cas de no poder consolidar la propietat sobre aquesta petita finca. El mateix dia en què es va atorgar l'escriptura pública de compravenda sobre la petita finca contigua, el matrimoni comprador va permutar amb la mare de l'acusat dos apartaments i va pagar la suma de 200.000 €, sense que consti que aquesta suma fos per pagar dues

places d'aparcament. A més, amb vista a l'adquisició de la segona finca contigua per preu d'1.000.000 € (que havia de ser pagat a una entitat bancària), el matrimoni va pagar 355.657,55 € que varen ser ingressats en el compte bancari de la mare de l'acusat i va entregar a aquest 13 xecs per valor de 655.000 € que no havia de presentar al cobrament; a més, l'acusat es va oferir perquè els compradors poguessin obtenir finançament bancari per completar el preu d'aquesta segona finca, va fingir seguidament estar negociant aquest finançament i, amb el pretext que perdrien les sumes entregades si no completaven el pagament, va seguir aprofitant-se de la vulnerable i peculiar personalitat del matrimoni, trobant-se a més l'esposa convalescent d'un procés recent de pneumònia i els va convèncer perquè, juntament amb uns pretesos bons dels que ell era titular i que suposadament es trobaven dipositats a la caixa esmentada, instrumentessin de forma simulada donació al seu favor de diversos immobles als efectes d'aparentar una fingida solvència de l'acusat enfront de l'entitat bancària perquè aquesta s'avingués a renegociar i finançar l'adquisició d'aquesta segona finca major a favor del mateix acusat (vista la notòria solvència immobiliària que exhibiria i aparentaria enfront d'aquesta quantitat), la qual cosa, unida a les seves dots negociadores i persuasives, faria que la caixa d'estalvis esmentada s'avingués a finançar aquesta operació, tot això amb el compromís que les donacions quedarien «guardades en un calaix» sense assolir eficàcia jurídica, de forma que, una vegada tancada la compravenda i el seu finançament, l'acusat cediria la propietat d'aquesta segona finca i els retornaria les escriptures de donació, quedant les sumes entregades mitjançant els xecs indicats en poder de l'entitat bancària com a part del preu per la compra. Finalment l'acusat va assegurar al matrimoni que existia una tercera finca contigua propietat de l'entitat bancària amb la que fingia estar en negociacions, i que havia de ser adquirida pel preu d'altres 600.000 € en lot conjunt amb la segona, la qual cosa va desembocar en noves donacions a favor de l'acusat.

La Sentència va absoldre pel delicte d'estafa impròpia, però va condemnar a l'acusat principal per un delicte d'estafa (agreujada per recaure sobre habitatge i d'especial gravetat pel valor del perjudici) i va absoldre la seva mare, també acusada, finalment declarada responsable civil a títol lucratiu.

3.B) Blanqueig de capitals imprudent: coetàniament a les donacions, el primer acusat (que com acaba de dir-se va resultar condemnat per estafa) va permutar amb un tercer acusat una de les finques rebudes en donació, valorada en 1.591.923,45 €

a canvi de tres locals valorats (en el seu conjunt) en 200.002 € més uns altres 40.000 € rebuts per l'acusat en metàl·lic.

Aquest tercer acusat va resultar condemnat per un delicte de blanqueig de capitals comès per imprudència, ja que va actuar sabent que la finalitat de l'operació era salvaguardar el primer acusat de possibles reclamacions civils quan el matrimoni descobrís la situació.

Fonamentació jurídica:

2. «La posición de la Jurisprudencia en el caso de estafas cometidas en base a engaños a personas con determinadas incapacidades es, desde luego, la de no impedir que dichas conductas puedan ser tipificadas como constitutivas de estafa, pero se muestra en todo caso exigente y rigurosa en el momento de exigir la acreditación cumplida de la concurrencia del requisito nuclear del tipo penal que, como hemos adelantado, es el engaño bastante o idóneo. En este sentido, aun partiendo de las múltiples dificultades que el tipo penal plantea en estos casos al no existir en el Código punitivo un tipo específico que contemple la sanción de estas conductas de usurpación fraudulenta y dolosa de bienes de menores o incapacitados, nada impide que los hechos puedan ser calificados de estafa si a juicio del Tribunal concurren los requisitos del tipo, que en estos casos específicos puede integrarse según la jurisprudencia, atendiendo a un criterio mixto que considera tanto los factores objetivos como subjetivos para determinar la idoneidad del engaño (STS 5-06-1985). […]

[…] La estafa exige ánimo de lucro en la conducta del culpable, y desde luego pudiera sostenerse que los acusados actuaron inducidos de tal intención porque al fin y al cabo aceptaron sin demasiados escrúpulos que el Sr. […] les entregara y transfiriera todo su importante patrimonio —sin realizar testamento ni donación y sin el correspondiente pago de impuestos— a cambio de la amistad, afecto o ayuda que le dispensaron el último año de su vida, ante la evidencia de que ningún familiar directo le visitaba, aunque sabían y les constaba que al menos existía con vida un primo llamado […], que no se interesaba por él. Es decir lo aceptaron, en pago o compensación de su dedicación y estima. Y es obvio que las acciones que se realizan a título de amistad se caracterizan precisamente por su gratuidad altruista. Pero no podemos confundir la censura ética o moral con el reproche punible, ya que éste exige como hemos avanzado más arriba la concurrencia de un engaño suficientemente hábil para producir en la donante un error que la acabe llevando a

ejecutar un acto de disposición patrimonial auto lesivo o lesivo para los herederos. Y es este "modus operandi" subjetivo el que no existe aquí, pues las pruebas testificales y documentales aportadas a juicio y que expondremos seguidamente, permiten afirmar que el Sr. […] actuó de forma libre y voluntaria, sin coacción ni inducido de subterfugio alguno.

Para ello la Sala ha llegado a la convicción, tras un análisis lógico y conforme al criterio humano, de que los hechos se produjeron tal y como aparecen en el relato fáctico, lo que va llevar a absolver a los acusados de los delitos objeto de acusación. Las continuas manifestaciones, primero en la querella y, posteriormente en el escritos de acusación, en orden a la carencia de capacidad de D. […] que propiciaría ser engañado por los acusados para despojarles de su patrimonio, no tiene el mayor apoyo, ni documental, ni pericial, ni testifical, sino todo lo contrario.»

3.A) Estafa: «En nuestra opinión, el acto de disposición patrimonial llevado a cabo por los perjudicados vino inmediatamente precedido del engaño urdido por el acusado […]. Ciertamente, por fantástico y burdo que pueda parecer el artificio falaz empleado por él, para inducir a engaño a las víctimas, a juicio de la Sala éste merece las características de ser de entidad bastante y suficiente para provocar error en los destinatarios e inducirles a realizar los actos de desplazamiento económico que efectuó y por tanto para considerarlo incardinable en el tipo penal de la estafa […].

[…] En el tipo de la estafa esos conocimientos del autor tienen un papel fundamental, así si el sujeto activo conoce la debilidad de la víctima y su escaso nivel de instrucción, engaños que en términos de normalidad social aparecen como objetivamente inidóneos, sin embargo, en atención a la situación del caso particular, aprovechada por el autor, el tipo de la estafa no puede ser excluido. Cuando el autor busca de propósito la debilidad de la víctima y su credibilidad por encima de la media, en su caso, es insuficiente el criterio de la inadecuación del engaño según su juicio de prognosis basado en la normalidad del suceder social, pues el juicio de adecuación depende de los conocimientos especiales del autor. Por ello ha terminado por imponerse lo que se ha llamado modulo objetivo-subjetivo que en realidad es preponderantemente sujeto.

[…]

Por otra parte ha de tomarse en consideración que en relación a la estafa no hay elemento alguno del tipo, tal y como ha sido definido en nuestro ordenamiento, que

obligue a entender que el Legislador ha decidido que este delito solamente tutele a las personas especialmente perspicaces o desconfiadas. Ni que resulte impune con carácter general el aprovechamiento malicioso de la credulidad, la confianza o la buena fe de ciudadanos desprevenidos, desplazando la responsabilidad del delito sobre la conducta de la víctima, culpabilizándola por respetar el principio de confianza y contribuyendo a su victimización secundaria.

Por ello, dejando al margen supuestos de insuficiencia o inidoneidad del engaño, en términos objetivos y subjetivos, o de adecuación social de la conducta imputada, la aplicación del delito de estafa no puede quedar excluida mediante la culpabilización de la víctima con abusivas exigencias de autoprotección.»

3.B) Blanqueig de capitals imprudent: «[…] la prueba practicada no nos permite alcanzar la convicción de que supiera el origen delictivo del inmueble, ni de que con su actuación estaba favoreciendo la comisión de un delito, pero sí la de que no adoptó la más elemental cautela para conocerlo, cuando en esas circunstancias debía haberlo hecho. Es por ello que su actuación, en atención precisamente a que no consta ese conocimiento directo o eventual, no puede calificarse de dolosa. Estima este Tribunal, sin embargo, que es constitutiva de un delito de blanqueo de capitales cometido por imprudencia grave del artículo 301.3 del Código Penal, puesto que como se indica por el Tribunal Supremo Sala 2ª en sentencias de fecha 23 de Diciembre de 2003, 16 de Marzo de 2004, y 14 de Septiembre de 2005, en esta última nº 1034/2005 “En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le eran exigibles y los que, incluso, en ciertas formas de actuación, le imponían normativamente averiguar la procedencia de los bienes o abstenerse de operar sobre ellos, cuando su procedencia no estuviere claramente establecida. Es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma en que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal modo que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, actúe sobre ellos, adoptando una conducta de las que describe el tipo y causando así objetivamente la ocultación de la procedencia de tales bienes (su blanqueo) con un beneficio auxiliador para los autores del delito de que aquellos procedan. En los tipos previstos en nuestro Código incurre en responsabilidad, incluso quien actúa

con ignorancia deliberada (willful blindness), respondiendo en unos casos a título de dolo eventual, y en otros a título de culpa. Y ello, tanto si hay representación, considerando el sujeto posible la procedencia delictiva de los bienes, y pese a ello actúa, confiando en que no se producirá la actuación o encubrimiento de su origen, como cuando no la hay, no previendo la posibilidad de que se produzca un delito de blanqueo, pero debiendo haber apreciado la existencia de indicios reveladores del origen ilegal del dinero"».

Comentari: en el primer cas (2) l'absolució es va produir davant l'absoluta absència de maniobres enganyoses patides pels qui varen atorgar, lliurement i voluntàriament, els poders que varen permetre el transvasament de diners entre comptes bancaris.

En el segon cas, pel que fa a l'estafa (3.A), la Sentència va condemnar per aquest delicte en apreciar que hi havia hagut argúcia, perquè l'elevada consideració social de les víctimes cap a l'entorn familiar del primer acusat va proporcionar a aquest últim una aparença de serietat que va ser aprofitada per causar un perjudici important al matrimoni afectat.

Amb caràcter general, la jurisprudència exigeix valorar la idoneïtat de l'engany apte per a l'estafa a partir de l'examen concret de les circumstàncies del cas, per discernir si concorren (sota un criteri mixt: objectiu/subjectiu) la presència —a càrrec del subjecte actiu— d'una maniobra enganyosa idònia de conformitat amb paràmetres socio-normatius, però també al seu grau d'incidència sobre el subjecte passiu, les circumstàncies del qual revelin una aptitud insuficient per enfrontar-se a l'engany d'acord amb un patró ordinari o usual.

Encara que el nostre Codi penal no conté en l'actualitat una previsió típica com la de l'italià sobre la *circonvenzione di persona incapace*, que preveu el conegut com a «abús de la inferioritat psicològica» respecte de menors o incapaços, tal situació sí va ser abordada en part pel nostre Codi penal de 1870 quan sancionava a qui, «abusando de la impericia o las pasiones de un menor, le hiciera otorgar en su perjuicio alguna obligación […]» (art. 553 CP 1870).

No obstant això, s'ha procurat solucionar el problema combinant la idoneïtat (objectiva) de l'engany amb les circumstàncies personals (subjectives) del seu destinatari, distingint la carència absoluta d'aptitud mental (furt), de la insuficient o deficient situació del subjecte passiu (estafa), segons ha matisat la jurisprudència (STS (Sala 2a) de 25 de juny de 1986 i de 18 de gener de 1983).

La presència de circumstàncies que dificulten enfrontar-se a l'engany amb suficient capacitat de discerniment enfront de la maniobra fraudulenta s'ha fet derivar tant de la seva edat, personalitat, cultura i instrucció, com de la seva manca d'aptitud psíquica (STS (Sala 2a) de 4 d'abril de 1992, de 26 de juny de 2000, de 9 de març de 2002, d'1 de desembre de 2004 i de 23 de febrer i de 17 d'octubre de 2012), però en tot cas ha exigit la prova adequada d'una situació concloent sobre el dèficit que permeti construir la presència de l'estafa, sense que per això n'hi hagi prou amb la simple dada de l'edat avançada si no concorre, a més, una provada carència d'aptitud psíquica, com la demència senil (STS (Sala 2a) de 4 d'abril de 2007) o el deteriorament cognitiu unit a l'escassa formació d'un matrimoni major (STS (Sala 2a) de 22 de maig de 2007), sense oblidar la presència de l'engany, perquè com afirma la STS (Sala 2a) núm. 1457/2005, de 12 de desembre «siempre será necesario comprobar la existencia de un engaño, pues sin la comprobación de los elementos del engaño es técnicamente imposible fundamentar la tipicidad. Inclusive cuando se supusiera que la exigencia de "engaño bastante" debería ser relacionada con las capacidades del sujeto pasivo, lo cierto es que el texto legal no elimina en ninguna hipótesis el requisito típico del engaño».

Així que la idoneïtat de l'engany bastant s'ha d'avaluar en concret i en conjunt, atenent les circumstàncies del cas i la personalitat dels subjectes intervinents, de manera que per a l'estafa s'haurà de concloure la presència d'una maniobra destinada a la defraudació capaç de sobreposar-se a les efectives condicions concretes del destinatari per enfrontar-se a l'engany, però sense necessitat que aquest últim desplegui —en funció de l'ardit articulat per induir-lo a la disposició patrimonial que li perjudicarà— una diligència incompatible amb la seva situació o les seves capacitats afectades en concret, de la manera en què insisteix la STS (Sala 2a) núm. 1501/2003, de 19 de desembre: «Hemos dicho reiteradamente que no puede descargarse en la conducta de la víctima lo que al autor corresponde como autor de un fraude, de manera que se encuentra ciertamente muy matizada en estos momentos por la jurisprudencia de esta Sala la doctrina del engaño bastante.»

La resolució comentada, després d'una anàlisi detallada de la prova practicada, afronta la substanciosa tasca d'intentar discriminar l'abús de confiança de l'engany bastant, explicant per a això que el primer acusat —coneixent que la credibilitat atribuïda per les víctimes a la seva posició social i la de la seva família generava confiança— va fingir tenir capacitat de gestió adequada per obtenir finançament bancari, i amb això va aconseguir que el matrimoni afectat confiés en la seva

paraula per mantenir guardades en un calaix les múltiples donacions (verificades sense les garanties pròpies d'un negoci fiduciari) i custodiar els diners obtinguts mitjançant diversos xecs. No obstant això, faltant a la seva paraula, el primer acusat va disposar d'algunes quantitats de diners que li havien estat entregades fiduciàriament per tal de fingir solvència, i com a donatari va disposar també per permuta d'una de les finques destinades al mateix fi, que curiosament va ser valorada en una suma (1.591.923,45 €) molt propera al preu conjunt previst per a la compra de les dues finques restants (1.600.000); elevat cost fiscal de les operacions, la Sala 1a del TS ha rebutjat integrar les conseqüències fiscals entre els motius determinants de la prestació del consentiment, de manera que aquesta circumstància no era idònia per atacar la nul·litat de les donacions (de diners i immobles) atorgades.

Pel que fa al blanqueig de capitals imprudent (3.B), la Sentència comentada apunta que: a) el primer acusat va obtenir mitjançant estafa (delicte antecedent) les donacions dels immobles; b) la permuta ulterior d'una d'aquestes propietats va ser mitjà necessari per poder aprofitar-se dels efectes generats pel delicte antecedent; c) l'origen il·lícit de l'immoble (en tant havia estat adquirit mitjançant estafa) determina que la seva permuta (possibilitadora d'aprofitament per a l'estafador) constitueixi blanqueig de capitals.

Així doncs la Sentència es limita a relacionar «l'origen il·lícit» amb la manera d'adquisició del capital (la donació immobiliària obtinguda mitjançant estafa) però sense connectar-ho amb l'obtenció d'un capital al marge del circuit econòmic que, gràcies al delicte de blanqueig, quedarà subjecte al control fiscal.

Amb ocasió d'analitzar la prova indiciària, es pot trobar en la Sentència l'única referència argumental pròxima a aquesta qüestió quan s'equiparen els diners i béns amb vista al blanqueig de capitals: «[…] la procedencia ilícita del dinero o de los bienes y el conocimiento de esa procedencia por parte de los autores del delito de blanqueo.»

Però en realitat el problema no radica en si l'objecte sobre el qual es projecta el blanqueig són diners o béns, ja que la figura penal no es refereix estrictament al blanqueig de «diners» sinó de «capitals», o sigui, un valor patrimonial, encara que no siguin diners.

Pel contrari, l'«origen il·lícit» típic del blanqueig de capitals al·ludeix a una activitat delictiva prèvia o antecedent que per ser clandestina genera guanys (beneficis patrimonials) no controlats fiscalment però que —per l'activitat subseqüent de blanqueig— es transformaran en un capital impositivament manejable (és a dir,

fiscalment transparent) en integrar-ho en el sistema econòmic amb una aparença de legalitat fingida i així la STS (Sala 2a) núm. 809/2014, de 26 de novembre, quan estableix la distinció entre receptació/encobriment i blanqueig de capitals, afirma —en relació amb aquest darrer— el següent: «su característica principal no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas, ni siquiera en darles "salida", para posibilitar de modo indirecto ese disfrute, sino que se sanciona en consideración al "retorno", en cuanto eslabón necesario para que la riqueza así generada pueda ser introducida en el ciclo económico».

Sense aquesta funció blanquejadora del capital (tradicionalment rentat de diners), sense la conversió del capital procedent de l'activitat il·lícita antecedent en capital fiscalment tractable, podrà haver receptació o hi haurà lloc a l'encobriment sense ànim de lucre, però difícilment encaixa la subsumpció com a blanqueig de capitals, més encara quan en aquest cas el transfons fiscal batega tan obertament com recullen els fets provats de la Sentència comentada: «las donaciones realizadas generaban una importantísima carga fiscal de entre 3.247.625,45.-€ y 5.844.103,65.-€ para los donantes por el impuesto de sucesiones y donaciones, más 89.967,63 por el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, con más 1.704.714,30.-€ por el impuesto sobre la renta de las personas físicas»; *ergo* no es tracta de capital opac que accedeix al circuit econòmic gràcies a una activitat de blanqueig, sinó que aquest capital sempre ha romàs inserit en el circuit econòmic, atès que els diners es varen obtenir a través de xecs i la donació es va escripturar públicament.

4. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 103/2015, DE 28 SETEMBRE. Ponent: Sra. Robles Morato. APROPIACIÓ INDEGUDA. DISTRACCIÓ DE DINERS.

Resum del fets: l'acusat, administrador únic de la mercantil que va actuar com a tal, va subscriure diferents contractes de compra i va percebre el seu preu sota clàusula de devolució en cas no fer-se efectiva la compravenda subjecta a termini peremptori. Els immobles no es varen construir ni es varen retornar —després del venciment del termini marcat per a l'opció— aquelles sumes percebudes.

Fonamentació jurídica: «Así el acusado recibió unas cantidades en concepto de derechos de opción como tales sujetas a un plazo, de manera que en caso de materializarse el contrato serían cantidades a cuenta y en caso de que vencido dicho plazo no se pudiera elevar el contrato a escritura pública por culpa del promotor, debería devolverlas, este es el sentido propio del derecho de opción y así lo reconoció el propio acusado. Dichas fechas de término del derecho de ejercicio de opción de compra finalizaban en julio/diciembre de 2008. Está constatado que las viviendas no se realizaron por lo que el título que unía a las partes obligaba a devolver los depósitos realizados dos años antes, cosa que no ha realizado el acusado a pesar de haber sido requerido a tal efecto.

Conforme a lo anterior el título en cuestión generaba la obligación de devolver dichos depósitos si llegado la fecha tope establecida en contrato no se había elevado a escritura pública el contrato de compraventa sobre cada una de las viviendas en cuestión, situación que concurre en nuestro caso.

[…] Es claro que el dinero fue entregado al acusado en virtud de un título que generaba la obligación de devolverlo si las viviendas no eran finalmente construidas, por lo que el título en sí no transmitía la propiedad de dichas cantidades, que solo pasarían a manos del acusado en concepto de "reserva" y en caso de que se consumara finalmente el contrato de compraventa y como parte de su patrimonio serían contabilizados como parte del precio, mientras tanto no existía derecho alguno a apropiárselo y transcurrido el plazo lo que se produce es la obligación de devolverlos, cosa que a día de hoy no se ha producido.»

Comentari: el Codi penal de 1845 va eliminar els tipus d'infidelitat que preveia el Codi penal de 1822 i va introduir, com a supòsit típic de l'apropiació indeguda, la distracció dels diners, incorporant amb això una solució tècnicament defectuosa i molt discutida, ja que amb aquest comportament no quedaven coberts molts altres supòsits d'infidelitat, deixant a part que la fungibilitat de l'objecte sobre el qual es projecta la distracció (diners) tolerava malament l'exigència jurídica de la seva obligada devolució (més enllà d'haver de reintegrar un altre tant de la mateixa espècie i qualitat), de manera que reiteradament s'ha negat la idoneïtat típica al préstec mutu (art. 1753 Cc) i al dipòsit irregular en compte corrent.

No obstant això, amb el propòsit de no tolerar llacunes extenses de punibilitat, el TS va acabar distingint entre les accions «apropiar-se» i «distreure» (de manera que la Sentència comentada refereix per transcripció parcial de la STS (Sala 2a) de 18 de maig de 2014), en constituir aquesta última actuació (la de la distracció) una modalitat d'administració deslleial (i no una autèntica apropiació indeguda).

A pesar de tot, l'apropiació indeguda va seguir mostrant la seva labilitat i insuficiència per atendre un cúmul de situacions impunes cada vegada més extens, per la qual cosa el Codi penal de 1973 va afegir la distracció dels «efectes» i del Codi penal de 1990 va incloure a més els «valors», encara que va ser la reforma del Codi penal (mitjançant la LO 10/1995, de 23 de novembre) que va introduir una figura d'administració deslleial —limitada a la gestió/administració «societària»— com a reacció enfront de situacions abans excloses de l'estafa i l'apropiació indeguda.

Però va seguir sense resoldre's la complicada coexistència entre les dues figures d'infidelitat: la distracció dels diners (com a modalitat espúria d'apropiació indeguda) i l'administració deslleial exclusivament societària, mostrant la jurisprudència una orientació vacil·lant amb vista a la seva dificultosa conjugació: STS (Sala 2a) de 26 de febrer de 1998 (concurs de normes en relació d'alternativitat), de 29 de juliol de 2002 (cercles tangents) i d'11 de juliol de 2005 (distinció entre excés intensiu i extensiu de les facultats).

La reforma del Codi penal per la LO 1/2015, de 30 de març, s'ha enfocat cap a la solució d'aquest problema probablement en implantar una figura general i autònoma d'administració deslleial (ja no limitada exclusivament a l'esfera societària), mantenint l'apropiació indeguda de diners però eliminant d'aquesta «l'administració» (substituïda per «custòdia») i la «distracció», per correspondre ambdues a l'esfera de l'administració deslleial i no a l'apropiació indeguda.

La més recent STS de 2 de juliol de 2015, d'acord amb els precedents esmentats (més els assentats en les STS de 17 de juny i de 22 de juliol de 2013 que cita), confirma la distinció entre actes delictius de distracció (quan són abusius i deslleials) i apropiació indeguda (quan comporten expropiació correlativa: apropiació de béns en benefici propi o d'un tercer, o bé distracció amb pèrdua definitiva), però alerta que —després de la reforma duta a terme per la LO 1/2015, de 30 de març— només perdura un delicte patrimonial genèric d'«administració» deslleial, mentre que l'apropiació indeguda sorgeix quan les coses o els diners es reben per un títol que

obliga a entregar o retornar el que s'ha rebut (excloent —en conseqüència— de l'apropiació indeguda el que s'ha rebut en «administració»).

5. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 36/2015, DE 19 MARÇ. Ponent: Sr. Yllanes Suárez. COACCIONS. ACCIÓ I EFECTE COERCITIU.

Resum del fets: l'acusat, tot i haver cessat com a capità del vaixell, va impedir l'accés per passarel·la a determinades persones.

Fonamentació jurídica: «Partiendo de dicha doctrina jurisprudencial y probado que el acusado abandonó voluntariamente la embarcación cuando recibió la comunicación escrita de su cese como capitán de la misma, sin que se especifique la persona a la que se restringió la libertad de acción al subir a la pasarela de acceso al barco, solo cabe concluir en que no reunió la conducta denunciada las exigencias mínimas para su reproche penal.»

Comentari: de conformitat amb un ventall nombrós de jurisprudència, entre els requisits necessaris per al delicte de coaccions interessa ara el que es refereix a l'acció, és a dir, el comportament típic en el seu vector objectiu, o sigui «l'acció adequada per originar el resultat que es busca».

Amb caràcter ordinari, aquest requisit es connecta amb dues vessants essencials:

- una es refereix a la naturalesa de l'acció: «violencia en cualquiera de sus formas como instrumento para imponer la voluntad del sujeto activo sobre la libertad de la víctima para someterla a los deseos o voluntad propia» (les STS (Sala 2a) d'11 de març de 1999, de 3 de juliol de 2006 i de 12 de juliol de 2012).
- una altra fa referència a la seva potència o a la seva energia: «pues de carecer de tal intensidad, se podría dar lugar a la falta» (les STS (Sala 2a) de 27 de febrer de 2007, de 3 d'octubre de 1997, de 15 d'octubre de 2009 i de 13 de maig de 2015).

En discrepància amb algun sector de la doctrina, les referències jurisprudencials senyalen que l'acció criminal o la manera de comissió no ha d'entendre's restringit ni

limitar-ho a la coerció material o física, a pesar que el tipus objectiu es refereixi concisament a la violència, sinó que aquesta pot abastar tant la material directa sobre la persona com la material indirecta sobre les coses (força en les coses), així com la «vis psíquica» o intimidació.

La raó se centra que el bé jurídic protegit (sigui la llibertat d'actuació o el sentiment de tranquil·litat personal) pot resultar concernit igualment mitjançant qualsevol d'aquelles modalitats de comissió (sempre que per elles es venci la decisió de la víctima o s'afecti la voluntat de decisió del subjecte passiu).

No obstant això es pot observar certa inclinació a calcular la gravetat de les coaccions exclusivament per la potència o energia del mitjà de comissió, independentment de l'afectació sobre la llibertat de la víctima.

Que la càrrega coercitiva suportada per la víctima pugui estar en relació proporcional directa amb l'energia o la potència del mitjà de comissió constitueix empíricament una mera probabilitat estadística que no altera ni transmuta, en el terreny dels principis, que l'entitat de la coacció obeeixi a la magnitud de la coerció soferta, precisament perquè aquesta és la mesura de la lesió patida pel bé jurídic protegit, i en conseqüència no es tant el mitjà de comissió com el seu efecte sobre la llibertat del coaccionat, el que determina la dimensió de la lesió; i, per això, la STS (Sala 2a) d'11 de juliol de 2001 ens recorda que —en la jurisprudència— a més de la desvaloració de l'acció s'ha tengut també en compte la desvaloració del resultat.

En aquest sentit la STS (Sala 2a) de 29 de juny de 2005 va establir que la comminació a declarar per a no seguir detingut va generar un efecte coactiu de major entitat per l'edat avançada de la víctima i la seva condició de llec en dret, de manera que un mateix mitjà pot generar efectes coercitius diferents en funció de les circumstàncies personals del destinatari.

Per la seva banda, la STS (Sala 2a) de 18 d'abril de 2005 va posar l'accent en les circumstàncies o condicions envoltants, quan assenyala que una simple petició de documentació als treballadores, fent baixar als que estaven al pis superior, pot provocar en escenaris com el de les actuacions una pertorbació anímica molt important a les víctimes; i, en aquest mateix aspecte, la STS (Sala 2a) de 18 de juliol de 2002 destaca que l'actuació apareix emmarcada en un context circumstancial que permet reduir la intensitat de la violència.

La STS (Sala 2a) de 31 d'octubre de 2002 tampoc no extrau la mesura de la coacció del mitjà emprat, sinó del resultat, en aquest cas de la reacció observada per les víctimes: obligades a accedir que un estrany entràs, contra els seus

desitjos, en el seu propi domicili i romangués en aquest realitzant unes operacions que no havien sol·licitat i, posteriorment, fer-li pagar, també a la força, la quantitat reclamada, la qual cosa revela, sens dubte, el desplegament d'una important energia coactiva (deduïda de l'important efecte coercitiu constatat a través de la conducta observada per les víctimes i no del mitjà emprat per produir-ho).

En sentit invers, un mitjà de comissió brutal com és plantejar determinades exigències a canvi de no suïcidar-se, pot no tenir rellevància comminatòria, perquè a pesar de la seva intensitat no restringeix la llibertat de la persona comminada (a través de la por o del temor incompatibles amb el seu efectiu exercici), sinó que només procura una moral influència a través dels sentiments de compassió o llàstima (i fins i tot de culpa pròpia) l'eliminació dels quals no està en l'àmbit de la protecció de la norma penal de les coaccions, segons va considerar la STS (Sala 2a) de 3 de març de 2011.

En resum, i com assenyala la STS (Sala 2a) de 27 de desembre de 2013, la gravetat de l'acció coactiva no depèn només de la intensitat de la violència desplegada (poca o molta), sinó també de la repercussió o incidència en la llibertat de decisió de la víctima, tenint en compte la personalitat dels subjectes actiu i passiu, les seves capacitats intel·lectives i els factors concurrents, ambientals, educacionals i circumstancials en els quals es desenvolupa l'acció (STS (Sala 2a) de 18 de juliol de 2002, de 3 de juliol de 2006 i de 17 de juliol de 2013), «siendo lo decisorio el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción», segons conclou la STS (Sala 2a) de 16 de març de 2006, citada expressament en la que és objecte d'aquest comentari.

V. Contenciosa administrativa

A. Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA DE 23 DE JUNY DE 2015. RECURS DE CASSACIÓ NÚM. 3117/2013. Ponent: Sr. Peces Morate. PROCEDIMENT ADMINISTRATIU. RECTIFICACIÓ D'ERROR MATERIAL EN EL PLA TERRITORIAL DE MALLORCA.

Resum dels fets: el Consell Insular de Mallorca va aprovar definitivament la Modificació núm. 2 del Pla territorial insular de Mallorca (BOIB de 4 de febrer de 2011).

Poc després, per entendre el Consell Insular que el text aprovat arrossegava un error material en la taula de la norma 6 quant a la superfície d'hectàrees per a sòl de creixements en el municipi de Campos (figuraven 2 hectàrees, quan havien de ser 21), va acordar la correcció de l'«error numèric» (BOIB de 4 de maig de 2012).

Interposat recurs contenciós administratiu, la STSJIB núm. 538 de 9 de juliol de 2013 (rec. 296/2012) va anul·lar la rectificació per considerar que no era un cas de rectificació d'error material.

La STS ara comentada, la confirma.

Fonamentació jurídica: «Debemos reiterar una vez más que la estimación del recurso contencioso-administrativo y la anulación del acuerdo impugnado ha obedecido a que, al llevar a cabo la rectificación, ha sido preciso acoger una concreta interpretación jurídica de preceptos propios del ordenamiento jurídico autonómico y desechar otra diferente, a pesar de que es doctrina jurisprudencial consolidada, perfectamente recogida y transcrita en la sentencia recurrida, la que no autoriza a utilizar el procedimiento de rectificación de errores, contemplado en el artículo 105.2 de la citada Ley 30/1992, cuando para ello sea preciso llevar a cabo interpretaciones o valoraciones jurídicas, que ha sido lo efectuado por la Administración ahora recurrente al acometer la rectificación de un error en un Plan Territorial Insular, sin que en casación, como hemos expresado en el fundamento jurídico primero, quepa discutir la interpretación que de preceptos del ordenamiento jurídico autonómico haya realizado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, y, por tanto, no es admisible invocar que dicha Sala territorial ha infringido lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil al interpretar

una norma perteneciente a ese ordenamiento autonómico, con lo que este cuarto motivo de casación también debe ser desestimado.»

Comentari: tant la Sentència de cassació com la del TSJIB que va ser objecte del recurs fan una interessant anàlisi del mecanisme de la correcció d'errors com a remei per corregir aquelles equivocacions que es descobreixen una vegada aprovada definitivament la norma de planejament o instrument d'ordenació.

Però, amb independència de la doctrina sobre la qüestió, interessa fer una reflexió sobre les dificultats que comporta la rectificació d'equivocacions —que són més que simples errors materials— quan aquestes es produeixen en una disposició de caràcter general. El TSJIB havia mantingut la possibilitat d'interposar recurs d'alçada contra l'acord de la Comissió Insular d'Urbanisme que aprovava definitivament els plans, la qual cosa era un instrument eficaç per corregir aquelles equivocacions no advertides al seu moment, però, tancada aquesta opció (veure STS de 8 de març de 2011, en el recurs núm. 507/2007, comentat en la crònica de Jurisprudència del núm. 10 de la *Revista Jurídica de les Illes Balears*), sens dubte en el futur es produiran amb freqüència situacions com la que motiva la Sentència comentada. És a dir, errors que, per haver estat inclosos en una part tècnica i complexa de l'urbanisme, no són comprensibles sense una interpretació jurídica, la qual cosa fa difícil que passin com a simples errors materials.

2. SENTÈNCIA DE 21 DE DESEMBRE DE 2015. RECURS DE CASSACIÓ NÚM. 2229/2014. Ponent: Sr. Trillo Alonso. EXPROPIACIÓ FORÇOSA. JUSTIPREU. SÒL CLASSIFICAT COM A URBÀ PERÒ EN SITUACIÓ BÀSICA DE SÒL RURAL.

Resum dels fets: fixat el preu just en l'expropiació d'uns terrenys per ministeri de la Llei (art. 69 TRLS/76), es va fixar el que resultava de la classificació formal dels terrenys (sòl urbà).

El TS, corregint el criteri de la STSJIB, diu que essent aplicable la Llei de sòl 8/2007, de 28 de maig, la valoració ha de realitzar-se conforme a la situació bàsica del sòl que, en el cas, el TS considera que seria rural.

Fonamentació jurídica: «Los informes emitidos a instancia de la mercantil expropiada por los arquitectos Don C. y Sr. C. tampoco justifican la situación del suelo como urbanizado. Decir el primero que la finca afectada "... dispone de servicios y equipamientos necesarios, propios de suelo urbano", sin un mínimo apoyo documental, pues sin duda no lo es la planimetría adjunta, se aleja de lo que debe ser un dictamen pericial, cuyo interés a efectos judiciales no viene dado por sus conclusiones y sí por los datos técnicos que con el debido rigor facilita. Decir el segundo, bajo el epígrafe "Clasificación Urbanística" que "... se trata de suelo urbano", supone ignorar que no es la clasificación y sí la situación derivada de la dotación de servicios urbanísticos o de la posibilidad de contar con ellos lo que determina la situación de urbanizado o de rural.

Significar además que los indicados técnicos, en trámite de aclaraciones, se manifiestan vagamente y con una absoluta falta de rigor técnico.

Por su parte, el informe emitido por la arquitecta Doña. D. a instancia del Ayuntamiento, junto con las aclaraciones, sí contiene, con suficiente justificación, la conclusión de que la finca expropiada no está dotada de los servicios urbanísticos propios del suelo urbano ni puede contar con ellos mediante obras de mera conexión, lo que en cierta medida se corrobora con la observación de la planimetría y las fotografías aportadas.

Pues bien, a la vista de la prueba practicada, la convicción alcanzada por esta Sala es que la situación en que se encuentra la finca expropiada es la de suelo rural.

Siendo ello así, en aplicación del artículo 23 de la Ley, los terrenos deberán tasarse por el método de capitalización de la renta anual real o potencial, la que sea superior, con un incremento en el doble del precio resultante, en consideración a la colindancia de la finca con el núcleo urbano antiguo, precio cuya determinación habría de posponerse para ejecución de sentencia ante la ausencia de elementos probatorios que permitieran ahora su concreción, pues no puede compartirse el informe de la Sra. D., quien si bien refiere una valoración en atención al destino agrícola, no solo se ajusta a la normativa aplicable sino que, además, carece absolutamente de toda justificación documental.»

Comentari: segons la Llei 6/1998, de 13 d'abril, sobre règim del sòl i valoracions, el criteri general de valoració (art. 25) era que el sòl es valorava segons la seva classe i situació, per la qual cosa el sòl classificat com a urbà es valorava com a tal amb independència de la quantitat i qualitat dels serveis urbanístics.

Amb la Llei de sòl 8/2007 (ara RDLEG 7/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de sòl i rehabilitació urbana) es valora el sòl atenent a si es troba en situació bàsica de sòl rural o en situació bàsica de sòl urbanitzat, amb independència de la seva classificació formal. Si, com en el cas comentat, el sòl destinat a espai lliure públic (zona verda) estava classificat com a urbà, però no està dotat de tots els serveis urbanístics propis del sòl urbà ni pot comptar amb ells mitjançant obres de mera connexió, es valora com a sòl en situació bàsica de sòl rural.

La situació anterior (valoració conforme a la classificació) podia donar lloc a injusts sobrepreus en sòl que, per falta de la completa dotació dels serveis, es valorava com si disposés dels mateixos. Però el criteri actual, en el qual l'expropiat s'ho juga a tot (valoració com a sòl urbanitzat) o res (valoració com a sòl rural), sense possible valoració intermèdia, pot portar a solucions injustes. Perquè no sembla molt just que el propietari d'una parcel·la de sòl classificat com a urbà destinada a zona verda pública i a la qual li falta algun dels serveis urbanístics, se li expropiï a valor de sòl rural mentre els altres propietaris de les parcel·les adjacents (sòl urbà) consumeixen tots els aprofitaments lucratius. No és solució que respecti la equidistribució de beneficis i càrregues.

Penseu en la contradicció que suposa la solució aplicada al cas amb la doctrina del TS respecte a l'expropiació de terrenys destinats a sistemes generals «per crear ciutat» en els quals malgrat tractar-se de sòls classificats com a rústics es valoraven com a urbanitzables. El criteri que fonamentava l'anterior doctrina era que el preu just havia d'ajustar-se al valor real dels terrenys. Doncs bé, en el nostre cas ens trobem amb un sòl que indiscutiblement es destinarà a crear ciutat, però se li fixa preu just de sòl rústic, la qual cosa sens dubte no es correspon amb el valor real, si s'atén al fet que als terrenys adjacents —que per igual els falten alguns serveis urbanístics— se'ls concedeix llicència d'edificació i gaudeixen del ple aprofitament lucratiu.

Si la mateixa parcel·la del cas en lloc d'expropiar-se s'integrés en règim de equidistribució de beneficis i càrregues per completar la urbanització, se li valoraria conforme a l'art. 40 del RDLEG 7/2015, és a dir, com a sòl urbanitzat descomptant les despeses d'urbanització pendents. Però, si s'expropia l'Administració gaudirà del privilegi d'adquirir-la a valor de sòl rústic.

Una altra contradicció: si un sòl classificat com a urbà però al que li falten alguns serveis es desclassifica, el propietari que va complir amb tots els seus deures en termini tendrà dret a la indemnització de l'art. 39.2 del RDL 7/2015, de

30 d'octubre; però si el mateix sòl, en lloc d'operar-se desclassificació, s'expropia, se li donarà un preu just notablement inferior, al valorar-se la seva parcel·la com a sòl rural. En el primer cas, a més d'obtenir una quantitat econòmica molt superior, mantendrà la propietat del sòl, la qual cosa no ocorre en el segon cas. És a dir, solucions del tot contradictòries.

La solució hauria de girar entorn a una aplicació de l'art. 37.1.c) del RDLEG 7/2015, de 30 d'octubre, que, per a la valoració del sòl urbanitzat, ja preveu el possible descompte del valor dels deures i càrregues pendents, el que suposa que s'inclouen com a sòl urbanitzat aquells sòls als quals els hi falta el compliment d'algunes obres d'urbanització. És a dir, per al cas comentat, es valoraria com a sòl urbanitzat però reduint el seu valor en atenció a las càrregues pendents.

Així doncs, haurà d'estar-se a la consolidació dels criteris jurisprudencials.

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 136, DE 3 DE MARÇ DE 2015. RECURS D'APEL·LACIÓ NÚM. 132/2015. Ponent: Sra. Frigola Castillón. URBANISME. DISCIPLINA. DEMOLICIÓ. CRITERI DE PROPORCIONALITAT I EXECUCIÓ DE SENTÈNCIA.

Resum dels fets: declarada la nul·litat d'una llicència urbanística amb la qual es va construir un edifici d'habitatges en el casc urbà envaint 11,70 m^2 de vial públic, l'Ajuntament, per evitar la traumàtica demolició d'aquests 11,70 m^2 que sostenen l'edifici, ha optat per una successió d'actuacions per tal de no executar la Sentència.

Inicialment, l'Ajuntament va intentar desafectar els 11,70 m^2 de vial públic argumentant per a això criteris d'oportunitat i legalitat, doncs l'edificació estava ja totalment finalitzada. No obstant l'anterior, els tribunals varen declarar la nul·litat d'aquesta desafectació.

Després, l'Ajuntament va concedir llicència al projecte de modificació, també per mantenir l'ocupació del vial, la qual cosa novament va ser anul·lada per la Sala.

En fase d'execució de la Sentència que anul·la la llicència i ordena la demolició, l'Ajuntament es resisteix a tota resolució judicial per fer efectiu el compliment de la

Sentència, sempre invocant la desproporció que suposa la demolició enfront dels lleus perjudicis que causa a l'interès públic la invasió d'uns pocs metres de vial públic.

Fonamentació jurídica: «TERCERO: Ciertamente tanto la representación de C. A., S.L. como el Ayuntamiento de A. en su apelación, entienden que la medida de ejecución de la demolición parcial del edifico constituye una vulneración del principio de proporcionalidad. El Ayuntamiento expone los actos que ha venido ejecutando con anterioridad y posterioridad al dictado del Auto apelado. Explica que la medida afecta a la estructura del edificio y supone un coste desproporcionado para las arcas públicas que calcula en 528.603 euros. Y frente a ello los intereses generales no resultan perjudicados ya que no afecta al tráfico viario.

Ya se ha dicho que la edificación invade el vial público en un total de 11'70 m^2, y sobre esa superficie se ha levantado un edificio que alberga 12 viviendas todas habitadas, dos estudios y garajes.

Edificar contraviniendo la normativa urbanística solamente puede llevar al efecto de la restauración de la legalidad que, en este caso pasaría por demoler parte del edificio, esto es, la parte que se ha edificado sobre esos 11'70 m^2 que invaden el vial público. Y se considera que esa demolición parcial constituye una solución técnica compleja a nivel de forjados y de estructura del edificio, pues afecta a la cimentación del muro perimetral de las dos fachadas del edificio; afecta a once pilares y a su cimentación, afecta al círculo perimetral de hormigón armado que une los once pilares, a las vigas planas que unen esos once pilares, y afecta a parte de los forjados reticulares de todas las plantas de la edificación.

Aun y así y consciente la Sala de la dificultad que comporta esa restauración de la legalidad, aun y así, decíamos, no es posible dejar de ejecutar una sentencia firme que ha declarado y resuelto que la edificación invade un vial público. Y sea mucho o poco lo que ha sido objeto de construcción ilegal y causa de la anulación de la licencia, es preciso que "lo ilegal" sea repuesto y devuelto a la legalidad del planeamiento infringido. Y habrá que buscar la solución técnica constructiva más ajustada que adecue la realidad infringida y asegure la estabilidad del edificio.

En definitiva, esa dificultad técnica para armonizar la legalidad con la construcción edificada, no es causa de inejecución de la sentencia. […]

[…]

No se trata pues una cuestión de proporcionalidad de ejecución de una sentencia de demolición por ser más o menos costosa o gravosa la ejecución del fallo. La

ilegalidad urbanística es la que es, y proclama la sentencia firme, y una de dos, o la sentencia deviene imposible de ejecutar, y ello ha de articularse conforme a lo establecido en la Ley Jurisdiccional en su artículo 105-2 en los términos y plazos en dicho artículo contemplados, o no es imposible de ejecutar, y ha de llevarse a efecto en sus estrictos términos, sea o no gravosa su ejecución. No es posible que en un estado de derecho se permita obviar ni eludir situaciones infractoras manifiestas de la legalidad urbanística, por mucho que estas sean grandes o pequeñas, fáciles de solucionar o técnicamente complejas y costosas, como al parecer ocurre en este caso. Lo cierto es que la legalidad urbanística infringida y constatada en un pronunciamiento jurisdiccional firme ha de ser restaurada».

Comentari: a l'execució de sentències que comporten demolició d'obres sempre es segueix un mateix patró: si la demolició deriva d'il·legalitat comesa pel propietari, les administracions públiques faciliten aquesta execució que es duu a terme sense dificultat alguna i sense importar els perjudicis que comportin al propietari infractor. Però si la demolició deriva d'una il·legalitat comesa per l'administració pública que va concedir la llicència que no hauria d'haver donat, llavors l'execució de la sentència s'enfronta a la resistència continuada de l'administració que la va atorgar.

Aquesta oposició a la demolició no deriva de dificultats tècniques o constructives, sinó de les conseqüències econòmiques que per a l'administració suposa el reparar el seu error. Des de la perspectiva municipal, es considera que per als interessos públics és millor mantenir les obres il·legals que no demolir-les i indemnitzar el propietari de bona fe que va construir confiat en la llicència concedida. Per això s'invoca davant els tribunals el principi de proporcionalitat.

En el cas comentat, l'Ajuntament va considerar que la solució al problema derivat d'una edificació que ocupa la via pública no era la de demolir la part de l'obra que l'envaïa, sinó la de desafectar el terreny envaït i incorporar-lo a l'edificació. Però la Sentència diu que llevat que concorri un supòsit d'impossibilitat material o legal d'executar la sentència (art. 105.2 LRJCA), no pot impedir-se l'execució de la sentència per raons de suposada proporcionalitat, doncs ja veiem que les dificultats de l'execució per a l'Ajuntament, són de simple ordre econòmic.

El mateix dilema s'aprecia en la STSJIB núm. 319, de 6 de maig de 2015 (rec. 400/2011) en la qual es declara la nul·litat d'una modificació del PGOU de Llucmajor

que suprimeix una norma de reculada per legalitzar així un col·legi públic ja construït que no la respectava. La demolició parcial d'un col·legi públic perquè una de les seves façanes no respecta la reculada certament afecta els interessos generals, però com diu aquesta Sentència, més els afecta que la conseqüència sigui la de no reparar actuacions il·legals. Dèiem que «No puede confundirse la necesidad de que las disposiciones urbanísticas satisfagan el interés general con la insinuación de que, en el caso, el interés general sólo se satisface si se permite una Modificación que evite una demolición parcial de un colegio público, con el quebranto económico y social que ello comporta. La contrariedad a los intereses generales se presenta cuando una obra proyectada y construida al margen del planeamiento entonces vigente, condicione el que se ha de aprobar con posterioridad, alterando los racionales y coherentes parámetros urbanísticos de la zona.»

Els òrgans judicials no són insensibles a les conseqüències traumàtiques de certes demolicions, però una vegada que se comença el camí d'eludir l'execució de les sentències per raons d'oportunitat, no fan falta el tribunals de justícia.

2. SENTÈNCIA NÚM. 381, DE 3 DE JUNY DE 2015. RECURS D'APEL·LACIÓ NÚM. 80/2015. PONENT: Sr. Socías Fuster. URBANISME. DISCIPLINA. CADUCITAT O PRESCRIPCIÓ DE L'ORDRE DE DEMOLICIÓ. CANVI DE DOCTRINA.

Resum dels fets: en data 22 d'abril de 1993 l'Ajuntament de Palma ordenà a un propietari la demolició de determinades obres il·legals però no va fer res més fins que el 26 de març de 2013 (gairebé 20 anys després) acordà començar de nou el procediment d'execució subsidiària per a la demolició d'aquelles obres.

El propietari va recórrer invocant la prescripció de l'acció per executar l'ordre de demolició o la caducitat d'aquesta.

El Jutjat li va donar la raó i la Sala, rectificant el criteri mantingut en sentències anteriors, entén que l'ordre de demolició sí està subjecta a termini d'eficàcia. Concretament a un termini de 15 anys.

Fonamentació jurídica: «Pues bien, entendemos que el mencionado criterio lo debemos rectificar por otro más acorde con doctrina del Tribunal Supremo que si bien ya se había apuntado en una antigua sentencia de 5 de junio de 1987, dicha doctrina se ha consolidado por otras posteriores como la de 25 de marzo de 2002 (rec. 1017/1999).

En particular, las sentencias del TS de 25 de noviembre de 2009 (rec. 6237/2007) y 29 de diciembre de 2010 (rec. 500/2008), en relación al plazo de caducidad de la acción para instar la ejecución de una sentencia firme que acordaba la demolición de una obra, indican que debe estarse al plazo general de 15 años del Código Civil, por lo que es evidente que carece de sentido mantener que la orden de demolición acordada por la Administración no esté sujeta a plazo de eficacia, mientras que sí lo esté la que emana de órgano jurisdiccional.

Son los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3º de la CE) los que motivan que a falta de legislación específica al respecto (la norma urbanística autonómica o subsidiaria estatal) o a falta de norma reguladora del procedimiento administrativo general, se acuda en último término al plazo de prescripción de los quince años que, para las obligaciones personales, establece el art. 1.964 del Código Civil. Es decir, el destinatario de la orden de demolición tiene obligación de cumplirla durante al menos 15 años y la inactividad de la Administración durante este plazo, no realizando actuaciones tendentes a exigir dicho cumplimiento, provoca la extinción de la obligación del que recibió la orden.

Queda así rectificada la doctrina mantenida por esta Sala en las sentencias antes mencionadas.»

Comentari: la Sentència té la seva importància quan suposa un canvi de doctrina de la Sala que fins llavors considerava que una ordre de demolició dictada per l'Administració no perdia eficàcia pel transcurs del temps. És cert que no hi ha cap precepte normatiu que estableixi termini de caducitat o prescripció específic per a les ordres d'execució administratives, però no admetre l'extinció dels seus efectes condueix a una insofrible contradicció pel que fa a les ordres de demolició procedents dels òrgans judicials que, de conformitat amb les sentències del TS abans esmentades, sí estan subjectes a termini.

3. SENTÈNCIA NÚM. 451, DE 29 DE JUNY DE 2015. RECURS NÚM. 269/2014. PONENT: Sra. Ortuño Rodríguez. ORDENANCES MUNICIPALS DE RENOUS I LIMITACIÓ D'HORARI PER A CONSTRUCCIONS A L'ESTIU.

Resum dels fets: una associació de constructors recorre una ordenança municipal de protecció del medi ambient de l'Ajuntament de Calvià que, en determinades zones de gran afluència turística i a l'estiu, restringeix al mínim (2,5 hores al dia dels laborables) la possibilitat d'executar obres que produeixen renous o vibracions molestes de difícil o impossible correcció.

L'associació recurrent invoca que en interès d'un sector econòmic (el turisme) es restringeix desproporcionadament l'exercici en un altre (la construcció) que durant 6 mesos a l'any no pot iniciar obres d'edificació.

La Sentència permet la limitació horària per a determinades actuacions constructives.

Fonamentació jurídica: «El artículo 23.8 no vulnera el artículo 48.1 de la Ley Balear 1/2007, en cuanto este precepto permite la limitación de horario, no de cualquier actividad de obras y construcciones en la vía pública, sino sólo respecto de actuaciones especialmente ruidosas, definidas como aquellas obras en las que se utilice cierta maquinaria cuyo nivel de emisión sonora puede superar los límites establecidos, para una época del año, que se califica como estival (del 1 de mayo al 31 de octubre) y en ciertas zonas del municipio ubicadas en el perímetro declarado como "de gran afluencia turística".

Esta limitación de horario de 10.30 a 13 horas de lunes a viernes para el empleo de la maquinaria mencionada, si bien supone una notable restricción de las horas en las que se puede hacer uso de estas herramientas, sin embargo no implica una prohibición del uso de las mismas, interdicción que sí vulneraría el artículo 6 del Real Decreto 212/2002 y el artículo 9.4 de la Ley Balear 1/2007.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 27 de noviembre de 2009 ha bendecido el establecimiento de este tipo de limitaciones en Ordenanzas municipales, confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2005, en relación con la Ordenanza de Calpe

sobre protección del medio ambiente urbano contra la emisión de ruidos y vibraciones en el término municipal.»

Comentari: la Sentència realitza una detallada anàlisi de les competències municipals per a la imposició de limitacions horàries a les activitats de construcció que generin renous molests. És important quan modifica parcialment el criteri d'una anterior de la mateixa Sala (núm. 280/2012, de 17 d'abril) que va considerar contrària als art. 9 i 48 de la Llei balear 1/2007 la prohibició en període d'estiu i a qualsevol hora d'obres «que requereixin l'ús de mitjans mecànics, eines de treball i/o maquinària que per les seves característiques produeixin efectes sonors, vibracions o pols i que ocasionin molèsties o perills de difícil o impossible correcció, tals com a martells pneumàtics, compressors, picadores, radials, serres mecàniques, etc.».

En definitiva, s'estima conforme a dret l'establiment d'una limitació horària, i més quan el TS en la Sentència esmentada de 27 de novembre de 2009 admet fins i tot la prohibició absoluta durant els mesos d'estiu d'aquelles obres més molestes (fonaments amb maquinària pesada) al contrari del que havíem dit en la nostra Sentència núm. 280/2012, de 17 d'abril.

4. SENTÈNCIA NÚM. 588, DE 7 D'OCTUBRE DE 2015. RECURS NÚM. 338/2013. Ponent: Sr. Socías Fuster. FUNCIÓ PÚBLICA. JUBILACIÓ FORÇOSA. DRET A MANTENIR-SE EN SERVEI ACTIU I RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ADMINISTRACIÓ.

Resum dels fets: un funcionari de la Comunitat Autònoma de Illes Balears amb més de 65 anys, i al que l'Administració li havia reconegut la prolongació de la seva permanència en el servei actiu, es veu obligat a jubilar-se abans d'arribar als 70 anys, en aplicació del Decret llei balear 5/2012, d'1 de juny. Aquest Decret llei estableix que les autoritzacions de prolongació ja concedides s'entenen que ho són per anualitats, per la qual cosa a partir de la seva entrada en vigor i una vegada finalitzat el període de prolongació anual en curs, la jubilació esdevé obligatòria.

El recurrent —a diferència d'altres supòsits similars— no discuteix la constitucionalitat de la mesura, però considera que tenia un dret consolidat a jubilar-se als 70 anys, de manera que l'alteració legislativa en el règim de prolongació en el

servei actiu i conseqüent jubilació abans de l'esmentada edat, li causa uns perjudicis que han de ser indemnitzats pel legislador.

La Sentència rebutja el dret a la indemnització pretesa.

Fonamentació jurídica: «Es cierto que, para el recurrente, la normativa administrativa vigente al momento de autorizarle la prolongación en el servicio activo (Resolución de la Secretaría de Estado de 31 de diciembre de 1996) situaba el fin de la prolongación en la fecha del cumplimiento de los 70 años o en el momento en que el funcionario solicitase poner fin a la prolongación en el servicio activo, pero lo relevante es que dicha norma, por lo arriba expuesto, no concedía un derecho, sino una simple expectativa condicionada a la no alteración del régimen jurídico.

El recurrente considera que el legislador podía —de futuro— rebajar la edad máxima de prolongación en el servicio, pero no para los funcionarios que se encontraban en situación de prolongación ya concedida. Pero a nuestros efectos, la consecuencia jurídica es la misma en el supuesto de alteración legislativa que rebaja la edad de jubilación y frustra las expectativas del funcionario confiado en la pervivencia del régimen anterior, con la situación de alteración legislativa que igualmente rebaja la edad máxima de prolongación en el servicio activo.

El art. 67,3º de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante EBEP), ya indica que la prolongación de la permanencia en el servicio activo hasta el máximo de los 70 años, lo será "en los términos de las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto", por lo que lo indicado en aquella Resolución de 1996 debe ceder ante dichas leyes posteriores que, como analizaremos, permiten alterar el régimen estatutario de la jubilación sin que ello suponga vulneración de inexistentes derechos adquiridos.

[…]

En cuanto a la posibilidad de que esa modificación causara un perjuicio económico a la parte susceptible de ser resarcido económicamente por la vía de la responsabilidad patrimonial, como aquí expone la parte y por ello así lo reclama, ya ha sido también tratado de forma reiterada y constante por el TS en sentencias por todas de 12 de septiembre de 2003 (recurso 129/2002) y 1 de julio de 2003 (recurso 19/2002) desechando tal posibilidad, precisamente por tratarse de meras expectativas del funcionario, y no otra cosa es haber tenido reconocido la prolongación de funciones una vez hubiera cumplido la edad legal de 65 años, expectativas que han de armonizarse con la aplicación de la ley vigente, que en este

caso y en atención a lo establecido en el Decreto-Ley CAIB nº 5/2012 imposibilita dicha prolongación del servicio activo excepto en los tres casos que contempla el artículo 9-1 de dicho Decreto.

En este sentido hay que recordar la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su sentencia número 42/1986, de 10 abril (LA LEY 563-TC/1986) cuando manifiesta que "... lo que se prohíbe en el artículo 9.3 es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna obligación, hayan de recibir". Por lo que la prohibición de la retroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados a las expectativas, que es lo que ocurre con la eventualidad de que la prolongación en el servicio activo que se disfruta, se extienda hasta determinado momento.

En definitiva, examinado el art. 9 del DL CAIB 5/2012 desde todas sus vertientes, no se advierte que con la misma se menoscabe derecho alguno del recurrente, que merezca ser indemnizado. Sencillamente porque no tenía derecho a que la prolongación en el servicio activo de la que disfrutaba, se extendiese hasta los 70 años.»

Comentari: diverses sentències recents del TSJIB tracten els efectes del cessament d'una prolongació en el servei actiu a qui ja se li havia reconegut aquesta prolongació en aconseguir-se l'edat dels 65 anys. Especialment, amb relació al personal estatutari dels serveis de salut (vegeu la Sentencia núm. 1/2015, de 14 de gener en el recurs núm. 418/2013). La problemàtica sorgeix d'una línia de jurisprudència no massa clara ja que primer el TS reconeixia la pròrroga en el servei actiu com un dret subjectiu del funcionari, encara que matisés que era un dret condicionat a les necessitats organitzatives (vegeu la STS de 10 de març de 2010 en rec. 18/2008). Després (STS de 9 d'octubre de 2014 en recurs núm. 1754/2013) ja indica que «El Art. 26.2 de la Ley 55/2003 no establece un derecho a la prórroga en el servicio hasta los 70 años».

Si es configurés la pròrroga en el servei actiu com un dret del funcionari, la norma posterior que limités aquest dret consolidat i reconegut, seria una norma restrictiva de drets que comportaria dret a indemnització, però el TSJIB aplica com a

criteri rector en tota la problemàtica la idea que la jubilació forçosa als 65 anys és la regla general i la pròrroga en el servei actiu és l'excepció (seguint el que diu l'Interlocutòria del TC núm. 85/2013, de 23 d'abril). Descartat que la pròrroga sigui un dret, i essent per tant una excepció, la seva retallada en la prolongació excepcional en el servei actiu no genera lesió indemnitzable.

Qui ingressa a la funció pública en un moment en el qual la norma preveu una concreta edat de jubilació (ara 65 anys) no té dret a exigir que aquesta previsió quedi congelada fins que aconsegueixi aquesta edat. Per tant, és perfectament possible que abans d'arribar a la jubilació se li apliqui una nova norma que allargui o escurci l'edat de jubilació i el funcionari no pot reclamar el dret a jubilar-se a la data fixada al moment en què va entrar a la funció pública. Per la mateixa raó, tampoc a qui als 65 anys se li autoritza (excepció) la pròrroga en el servei actiu té dret al fet que aquesta pròrroga es mantingui fins a l'edat prevista en la norma vigent al temps en què se li va donar la pròrroga. La raó d'això és que no tenia un dret consolidat a mantenir la pròrroga fins a una determinada edat, sinó una simple expectativa en què la norma no s'alteraria i amb això se li permetria continuar fins a determinada edat. Configurada com a simple expectativa, l'anticipació de l'edat de jubilació constitueix legítima modificació del règim estatutari que no produeix a l'afectat una lesió que hagi de ser indemnitzada.

Al marge del règim de la responsabilitat patrimonial, certament s'haurà d'estar atent a la jurisprudència del TS en matèria de permanència en el servei actiu del personal estatutari dels serveis de salut ja que podria corregir el criteri d'aquest TSJIB expressat en la Sentència núm. 1/2015, de 14 de gener. Vegeu les posteriors sentències del TS de 15 de juliol de 2015 (rec. 1729/2014) i de 30 d'octubre de 2015 (rec. 2550/2014) que, en la pràctica, converteix la pròrroga en la regla general i la seva limitació haurà de ser motivada, de tal manera que la falta de motivació en la denegació de la pròrroga arrossega el dret a gaudir-la.

VI. Laboral

A. Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA NÚM. 5654/2015, DE 24 DE NOVEMBRE, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ ORDINARI NÚM. 154/2015. Ponent: Sr. Salinas Molina. ACOMIADAMENT COL·LECTIU. TERMINI D'EXECUCIÓ INDIVIDUALITZADA DE LES EXTINCIONS CONTRACTUALS DERIVADES DE LA DECISIÓ COL·LECTIVA. UNA PROLONGACIÓ DE LES MESURES EXTINTIVES, FINS I TOT DURANT ANYS VENIDORS, NO IMPLICA (NECESSÀRIAMENT) UNA DISRUPCIÓ RADICAL DE LA RELACIÓ EXIGIBLE ENTRE LA PERSISTÈNCIA DE LA CAUSA ACTUAL I L'EXECUCIÓ DE LA MESURA (EN EL TEMPS, DIFERIDA), TOT I QUE LA VALORACIÓ ÉS CONTINGENT. I EN QUALSEVOL CAS, LA CAUSALITAT DE LA MESURA POSTERGADA HA DE VIGIR I RESULTAR DEMOSTRADA.

Resum dels fets: la companyia de transport aeri I., amb el concurs i consens dels sindicats majoritaris dominants a la companyia, ha formulat expedient d'acomiadament col·lectiu, el qual presenta com una característica determinant que la pròpia companyia procedirà a utilitzar la facultat conferida en virtut de l'Acord amb la majoria sindical d'extingir 1.427 places laborals en el decurs dels anys 2013 a 2015, substancialment oferint baixes voluntàries incentivades, i una volta assolits —o no— determinats estàndards d'acceptació de la baixa incentivada, procedir amb posterioritat a executar acomiadaments obligats involuntaris. Deixant de banda altres motivacions que ja no vénen al cas, entre els recursos que formulen els sindicats dissidents davant l'Audiència Nacional, a la Sala Social prospera la tesi consistent que la Sala d'instància comparteix que el període d'execució (tres anys) és massa llarg, dilació executiva que permet diluir la peremptorietat i «actualització» a benefici d'un criteri patronal que estaria contrastat amb el manteniment d'una situació crítica insostenible, per impossibilitat d'albirar si en el futur de tres anys el mercat del transport aeri evolucionaria a millor, i en tot cas si l'acompliment fragmentari de l'objectiu d'extingir una part significativa dels contractes laborals —en fases

primerenques— fos susceptible de millorar la perspectiva de rendibilitat en el futur més immediat o a mig termini. La companyia, que formula recurs de cassació ordinari, serà recolzada pel TS, que declara la legalitat de les extincions a tres anys vista, amb el raonament, aparentment contradictori, que ara veurem.

Fonamentació jurídica: «SEXTO. [...] 2.- Ciertamente el plazo de ejecución de un acuerdo alcanzado en el periodo de consultas en un despido colectivo que se extiende prácticamente durante tres años y medio a partir de haberse alcanzado dicho pacto resulta objetivamente excesivo y alejado del principio básico de que la causa que justifique el despido debe concurrir en el momento en el que este tenga efecto, pues de otra manera cuando éste se produjera ya no existiría su posible causa habilitante y en nuestro ordenamiento jurídico, integrado especialmente en este punto por los Convenios de la OIT (Convenio nº 158), por la Carta Social Europea y la normativa de la Unión Europea (arts. 10.2, 93.1 y 96.1 CE), el despido debe ser causal e incluso para determinar la existencia de despidos colectivos se fijan unos períodos temporales de referencia, y, además, "a los Tribunales corresponde emitir un juicio no sólo sobre la existencia y legalidad de la causa alegada, sino también acerca de la razonable adecuación entre la causa acreditativa y le medida acordada" (entre otras muchas, SSTS/IV 27-enero-2014 -rco 100/2013, 23-septiembre-2014 –rco 231/2013 Pleno). […]

[…]

5.- En el caso ahora enjuiciado, cabe entender —dada además la mayor fuerza probatoria que a la existencia de los datos fácticos en que se sustentan las causas motivadoras de los despidos se viene otorgando por esta Sala cuando existen acuerdos alcanzados entre la empresa y la representación de los trabajadores (entre otras, SSTS/IV 25-junio-2014 –rco 165/2013 Pleno y 24-febrero-2015 –rco 165/2014 Pleno, sobre el valor reforzado de la existencia de un Acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores cuando judicialmente se cuestiona la concurrencia de las causas del despido colectivo)—, que la causa que justifica el despido colectivo acordado se ha contemplado por los negociadores que va a perdurar durante toda la larga vigencia pactada de aplicación del Acuerdo y de ser realmente así no se vulneraría el indiscutido principio de actualidad. No constan en los inalterados hechos declarados probados datos de los que pudiera deducirse que la situación empresarial vaya a mejorar de forma trascendente durante el período pactado, lo que obligaría, en su caso, a dejarlo, en todo o en parte, sin efecto, y, por

el contrario sí que consta acreditado en el HP 10º que «Hasta el 14-11-2014 609 trabajadores habían solicitado su prejubilación y 85 su baja incentivada, sobre los 1427 trabajadores, cuyos contratos podrían extinguirse como consecuencia del despido», lo que obliga a entender que, con esa escasa proporción de extinciones contractuales transcurrido ya más de un año de vigencia aplicativa del Acuerdo respecto a las previstas, la situación empresarial no ha variado sustancialmente de manera que en dicha fecha pudiera entenderse que no tendrían causa los despidos ulteriores a la misma. Por lo que, en definitiva, en el presente caso no existe base para entender que la prolongación del periodo de ejecución de las medidas extintivas hasta el 31-12-2017 quiebre radicalmente la relación entre la actualización de la causa y la ejecución de la medida.»

Comentari: la STS resulta altament preocupant, en opinió del comentarista. Com totes les sentències en matèria d'impugnació d'acomiadament col·lectiu fou deliberada per la Sala en Ple (de conformitat amb un acord no jurisdiccional que la Sala de Cassació observa escrupolosament). Sobrenedant la clàssica distinció entre «jurisprudència de conceptes» i «jurisprudència d'interessos», la Sala elabora una teoria, no massa convincent, de jurisprudència «d'interessos per vaticini», (declaradament no és «de conceptes», tampoc d'«interessos» protegibles contrastats alhora de l'acord, més aviat es tracta de jurisprudència «de les entelèquies» implicades en la realització d'un disseny, i avaluades en la mesura que el propi disseny vaticinat —passat un cert temps— es demostraria en part positivitat pels fets que el Tribunal analitza amb inseguretat pregona —abunden expressions aleatòries del tipus : «[...] se ha contemplado por los negociadores que [la causa] va a perdurar [...] y de ser realmente así no se vulneraría [...]» obligaria «a entender que, con esa proporción de extinciones transcurrido ya más de un año de vigencia aplicativa» (per cert, l'«escasa proporción», quan només ha cursat un terç de temps és, de fet, la meitat dels 1.427 treballadors), «[...] la situación empresarial no ha variado sustancialmente» per entendre que «no tendrían causa los despidos ulteriores. [...] en el presente caso no existe base»—, de tal volta que la puresa de concepte i la vàlua dels interessos quedarà demostrada, o no, per la beatitud, o no, de la seva aplicació en el temps futur emmotllada a l'evolució positiva de supòsit. No s'entén com encaixa això en un sistema legal d'*Ius cogens.* D'aquesta manera, com si fos un contracte individual, que el Cc permet interpretar per l'evolució de fet posterior a la seva signatura (art. 1282 Cc) la correcció jurídica de la decisió (extinció massiva de contractes de treballadors) serà

avalada, o no, pel motllo discursiu «que demostri» la prudència de la mesura, a la vista del curs prudent de la seva execució. Resulta evident que, un cop dictada resolució judicial ferma que avali el contingut, l'execució de l'Acord a mercè de l'empresa «catalitzarà», i tal volta afavorirà, una execució de l'acord encara pendent, arbitrària o separada de la cautela observada abans, «previnguda», sense haver obtingut (encara) pronunciament judicial avalador. La contradicció que s'observa entre els dos raonaments transcrits, del mateix Fonament sisè, ens força a considerar que el Tribunal sentenciador és bastant conscient de la poca solidesa de la tesi, subjecta a tanta volatilitat casuística que no permet instituir una noció jurisprudencial aclarida ni escodrinyar una pauta hermenèutica prou indicativa per a navegants.

2. SENTÈNCIA NÚM. 3272/2015, DE 24 D'ABRIL, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ ORDINARI NÚM. 90/2014. Ponent: Sr. Souto Prieto. CONSELLERIA DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA. OBLIGACIÓ DE REALITZAR LES CONTRACTACIONS TEMPORALS DELS TREBALLADORS INSCRITS EN LES BORSES DE TREBALL, TOT SEGUINT L'ORDRE ESTABLERT SEGONS LA PUNTUACIÓ, COM ESTÀ DEFINIT EN EL CONVENI COL·LECTIU PER AL PERSONAL LABORAL.

Resum dels fets: un sindicat majorment representatiu a la Comunitat de Madrid formula demanda davant del seu TSJ i reclama a la corresponent súplica que sigui declarada la validesa de la borsa de treball per a personal laboral temporal de la Conselleria d'Educació de la Comunitat de Madrid, que la Comunitat sigui condemnada a fer efectives totes les crides dels treballadors inscrits per rigorós ordre de puntuació, que siguin formalitzades les contractacions temporals en funció de l'ordre de prelació assenyalat en la borsa i que la Comunitat resulti condemnada a anul·lar totes aquelles contractacions que havien succeït sense haver seguit el procediment previst en l'art. 19 del Conveni col·lectiu. El TSJ de Madrid estima en essència totes les pretensions. La defensa de la Comunitat consistia fonamentalment que es va «saltar» l'ordre de prelació en els casos en què determinats treballadors ja tenien acumulats 24 mesos en un termini de 30 o bé que amb les noves contractacions, en determinants casos, s'arribaria als 24 mesos crítics que donarien accés a la condició de treballadors fixos per aplicació

de l'art. 15.5 de l'Estatut dels treballadors (ET). Però la Sala d'instància li oposa que aquesta raó no supera exigències com la de l'art. 103.3 CE, el mateix art. 15.5 ET, que justament hi és per ser observat si a tal resultat ha de conduir l'aplicació del pactat en l'art. 19 del Conveni col·lectiu per al personal de la Comunitat. El TS també rebutja l'argumentació de l'Administració pública contractant en règim laboral.

Fonamentació jurídica: «QUINTO.- En el cuarto motivo, al amparo del artículo 207 e) de la LRJS entiende infringidos los artículos 103.3 de la CE, 15 ET y 19 del Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Comunidad de Madrid.

Tampoco este motivo puede ser acogido ya que, partiendo del inalterado relato histórico de la recurrida, ha quedado acreditado, que por la Comunidad de Madrid desde finales de agosto de 2013, y más concretamente desde el inicio del curso escolar 2013/2014, (Hecho Declarado Probado Segundo y Fundamento de Derecho Sexto), se están incumpliendo las bases de las Convocatorias que regulan dichas bolsas de trabajo, en cuanto al orden de llamamientos de los trabajadores que en ellas se encuentran incluidos a los efectos de formalizar las correspondientes contrataciones laborales temporales, de tal manera que están siendo contratados trabajadores de las mencionadas Bolsas sin seguir los números de orden establecidos a dichos efectos y que cada trabajador tiene asignado, así como efectuando contrataciones directas a través del Servicio de Empleo Estatal sin acudir, para la formalización de dichas contrataciones, a la correspondiente Bolsa de Empleo vigente. Frente a tal realidad, no puede ampararse una conducta unilateral de la administración empresaria en orden a incumplir las exigencias que se derivan de lo establecido en el art. 19 del Convenio, con la alegación de que de este modo podrían sobrepasarse los límites legales establecidos en el art. 15.5 del ET sobre la duración máxima de los contratos temporales, sin perjuicio de que las partes provean a la corrección de las deficiencias derivadas de la redacción del Convenio a través de los cauces de negociación que correspondan.»

Comentari: les anomenades «borses de treball» (o el seu diminutiu «borsins», si es tracta d'ocupar places que al seu torn són ja de substitució = treballadors/es eventuals que pateixen malaltia, absència justificada per embaràs, maternitat, ...) freqüentment presenten el xoc de la situació de «necessitat/oportunitat» que enfronta una administració pública amb l'exactitud i senzillesa d'un criteri legal que no és ni maximalista ni minimalista, sinó que defineix alguns límits imprescindibles que s'han de posar als abusos de la contractació temporal. Entre aquests criteris el de l'art. 15.5 ET,

redacció actual menys permissiva que la precedent, que tot i així preveu reserves a una rigidesa taxativa: «Sense perjudici del que disposen els apartats 1.a), 2 i 3, els treballadors que en un període de trenta mesos hagin estat contractats durant un termini superior a vint-i-quatre mesos, amb solució de continuïtat [...], etc. Per això, mantes vegades una administració, pesada i lenta quan es tracta d'obrir convocatòries de plaça en Oferta Pública d'Ocupació (les administracions invoquen sovint un «estat de necessitat» que en realitat transfigura una «inactivitat calculada», una desídia) vol enfrontar criteris de *potentior* persona a l'exactitud de l'*ius cogens*. El TS, reedita la seva tesi consagrada que les administracions públiques també es troben plenament sotmeses al dret social quan es tornen contractants en règim laboral.

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 362/2015, DE 2 DE DESEMBRE, DICTADA EN EL RECURS DE SUPLICACIÓ NÚM. 265/2015. Ponent: Sr. Oliver Reus. RECURS DE SUPLICACIÓ INTERPOSAT EN MATÈRIA DE SUBROGACIÓ PER EXTERNALITZACIÓ DEL SERVEI DE CAMBRERS/RES DE PISOS D'UN HOTEL DE CONFORMITAT AMB LA PREVISIÓ DE L'ARTICLE 14 DEL CONVENI COL·LECTIU D'HOSTALERIA. NO ÉS LÍCITA SENSE EL CONSENTIMENT DEL TREBALLADOR.

Resum dels fets: en data 1 de març de 2013 dues empreses, codemandades, varen subscriure un contracte en virtut del qual la segona d'elles, servidora, assoliria els serveis de neteja a les dependències de la primera, servida, tot això projectat en virtut de contracte d'«externalització de serveis» que pretenia: «X.Y.Z. [...] destinará al servicio contratado el personal que estime necesario para la correcta realización de los servicios auxiliares, empleados que dependerán exclusivamente de X.Y.Z. a todos los efectos.

El personal dedicado a la prestación de servicios auxiliares del centro habrá de ser adscrito por la empresa del Cliente (l'empresa servida en el plec de condicions pactades en el contracte d'externalització) en el caso de tomar a su cargo directamente dicho servicio, siempre y cuando hubiera de contratar nuevo personal para el repetido servicio.

Para el supuesto de ser contratado este servicio con otra empresa, sea o no del sector, el Cliente le exigirá al nuevo titular de la contrata del servicio que adscriba al personal dedicado a la prestación de servicios auxiliares.»

Una treballadora de l'empresa «servida» interposa demanda davant del Jutjat Social impugnant, no el contracte d'«externalització» en si mateix, sinó l'efecte projectat de subrogar el(s) treballador(s) inserit(s) en l'activitat «externalitzada». El Jutjat Social núm. 2 li atorga la raó al treballador demandant i declara nul·la la subrogació. Recorreguda la Sentència per les dues empreses en roda, la Sala de Suplicació confirma el veredicte de la instància.

Fonamentació jurídica: «SEGUNDO. […] Ambos motivos incurren en una clara confusión de lo que es la externalización de un servicio con lo que es la subrogación de los trabajadores adscritos a una unidad productiva cuando se produce el cambio de titularidad de la misma. Las partes parecen entender que se trata de una misma cosa o que una cosa lleva siempre aparejada la otra cuando en realidad son dos cosas diferentes y mientras la primera aparece regulada en el artículo 42 ET la segunda aparece regulada en el artículo 44 ET.

Ni la parte demandante, ni la sentencia recurrida, pone en duda la legalidad de la externalización del servicio de camareras de pisos del H.D., ni por motivos formales ni de otro género. Lo que se niega es que tal descentralización productiva llevase aparejada la subrogación de los trabajadores adscritos al servicio externalizado sin su consentimiento.

Por tanto, es irrelevante que en el artículo 14 del convenio colectivo se regule la externalización y que se hayan cumplido los requisitos allí establecidos para que la misma pueda llevarse a efecto. Lo decisivo es que no se regula la subrogación ni la sucesión de contratas y lo que debemos resolver es si la concreta subrogación de los trabajadores afectados por la externalización del servicio de camareras de pisos del H.D. se ajusta o no a derecho.

En la sentencia recurrida, aplicando los criterios contenidos en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2005, 18 de marzo de 2003, 13 de junio de 2002 y 25 de junio de 2003, entre otras, se declara la nulidad de la subrogación por falta de consentimiento de la trabajadora afectada.

Por tanto, es irrelevante que las empresas hubiesen pactado la subrogación, pues lo que se niega no es la existencia de consentimiento por parte de ninguna de ellas sino el consentimiento de la trabajadora afectada.

Desde luego, es irrelevante que todas las trabajadoras excepto la demandante prestasen su consentimiento porque por muy elevado que sea el número de trabajadoras que consintieron la subrogación no por ello puede entenderse consentida por la demandante.

El razonamiento de la representación del H.D. según el cual someter la validez de la subrogación a la aceptación de la demandante equivaldría a dejar al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la obligación parte de una premisa equivocada, cual es la existencia de obligación. Ni partiendo del art. 44 ET, ni del convenio colectivo aplicable cabe extraer la existencia de una subrogación legal o convencional que pueda ser impuesta a los trabajadores sin su consentimiento.

Más bien lo que parecen pretender las empresas codemandadas es que la novación subjetiva del contrato de trabajo pactada entre ellas pueda llevarse a cabo sin consentimiento de la trabajadora afectada y esto es contrario a la doctrina jurisprudencial que se cita en la sentencia recurrida.

[…]

Efectivamente, en relación a la subrogación contractual la STS de 22 de septiembre de 2005 (RCUD 946/2004) se declara lo siguiente: “De lo expuesto anteriormente, sin gran dificultad, se infiere que esta Sala viene admitiendo la subrogación en los contratos de trabajo, en los términos establecidos en el pliego de condiciones de la contrata, cuando se produce una verdadera sucesión en la contrata, es decir, cuando en esta última, considerada en su unidad, se produce un cambio de titularidad del contratista que va acompañada por la transmisión del antiguo al nuevo de los elementos patrimoniales que configuraban la infraestructura u organización básica de la explotación.

En estos supuestos de sucesión de empresa es evidente que puede operar la subrogación sin el consentimiento del trabajador afectado y, simplemente, con el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 44-6 del Estatuto de los Trabajadores que, únicamente, impone la información a los representantes de los trabajadores afectados por el cambio de titularidad de los siguientes extremos: fecha prevista de la transmisión, motivos de la transmisión, consecuencias jurídicas, económicas y sociales para los trabajadores de la transmisión y medidas previstas para los trabajadores.

Pero la situación contemplada en los presentes autos no responde a una propia y verdadera sucesión de empresas, toda vez que la empresa cedente lo único que hace es transferir parte de su personal a la nueva empresa, que figura como segunda adjudicataria del servicio, por lo que la primera sigue subsistiendo

con su propio nombre y elementos patrimoniales y organizativos y la segunda se presenta como adjudicataria de una parte o proporción de dichos servicios.

En tal situación no se puede hablar de sucesión de empresa sino, más bien, de una novación del contrato por cambio de empleador que es deudor en cuanto a las obligaciones legalmente impuestas a todo empresario. Y al ser, pues, una novación del contrato, la misma, no se puede llevar a cabo sin el consentimiento de los acreedores de dichas obligaciones empresariales —art. 1205 del Código Civil—"».

Comentari: el raonament de la Sala de Suplicació és molt il·lustratiu, esperançador. Com en totes les pràctiques abusives, els abusadors pretenen que poden imposar llurs pròpies determinacions per autosuficiència. Són «creatius» de la situació de fet (enginyeria social, és el nom que rep avui la mera bastardia de l'ortodòxia, sempre en perjudici de tercer o per procura d'exorbitant benefici, la coneguda «creació destructiva» analitzada per Schumpeter), i també es volen «fonts creatives» del dret, per la ximple instrumentació d'una eina contractual que pretenen superior a la llei atemperadora. En matèria d'«externalitzacions» la plaga que significa aquesta figura, cada volta més estesa, per a la seguretat i fermesa de l'ocupació laboral, de les quals són enemigues a mort les empreses anomenades de «multi-serveis», està constituint una perillosa desvertebració de la cohesió social. En paraules del mestre Romagnoli a propòsit de la cultura legal de la «Jobs Act» (*Trabajo y Derecho*, núm. 15, març 2016) ens trobem a les envistes de «[...] un confuso rumor que no puede llegar a traducirse en una idea capaz de alumbrar el camino de transición que está recorriendo el trabajo y su derecho. Por eso, la cultura jurídica de la izquierda parece afectada de afasia, mientras que la cultura jurídica de la derecha se vuelve más locuaz y, ya que la platea en la cual puede hacerse escuchar crece a simple vista, es natural que se encuentre satisfecha. Aún así, tampoco le conviene alzar demasiado el nivel de su autoestima ya que no constituye mérito suyo que el fideísmo de ayer de la cultura jurídica se haya transformado en el semi-paralizante catastrofismo de hoy.»

C. Jutjats socials

1. SENTÈNCIA NÚM. 445/2015, DE 20 D'OCTUBRE, DICTADA EN EL PROCÉS D'EXTINCIÓ DE LA RELACIÓ LABORAL PER RESOLUCIÓ CONTRACTUAL NÚM. 637/2014. Ponent: Sra. De Andrés Pardo. EFECTES DE LA RESOLUCIÓ CONTRACTUAL PER MANCA DE PAGAMENT. LA SITUACIÓ CONCURSAL DE L'EMPRESA MERCANTIL RENUENT EN EL COMPLIMENT DEL DEUTE SALARIAL NO EXONERA LA RESOLUCIÓ DE L'ARTICLE 50 ET PER INCOMPLIMENT PATRONAL GREU, SITUACIÓ QUE ES QUALIFICA PEL SEU PES ESPECÍFIC OBJECTE D'IMPAGAMENT. EL SISTEMA JURÍDIC NO RECLAMA UNA CULPABILITAT ESPECÍFICA, ANS EL CONTRARI, L'ESDEVENIMENT DE LA MANCA DE SATISFACCIÓ SALARIAL, PURAMENT OBJECTIVA. RESPONSABILITAT COMPARTIDA DE TRES ENTITATS MERCANTILS EN QUÈ VA ESGLOSSAR LES SEVES ACTIVITATS LA PERSONA FÍSICA INDIVIDUAL QUE PROCEDÍ A LA CREACIÓ DE TRES SOCIETATS LIMITADES, FILIADES, SUBROGADES, EN UNA MANIOBRA SUCCESSÒRIA INDICATIVA DE FRAUDULÈNCIA. L'EMPRESARI INDIVIDUAL SUBROGADOR TAMBÉ ÉS RESPONSABLE A TÍTOL PERSONAL PEL FET QUE VA COMPROMETRE UNA GARANTIA PERSONAL DE PAGAMENT QUAN VA PRODUIR EL DESGLOSSAMENT EN TRES SOCIETATS.

Resum dels fets: de l'enunciat ja s'ha deduït que l'empresari individual J.N.T., en situació de dificultat econòmica, procedí a «crear» tres societats limitades, per destriar en tres façanes aparents de negoci el que inveteradament era un negoci unitari de botigues dispensadores de queviures. Els treballadors s'havien oposat a la tripartició del negoci en tres àmbits de subrogació, i per saldar el conflicte l'empresari individual es compromet en document públic i executiu (acord davant del TAMIB) durant tres anys, a comptar des del despeçament, a garantir amb el seu propi

patrimoni les «faltes» de pagament que sobrevinguin. I efectivament sobrevenen «en canaleta». Vuit mesos més tard del despeçament es deixen de pagar radicalment tots els salaris corrents. Al mateix temps, les tres societats recauen en predictible concurs de creditors, però quan ja era contumaç l'incompliment. El Jutjat condemna a les tres societats per fraudulència de la maquinació. I també condemna a l'individu primordial a fer-se càrrec de la prorrata *temporis* pactada en el TAMIB. No és excusa en absolut, seguint doctrina del TS, que les tres societats «avalin» les seves dificultats per haver incidit concurs de creditors.

Fonamentació jurídica: «TERCERO.- El art. 50.1.b) del Estatuto de los Trabajadores prevé como causa de Extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado.

La STS de 24 de marzo de 1994 dictada en unificación de doctrina, seguida por la posterior de 29 de diciembre de 1994, unifica y perfila la doctrina jurisprudencial sobre el alcance de la causa resolutoria del invocado art. 50.1.b) ET. Según su doctrina, que reitera y precisa la anterior sentada al respecto, la operatividad de la referida causa, su actuación eficaz, requiere que el retraso en el pago del salario, o, lo que es lo mismo, el incumplimiento por el empresario del deber de abonar puntualmente la retribución convenida —impuesto por el art. 29 ET como prestación básica exigible por razón del sinalagma contractual— no se haya producido de manera esporádica, sino de forma continuada, persistente y por un montante importante.

CUARTO.- [...] también concurre la característica de gravedad de incumplimiento, por lo antes dicho y, además, porque el inicio del impago en el que se basó la demanda fue precedido sólo ocho meses antes por la maniobra de sucesión del empresario individual por tres sociedades creadas por él, lo que lleva a sospechar —como la actora y sus compañeros al impugnar la sucesión empresarial— que ese impago pudiera estar premeditado ya entonces; y porque después de presentada la demanda y de la reincorporación de la actora a su puesto persistió la situación de impago, de modo que se acumuló una deuda de casi seis mensualidades de salario.

Y aún si dicho incumplimiento no hubiera obedecido a un propósito deliberado sino a verdaderas dificultades económicas de la empresa, según la doctrina jurisprudencial (STS de 10-6-2009, entre otras) la ausencia de culpabilidad no exime de la obligación empresarial de pagar puntualmente los salarios. Una situación

económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible en cambio para excluir la aplicación de la causa resolutoria de que se trata. Y se ha probado que esta causa de resolución concurrió antes de que se declarase el concurso.

[...]

OCTAVO.- La condena al pago de los salarios debidos más sus intereses debe imponerse solidariamente a las tres sociedades integrantes del grupo. También responde solidariamente con las tres sociedades el Sr. N.T., si bien hasta el límite de 3.446,02 € establecido en el apartado 4 de los hechos probados: los salarios devengados desde el 1-2 al 27-4-2014.

Y también por la misma razón, la condena al pago de la indemnización por incumplimiento empresarial debe ser impuesta a todos los codemandados con carácter solidario, si bien limitando la responsabilidad del Sr. N. a 8.225,26 €, indemnización correspondiente a los días de prestación de servicios transcurridos desde el inicio de la relación laboral con el Sr. N. (1-8-2008) hasta el último día de prestación de servicios para él como empresario individual (12-5-2013), por aplicación de ese acuerdo ante el TAMIB referido en el apartado 4 de los hechos probados.»

Comentari: no calen comentaris, però sí aportar un avís per als confiats en aquesta mena d'obligacions en garantia personal d'un incompliment de futur. Hem sabut que en assumpte germà o parent pròxim del descrit, la persona física va acumular un concurs de creditors de la pròpia persona física, amb el resultat que els administradors concursals formulen posterior demanda incidental davant del Jutjat Mercantil en «reintegració de la massa», invocant l'art. 71 de la Llei concursal, tot defensant sense que els «caiguin els anells» que l'empresari individual «concursat» hauria atorgat una garantia o penyora de responsabilitat com a «pagament de tercer» per gratuïtat, sense cap contraprestació, la qual cosa implica «perjudici a la massa». La demanda incidental tenia bemolls, i es pot dir que és completament temerària, però el Jutjat Mercantil decideix la «reintegració» per sentència que decideix l'incident. El que va passar —d'altra manera la sentència resultaria implausible— és que els treballadors demandats a títol individual no es van personar per oposar-se a la pretensió incidental (són condemnats en rebel·lia i amb costes al seu càrrec) amb l'excepció d'un dels afectats, que sí es va personar en el procés incidental per aquietar-se finalment a la demanda dels administradors (aquest

benaventurat no paga costes). El lector no se sorprendrà quan conegui que els altres codemandats, concursats, també s'abelliren a la demanda.

rjib14

ACTIVITAT REGISTRAL

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat (novembre 2014-octubre 2015)

Antoni Canals Prats
Registrador de la Propietat

1. RESOLUCIÓ DE 27 DE JULIOL DE 2015. SOCIETATS DE CAPITAL I ACTIUS ESSENCIALS.

Resums dels fets: mitjançant escriptura es constitueix hipoteca per la societat mercantil «A.G. de T. y T., S.L.», sobre la finca registral núm. 18.228 en garantia d'un préstec concedit per l'entitat «T., SA».

Presentada en el corresponent Registre, se suspèn la inscripció de conformitat amb l'art. 160.f) de la Llei de societats de capital (LSC), ja que s'ha de manifestar si la finca hipotecada és un actiu essencial de la societat hipotecant i, en cas afirmatiu, seria necessari acompanyar la certificació de l'acord de la junta de la societat aprovant o ratificant la constitució de la hipoteca. S'argumenta que el gravamen pot conduir, en cas d'execució, a l'alienació de la finca hipotecada, sense necessitat d'un nou consentiment de la part hipotecant, i que, amb això, si el bé hipotecat és un actiu essencial, pot produir efectes anàlegs als de les modificacions estructurals de la societat.

Fonamentació jurídica: al Registre només poden accedir títols en aparença vàlids i perfectes i han de ser rebutjats els títols claudicants, és a dir, els títols que revelen una causa de nul·litat o resolució susceptible d'impugnació (cfr. art. 18, 33, 34 i 38 de la Llei hipotecària i art. 1259 Cc). Només així es pot garantir la seguretat jurídica. El nostre ordenament no exigeix l'afirmació dels atorgants sobre la inexistència d'un vici invalidant. Per això, només quan segons els mitjans disponibles a l'hora de qualificar el títol presentat pugui apreciar el caràcter essencial dels actius objecte del negoci, podrà controlar que la regla competencial hagi estat respectada, sense que es pugui exigir al representant de la societat cap manifestació sobre aquest aspecte, ja que en cap norma s'imposa aquesta manifestació, a diferència del que ocorre en altres casos en els quals s'exigeix determinada manifestació de l'atorgant i la manca del requisit establert (com, per exemple, la manifestació sobre la manca de caràcter d'habitatge habitual de la família —art. 91 del Reglament hipotecari en relació amb l'art. 1320 Cc, la inexistència d'arrendament de la finca venuda, segons l'art. 25.5 de la Llei d'arrendaments urbans, art. 11.1 de la Llei d'arrendaments rústics, etc.) constitueix impediment legal per a la pràctica de l'assentament.

Cal concloure que, encara reconeixent que segons doctrina del Tribunal Suprem transmetre els actius essencials excedeix de les competències dels administradors, s'ha d'entendre que amb l'exigència de certificació de l'òrgan d'administració o manifestació del representant de la societat sobre el caràcter no essencial de l'actiu o prevencions anàlogues, complirà el notari amb el seu deure de diligència en el control sobre l'adequació del negoci a la legalitat; però sense que aquesta manifestació pugui considerar-se com a requisit per practicar la inscripció, en atenció que el tercer adquirent de bona fe i sense culpa greu ha de quedar protegit també en aquests casos (cfr. art. 234.2 LSC), tot això sens perjudici de la legitimació de la societat per exigir a l'administrador la responsabilitat procedent si la seva actuació hagués obviat el caràcter essencial dels actius de què es tracti.

Comentari: per a la deguda comprensió del supòsit tractat en aquesta Resolució és convenient repassar l'evolució que han experimentat els poders de representació dels administradors en les societats de capital.

L'art. 76 de l'antiga Llei de societats anònimes de 1951 disposava que «en tot cas, la representació de la societat s'estendrà a tots els assumptes pertanyents al gir o tràfic de l'empresa». Aquest gir s'identificava amb l'objecte social. Per tant l'extralimitació en les seves facultats representatives suposava la invalidesa o ineficàcia dels actes atorgats pels administradors. El mecanisme d'actuació, en la pràctica, era que els administradors per atorgar actes que s'extralimitaven del gir de l'empresa obtenien autorització de la junta general de socis. En cas contrari incorrien en nul·litat o ineficàcia i la societat podia impugnar el negoci representatiu, a més d'entaular acció de responsabilitat.

Amb la reforma de les societats de capital s'ha seguit el mateix criteri però amb un element diferencial: d'una banda, l'art. 234.1 LSC disposa que el poder de representació abasta tots els actes integrats en l'objecte social delimitat en els estatuts. Qualsevol limitació d'aquestes facultats serà ineficaç enfront de tercers. Amb això es dóna a entendre que aquestes limitacions són vàlides en les relacions internes entre la societat, els seus socis i els seus administradors (cfr. les RDGRN de 13 d'octubre de 1992, de 12 de juliol de 1993 i de 7 de desembre de 1993). Per la qual cosa, com a contingut legal típic inderogable d'àmbit de poder de representació, sempre vincularà davant de tercers a la societat. Per actes compresos en l'objecte social s'entenen tants els d'estricta execució del seu objecte social com els

connexes i inclús els neutres. Només queden fora d'aquest àmbit de poder els contraris a l'objecte, és a dir, els actes liquidatius.

D'altra banda, incorporant una norma de la Primera directiva comunitària, s'estableix que la societat quedarà igualment vinculada pels actes i contractes realitzats pels administradors fora de l'objecte social amb tercers que actuïn de bona fe i sense culpa greu, encara que l'extralimitació de l'objecte social es desprengui dels estatuts inscrits en el Registre Mercantil (cfr. 234.2 LSC). Per la qual cosa es desprèn que l'objecte social enfront de tercers de bona fe produeix una eficàcia merament interna. En altres paraules, l'àmbit de poder de representació dels administradors s'amplia fora de l'objecte social o gir o tràfic de la societat, en relació amb aquests tercers, i per aquest motiu la societat no podrà impugnar la seva ineficàcia.

Conseqüència d'aquest esquema normatiu i davant del perill d'extralimitacions que posin en dubte la continuïtat de l'empresa i de la mateixa societat, s'introdueix el concepte d'actiu essencial com a limitació a aquests poders. Així, l'art. 160.f) va ser incorporat a la LSC per la Llei 31/2014, de 3 de desembre, amb intenció de millora del govern corporatiu. Aquest precepte atribueix a la junta general competència per deliberar i acordar sobre l'«adquisició, l'alienació o l'aportació a una altra societat d'actius essencials».

En el preàmbul d'aquesta Llei es manifesta que «s'amplien les competències de la junta general a les societats per reservar a la seva aprovació les operacions societàries que per la seva rellevància tenen efectes similars a les modificacions estructurals». I en matèria de societats cotitzades s'afegeix l'art. 511 bis, on s'atribueix també a la junta general la competència per a la transferència a entitats dependents d'activitats essencials desenvolupades fins a aquest moment per la pròpia societat, encara que aquesta mantingui el ple domini d'aquelles, així com aquelles l'efecte equivalent de les quals sigui el de la liquidació de la societat.

La primera qüestió que planteja aquest concepte d'actiu essencial és la seva definició. La Resolució manifesta que és substancialment un concepte indeterminat. Es tractaria d'un bé o dret afecte a l'activitat empresarial de la societat, que contribueix decisivament al cicle de producció dels béns o serveis que aquella ofereix al mercat, per exemple, la seu de l'empresa, drets de propietat industrial que permeten la seva comercialització... La segona qüestió consisteix en dilucidar a qui correspon dins de la societat qualificar un bé o dret com a actiu essencial i després autoritzar l'acte o contracte en qüestió, tenint en compte que en les societats no

existeix cap obligació de dur un inventari o registre dels seus actius essencials. La Direcció General es decanta per considerar que han de descartar-se interpretacions de la norma incompatibles no només amb la seva *ratio legis*, sinó amb la imprescindible agilitat del tràfic jurídic. Així assenyala que una interpretació d'aquest tipus és la que exigiria un pronunciament exprés de la junta general en tot cas, per entendre que qualsevol el que sigui l'import de l'operació es pot tractar d'un actiu essencial. I, per les mateixes raons, tampoc és exigible aquesta intervenció de la junta en casos en què sigui aplicable la presumpció legal derivada de l'import d'aquesta operació, ja que si se segueixen aquestes interpretacions s'estaria substituint l'òrgan de gestió i representació de la societat per la junta general, amb totes les conseqüències que això suposaria.

La qualificació prèvia de l'actiu com a essencial o no, sembla que hagi de correspondre als administradors, als qui pertoquen els poders d'iniciativa propis de la seva funció de gestió social, per la qual cosa, una vegada decidida la seva tipologia, o bé disposaran directament i lliurament d'ell o el sotmetran prèviament a la disposició, a l'autorització de la junta general.

Pel que fa als efectes de la manca d'autorització de la junta, encara que hi hagi una gran discussió en la doctrina en cas de disposició d'un actiu que resulti essencial per part de l'òrgan d'administració, hauria de conduir a la possibilitat d'impugnació per manca de validesa, o potser millor, per manca d'eficàcia, mentre no hi hagi ratificació de la junta general. No obstant això, aquesta Resolució no considera que, als efectes de la inscripció corresponent, sigui un requisit acreditar en el títol dispositiu el caràcter essencial o no de l'actiu disposat, encara que sigui per simple manifestació de l'administrador que atorgui l'acte. Sembla que, encara que molt discutit a la doctrina, la reforma dóna com a resultat un panorama similar al que existia en la Llei de societats antiga.

2. RESOLUCIÓ DE 5 D'OCTUBRE DE 2015. DRET D'HABITACIÓ: CONSTITUCIÓ SOBRE UNA PARTICIPACIÓ INDIVISA D'UNA FINCA.

Resums dels fets: en la successió ordenada pel causant, aquest va llegar l'usdefruit universal dels seus béns al seu cònjuge i, per a després de la seva mort, va establir un llegat a favor de la seva filla, consistent en un dret d'habitació sobre l'habitatge que constituïa el domicili del testador amb tot el que hi hagi al seu interior

mentre la legatària «permanezca soltera y hasta que contraiga matrimonio, entre en religión, conviva de hecho con otra persona o deje de constituir el inmueble su domicilio habitual». En la resta va instituir hereus per parts iguals als seus tres fills.

Mitjançant escriptura de liquidació de la societat de guanys, acceptació i adjudicació de béns, es varen realitzar les adjudicacions següents: a la vídua, el ple domini de la meitat indivisa de l'habitatge en pagament dels seus drets de guanys i l'usdefruit vitalici de l'altra meitat; als tres fills, la nua propietat de l'altra meitat indivisa, i el dret d'habitació a favor de la seva filla, en els següents termes: «sobre la mitad indivisa de la vivienda inventariada, que es expectante dado que sobre ella existe el usufructo a favor del cónyuge viudo».

Un cop presentat al Registre, no es va admetre la seva inscripció, atès que el dret d'habitació segons el Cc és un dret real en cosa aliena que faculta a qui se li concedeix ocupar les peces necessàries per si mateix i per les persones de la seva família —art. 524.2 Cc—; per la qual cosa d'aquesta definició es desprèn que necessàriament recau sobre la casa i no sobre un dret com és una quota indivisa del mateix atès que és abstracta i ideal, i, per tant, no es materialitza en una part física de la casa, que precisament és consubstancial al dret d'habitació i només els amos de la finca que ho siguin de ple domini podran consentir-ho.

Així ho exigeixen les normes de la comunitat, en especial l'art. 397 Cc, quan diu que cap dels copropietaris podrà, sense consentiment de la resta, fer alteracions en la cosa comuna, per entendre la doctrina i la jurisprudència que aquestes alteracions abasten les físiques i les jurídiques (així les STS de 17 de juny de 1927, 25 d'abril de 1970 i 30 de juny de 1993). En el supòsit de l'escriptura objecte de qualificació, el testador llega a la seva filla el dret d'habitació sobre la finca registral núm. 38.374 de l'Arxiu General i, atès que al cabdal hereditari únicament versa sobre una meitat indivisa, se li adjudica únicament sobre la mateixa i com a dret expectant a la mort de l'usufructuari. Entenent pels motius exposats que només en un futur quan l'herència del cònjuge vidu prevegi aquest mateix dret d'habitació i els seus hereus, juntament amb els actuals, reuneixin el ple domini de la finca podrien arribar a inscriure's.

Fonamentació jurídica: el dret d'habitació té unes característiques especials que determinen que tot i ser un dret real té connotacions pròpies dels personals. Així, l'art. 525 Cc estableix que no es pot arrendar i traspassar a un altre per cap

classe de títol i l'art. 529, a més de les causes d'extinció de l'usdefruit, estableix que s'extingirà també per l'abús greu de l'habitació.

Atès que els drets d'ús i habitació són drets reals en cosa alinea, són perfectament compatibles amb l'existència d'un dret de domini en una altra persona al qual limiten. Això significa que, per a qualsevol constitució d'aquest dret real en cosa aliena, és necessari el consentiment del titular o titulars de la mateixa, perquè suposa un acte de disposició (art. 397 Cc).

Cap dificultat no existeix en la possibilitat d'adquirir una quota indivisa del dret d'habitació d'un habitatge, la qual cosa, no obstant, plantejarà els problemes comunes de cotitularitat sobre un dret i l'específic derivat de la detenció possessòria que comporta. Però el problema que es planteja és conseqüència de la redacció de la clàusula d'adjudicació de dret d'habitació de la meitat indivisa de l'habitatge; d'aquesta manera no hi ha lloc perquè el dret d'habitació recaigui sobre una participació indivisa, atès que li és consubstancial la facultat d'ocupar físicament en una casa aliena les peces necessàries per a sí mateix i per a les persones de la seva família.

Aquesta és una diferència substancial amb el dret d'usdefruit, que atribueix el dret a gaudir béns aliens (cfr. art. 467 Cc), i per tant el dret a percebre tots els fruits naturals, industrials i civils dels béns usufructuaris (art. 471 Cc), sense exigir necessàriament la detenció possessòria.

Comentari: aquesta Resolució planteja l'eficàcia d'un acte de constitució d'un dret d'habitació per part d'un copropietari o, el que és el mateix, si una quota indivisa de domini pot ser amb un dret d'habitació. La impossibilitat d'aquesta opció està motivada, segons la doctrina que estableix que aquest dret exigeix, per la seva viabilitat, la necessitat d'una ocupació física mínima ineludible (les peces necessàries) per atendre les necessitats vitals de l'habitacionista i la seva família. Aquestes consistiran per tant en una sèrie de dependències concretes.

El problema resideix en el fet que un copropietari no pot decidir pel seu compte la possessió o ocupació de parts concretes de la finca posseïda en comú, sens perjudici que tengui un dret d'ús solidari sempre que no perjudiqui els copropietaris. I si no pot garantir-ho per si mateix, menys per un tercer com l'habitacionista. Això també seria d'aplicació al dret d'ús i a l'«estada» regulada per la nostra Compilació. En canvi, aquests postulats no són d'aplicació al dret d'usdefruit com estableix

aquesta Resolució, que encara que comporti dret d'ús i possessió, no requereix un mínim d'ocupació necessària i especificada.

Tot això és així a no ser que amb posterioritat a l'acte de la partició la vídua constitueixi un dret d'habitació sobre la seva partició indivisa a favor de la seva filla. Així, la propietat íntegra resultaria gravada amb el dret d'habitació en qüestió, amb possibilitat d'ocupar totes les peces necessàries per a les necessitats de l'habitacionista i la seva família.

3. RESOLUCIÓ DE 4 DE SETEMBRE DE 2015. DACIÓ EN PAGAMENT: CAUSA.

Resum dels fets: es presenta, per a la seva inscripció, escriptura de cessió en pagament del deute de la finca registral núm. 33.315 d'«E.C.» per part de la seva titular, la Sra. I.E.P., a favor de la mercantil «I., SA». Es denega la seva inscripció, perquè mitjançant l'escriptura qualificada una persona deutora d'un banc («B., SA»), en virtut d'un préstec hipotecari, transmet, com a pagament d'aquest deute, la finca hipotecada a una altra societat distinta de la creditora («I., SA»). En aquesta transmissió compareix també el Banc creditor. En la nota s'indica que la dació en pagament de deute o *datio pro soluto* és un contracte en virtut del qual el deutor transmet béns de la seva propietat al creditor, per tal que aquest apliqui el bé rebut a l'extinció del crèdit del qual era titular, de manera que aquest crèdit actua amb igual funció que el preu de compravenda. En aquest cas, encara que concorre el consentiment del creditor, la finca no es transmet a aquest sinó a un tercer, per tant, tenint en compte la naturalesa jurídica de la dació en pagament de deutes, no consta acreditada la causa de la transmissió a favor de l'adquirent amb el mer consentiment del creditor.

Fonamentació jurídica: en aquest expedient es discuteix si està degudament causalitzat (d'un negoci de cessió o dació en pagament en el qual el titular d'un immoble gravat amb una hipoteca en garantia d'un préstec a favor de «B., SA» el cedeix a la mercantil «I., SA», cessió que es du a terme en pagament del deute que la cedent manté amb aquesta entitat de crèdit. Pel que la qüestió que cal dilucidar és si aquesta cessió troba acomodament quant al tema de la causa de l'art. 1261 Cc.

Com té declarat el Centre Directiu (*vid*. Resolució de 19 de gener de 1994), en el nostre ordenament, el simple acord de voluntats, encara que vagi seguit de *traditio*, no té virtualitat per provocar la transmissió del domini. Es precisa per això un títol material onerós o gratuït, que posi de manifest la contraprestació o liberalitat per la qual s'opera la transmissió, seguit de la corresponent tradició. A més, també és doctrina d'aquest Centre que per a la inscripció de qualsevol títol translatiu cal que es manifesti o expressi la causa onerosa o gratuïta, que és determinant de la validesa del negoci i els seus efectes, per la qual cosa a efectes registrals no s'aplica la presumpció de l'art. 1277 Cc.

Per això, en aquest cas es planteja si la causa explicitada en el títol, és a dir, la cessió o dació en pagament del deute, és correcta, atès que la transmissió no es verifica a favor del creditor, sinó d'un tercer. Certament poden existir relacions jurídiques entre aquest tercer i el creditor hipotecari que causalitzin l'adjudicació realitzada. Podríem estar davant un negoci complex, en el qual prèviament el creditor hagi cedit el seu dret hipotecari a qui posteriorment se li adjudica l'immoble. També admet el nostre ordenament altres possibilitats: adjudicació/cessió de béns a un tercer, que no assumeix el deute però sí l'obligació de pagar-lo, amb distintes variants, per exemple mitjançant una compravenda en la qual el comprador reté part del preu per al pagament del deute al creditor hipotecari, o bé es tracti d'una transmissió merament fiduciària, en el mandat o encàrrec que assumeix el cessionari de pagar aquests deutes; o mitjançant una cessió en pagament d'assumpció de deute que fa el cessionari i que allibera el cedent, assumpció que quedarà perfeccionada una vegada que s'hagin adherit expressament o tàcitament a ella els creditors i conseqüentment sorgeixi un deutor nou o subrogat, a canvi d'una adquisició de béns, en la qual un comprador paga un preu que està en l'assumpció del dèbit.

El nostre Codi civil admet el pagament a un tercer sempre que sigui d'utilitat del creditor (cfr. art. 1163.1). També s'entén admès l'anomenat *adictus solutionis causa*, de conformitat amb l'art. 1163, pel qual el creditor i el deutor designen a un tercer com a destinatari del pagament de l'obligació, qui no és creditor, ni representant seu, però és la persona a qui s'ha de realitzar el pagament. Però per a les transmissions de drets reals per contracte és precís que la causa existeixi, sigui translativa i, a més, perquè pugui inscriure's, sigui expressa, ateses les distintes conseqüències registrals que de la mateixa es dedueixen (art. 34 i concordants de la Llei hipotecària).

En l'escriptura que motiva aquest recurs, en l'estipulació, primer s'estableix una cessió a «I., SA» però ho és en pagament del deute hipotecari que la cedent manté amb «B., SA». L'entitat adjudicatària és una societat de gestió d'actius del Grup B., actius que han estat adjudicats o rebuts en pagament de deutes de l'entitat creditora. Cessió que no és possible ja que «I., SA» no és creditora.

En l'estipulació segona s'afirma que el valor de la finca es destinarà a cancel·lar el préstec hipotecari que grava la cinta cedida. En aquesta segona estipulació sembla que s'acordi una compravenda amb retenció de la responsabilitat hipotecària, que és el que defensa el recurrent, supòsit perfectament possible i lícit, però que està en contradicció amb l'acordat en l'estipulació primera.

Comentari: la dació en pagament consisteix en la realització d'una prestació distinta de la prevista en l'obligació, amb l'acord del creditor i deutor d'atribuir-li el valor de pagament i per tant d'extinció de l'obligació esmentada. La denominació de dació prové que normalment suposa la tradició d'una cosa, però podria tractar-se de qualsevol altra conducta. El decisiu és que el que es dóna no és a canvi de la prestació prevista, sinó en lloc d'ella o en la seva substitució, produint els mateixos efectes que si s'hagués complit amb la prestació deguda, configurant així una transmissió solutòria, enfront a les simplement oneroses. Es tracta d'un subrogat del pagament més que un vertader contracte.

En aquest cas, un deutor entrega i dóna en pagament un immoble, no al creditor sinó a un tercer. Entre el creditor («B., SA») i el tercer que rep la dació («I., SA») existeix una relació de gestió d'actius immobiliaris, sense que aquesta quedi bén aclarida pel que fa al seu abast en aquest recurs.

La qüestió principal és que el creditor no atorga, en la documentació presentada, la corresponent carta de pagament i extinció del deute, que és element conceptual d'aquesta figura jurídica, ni manifesta que aquest pagament redundi en utilitat del creditor, atenint-se al que estableix l'art. 1163 Cc. Això suposa que la causa expressada no configura una dació en pagament, però no significa que, mitjançant la prova corresponent, puguin existir altres causes subjacents que quedin fora de la qualificació i d'aquest recurs.

rjib14

ACTIVITAT NORMATIVA

(novembre 2014-octubre 2015)

Lluís Isern Estela
Lletrat del Parlament de les Illes Balears

I. Illes Balears

1. Lleis i decrets lleis

Durant els mesos a què es refereix aquesta crònica, s'han celebrat eleccions al Parlament de les Illes Balears que han dut com a conseqüència la formació d'un nou Govern amb una orientació política ben distinta de la de l'anterior, com queda reflectit aquí. Són nombroses les normes aprovades al darrer tram de la VIII Legislatura i, cronològicament, ens hem de referir a les següents. En primer lloc, el **Decret llei 1/2014, de 14 de novembre, pel qual es modifica l'ordenació farmacèutica de les Illes Balears** (BOIB núm. 157), que fou validat pel Parlament de les Illes Balears (BOIB núm. 169). Un cop validat, s'acordà, així mateix, que fos tramitat com a projecte de llei pel procediment d'urgència, tramitació que donà lloc a l'aprovació de la **Llei 1/2015, de 19 de febrer, per la qual es modifica l'ordenació farmacèutica de les Illes Balears** (BOIB núm. 27; correcció d'errata BOIB núm. 28). Aquesta normativa, bàsicament, introdueix un conjunt de reformes en la Llei 7/1998, de 12 de novembre, que afecten la planificació farmacèutica, amb la voluntat de garantir, d'una banda, la prestació farmacèutica adequada a tota la població i a tot el territori de la comunitat autònoma i, de l'altra, certes garanties de viabilitat de les noves oficines de farmàcia, així com de les existents, atesa la prestació de servei i interès públic que duen a terme. A tal efecte, la Llei deixa de banda la simple consideració aïllada del factor poblacional i té en compte ara els mòduls d'ocupació real i de població actualitzats, per tal de fer possible un sistema de revisió de la planta farmacèutica en el qual la distribució i la ubicació de les oficines de farmàcia es dugui a terme amb un major grau de precisió, de manera prèvia als procediments per adjudicar-les. L'ordenació farmacèutica i, en definitiva, l'autorització de noves oficines de farmàcia s'estructura amb la tramitació de cinc procediments, subsegüents. En primer lloc, l'aprovació de la planta farmacèutica, a càrrec del conseller competent en matèria de farmàcia, que suposa la divisió del territori en zones farmacèutiques i en unitats territorials menors en les quals hi ha d'haver com a mínim una oficina de farmàcia. En segon lloc, l'aprovació del catàleg d'oficines de farmàcia, a càrrec de la direcció general competent en matèria de farmàcia. Dins el catàleg, s'han d'indicar les farmàcies existents i les que tenen cabuda dins cada zona farmacèutica o unitat territorial menor, tenint en compte les distàncies mínimes entre farmàcies i els mòduls de població generals o estacionals. La Llei estableix normes per al càlcul d'aquests mòduls de població. En tercer lloc, s'ha de tramitar el

procediment de concurs per a l'adjudicació d'oficines de farmàcies vacants, respecte del qual s'estableix en la mateixa Llei tot un seguit de normes que el regulen. En quart lloc, correspon tramitar el procediment d'autorització de la designació del local i, per últim, el procediment d'autorització de l'obertura i del funcionament de la farmàcia. La segona norma és el **Decret llei 2/2014, de 21 de novembre, de mesures urgents per aplicar a les Illes Balears la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local** (BOIB núm. 160; validació BOIB núm. 169), el qual fou aprovat, segons justifica el seu preàmbul, amb la finalitat d'establir criteris unificats a l'hora d'aplicar la dita llei estatal, atès que als diversos municipis de les Illes Balears s'han generat interpretacions discrepants sobre el seu abast. Així, en primer lloc, pel que fa a l'exercici de determinades competències per part dels ens locals, el Decret llei aclareix que correspon aquest exercici als ens locals, segons siguin competències pròpies d'aquests atribuïdes per una llei autonòmica dictada abans o després de l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, o bé es tracti de competències de les entitats locals distintes de les pròpies o de les atribuïdes per delegació. Respecte d'aquestes darreres, el Decret llei disposa que per poder exercir-les les entitats locals han d'obtenir necessàriament dos informes favorables, que són l'informe sobre la inexistència de duplicitats o d'execució simultània del mateix servei públic amb una altra administració i l'informe sobre sostenibilitat financera de les noves competències. Respecte d'ambdós informes, el Decret llei estableix normes de procediment per a la seva emissió. D'altra banda, també es pronuncia expressament sobre les competències que les entitats locals exercien en matèria de salut, serveis socials, ensenyament i inspecció sanitària, distingint entre aquelles competències que, abans de l'entrada en vigor de la Llei 27/2013, es preveien com a pròpies dels municipis i la resta. Per últim, el Decret llei també estableix normes que possibiliten l'adaptació de convenis, acords i la resta d'instruments de cooperació en què es financin competències delegades o bé competències distintes de les pròpies i de les delegades.

També adoptà la forma de decret llei la tercera norma aprovada. El **Decret llei 3/2014, de 5 de desembre, de mesures urgents destinades a potenciar la qualitat, la competitivitat i la desestacionalització turística a les Illes Balears** (BOIB núm. 167; correcció d'errors materials BOIB núm. 171; validació BOIB núm. 175), conté un conjunt de disposicions normatives que incideixen en qüestions ben diverses, com ara el turisme, el medi ambient, l'ordenació territorial i l'energia, entre d'altres. No es pot dir que aquestes disposicions normatives siguin molt coherents

entre si atès que pretenen donar solució a problemes ben diferents i amb una resposta, a vegades, molt específica. És a dir, es tracta d'una norma que per la via ràpida, decret llei, intenta solucionar un conjunt heterogeni de problemes plantejats a la comunitat autònoma. Així, per exemple, per donar compliment a una sentència del TS, es declaren d'interès general, als efectes del que preveu la Llei de sòl rústic de les Illes Balears, i es qualifiquen com a sistema general sanitari públic, les parcel·les sobre les quals es va edificar l'Hospital de Son Espases; o, per exemple, es deroga el paràgraf segon de l'apartat 1 de l'art. 59 de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, per donar compliment a l'Acord de la Comissió Bilateral de Cooperació Administració General de l'Estat-Comunitat Autònoma de les Illes Balears; o, *verbi gratia*, s'afegeix una disposició addicional al Decret 96/2005, de 23 de setembre, d'aprovació definitiva de la revisió del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears i se'n modifica una altra; o, també, es modifica la lletra c) de l'apartat 3, de l'article 33 de la Llei 5/1990, de 24 de maig, de carreteres de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears; o es torna a modificar, per enèsima vegada, la Llei 5/2012, de 23 de maig, de mesures urbanístiques per a l'execució del Centre Internacional de Tennis Rafael Nadal; o, fins i tot, s'afegeix una disposició addicional al Decret 129/2002, de 18 d'octubre, d'organització i règim jurídic de l'Administració hidràulica de les Illes Balears. No obstant, existeix un conjunt de normes més homogènies i són les que afecten el turisme. S'ha de dir, però, que aquestes normes afecten no a una part concreta de la Llei 8/2012, del turisme de les Illes Balears, sinó que incideixen sobre ella d'una manera transversal: sobre els plans d'intervenció en àmbits turístics (PIAT), sobre la desestacionalització, sobre les pòlisses d'assegurança per cobrir la responsabilitat civil que pugui recaure sobre distintes empreses o allotjaments turístics, sobre les zones turístiques madures, etc. La dispersió o heterogeneïtat del contingut del Decret llei, però també l'especificitat de les seves disposicions fan gairebé impossible, atès l'espai d'aquesta crònica, donar-ne una notícia més detallada. En quart lloc, ens hem de referir a la **Llei 12/2014, de 16 de desembre, agrària de les Illes Balears** (BOIB núm. 175). Aquesta norma parteix de la consideració del sector agrari com un sector estratègic que per si mateix justifica l'aprovació de la Llei amb l'objectiu d'omplir el buit legislatiu al nostre ordenament jurídic, atendre els problemes del sector agrari balear i remoure els obstacles que la legislació territorial, urbanística i mediambiental de les Illes Balears ha posat tradicionalment per a l'activitat agrària i complementària, tot això amb la voluntat d'establir una política agrària plenament adaptada a les nostres condicions

econòmiques, socials i ambientals particulars, que fomenti un desenvolupament sostenible en el medi rural. Dins el marc de referència de la Llei estatal 19/1995, de 4 de juliol, de modernització de les explotacions agràries i la Llei 45/2007, de 13 de desembre, per al desenvolupament sostenible del medi rural, de caràcter bàsic, la Llei 12/2014 s'estructura en un títol preliminar i deu títols. El títol preliminar concreta l'objectiu de la Llei, l'àmbit material i territorial aplicables, reconeix la insularitat en l'àmbit de l'agricultura com un fet diferencial i es refereix a tot un seguit de definicions, inspirades en la Llei 19/1995, ja esmentada, i als objectius declarats de la Llei. El títol I regula l'exercici de l'activitat agrària i el seu registre, d'una banda: es parteix del principi bàsic de la llibertat d'exercici i es regulen els títols que habiliten per a aquest exercici, que són, segons els casos, bé els permisos, bé la declaració responsable, però, en tot cas, l'obligatòria inscripció en el registre agrari. D'altra banda, es regulen els drets i les obligacions dels titulars de les explotacions agràries, sens perjudici de la remissió als corresponents articles de la Llei, segons la matèria de què es tracti. El títol II de la Llei recull la distribució de competències sobre la matèria, entre el Govern i l'Administració de la comunitat autònoma i els consells insulars. El títol III, sota la rúbrica de producció agrària, en regula les seves diferents manifestacions, agrícola, ramadera i forestal, fent especial esment a la regulació relativa al sector equí, respecte del qual es reconeix el seu caràcter estratègic. Dins el mateix títol es contenen una sèrie de previsions amb relació al règim hídric de les explotacions agràries, a les energies renovables i als productes, subproductes i envasos d'origen agrari, com també als fems. La producció agrícola és regulada en els seus aspectes relatius a adobs, llavors, productes fitosanitaris i sanitat vegetal, a més d'identificar les línies d'actuació que han de ser seguides al respecte. Pel que fa a la producció ramadera, a més de concretar-ne, també, les línies d'actuació a seguir, es regulen aspectes com la identificació del ramat, el seu moviment, el benestar animal i la seva alimentació, etc. Per últim, la gestió i aprofitament forestal són objecte de les disposicions de la Llei, entre les quals se n'han de destacar les relatives a la biomassa, a la silvipascicultura i, especialment, a les reserves i vedats de recursos silvestres, respecte dels quals s'estableix la possibilitat pel seu titular de fer-ne un ús recreatiu, lucratiu o no. Sota la denominació d'activitat complementària, el títol IV recull una regulació que no ha estat exempta de polèmica. S'inclouen aquí un conjunt d'activitats de diversificació agrària relacionades amb la destinació o la naturalesa de les finques vinculades a una explotació agrària preferent que poden suposar una millora de les rendes agràries diferents de les derivades de la producció

agrícola, ramadera o forestal; van des de la venda directa de productes transformats a l'explotació, a les activitats de turisme rural, activitats cinegètiques i artesanals i activitats eqüestres. L'exercici d'aquestes activitats complementàries no està subjecte a la declaració d'interès general, sens perjudici de la llicència urbanística i de l'informe de l'administració pública competent en matèria agrària, amb caràcter vinculant, i, d'altra banda, s'ha de tractar d'activitats que es desenvolupin en edificacions existents d'una explotació agrària preferent. El títol V, usos agraris, ha estat també polèmic, per la pròpia matèria que s'hi regula. Així, es defineixen els usos agraris i s'estableix el principi de vinculació del planejament i el criteri essencial que els usos agraris siguin usos admesos no subjectes a la declaració d'interès general, pel fet que estan vinculats amb la destinació o la naturalesa de les finques, possibilitant així l'exoneració d'alguna de les condicions de les edificacions, en relació amb les activitats vinculades amb la destinació o la naturalesa de les finques i el règim d'unitats de cultiu. D'altra banda, la Llei fixa els criteris que han de regir l'ordenació territorial i urbanística pel que fa als usos agràries i reprodueix la legislació ja vigent sobre agrupació i segregació de finques. Aquest títol es completa amb una regulació relativa al règim de les edificacions existents i els canvis d'ús i el de les infraestructures i els equipaments relacionats amb les explotacions agràries, que inclou el tancament de les explotacions. Els darrers títols de la Llei es refereixen respectivament a la transformació i la comercialització agrària, a la millora del coneixement agrari, a la funció social i preventiva, a l'associacionisme agrari i als òrgans de consulta i assessorament i al règim d'inspecció i sancionador en matèria agrària i agroalimentària.

Les dues normes següents tenen per objecte la matèria financera. Així, la **Llei 13/2014, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears per a l'any 2015** (BOIB núm. 178) regula les qüestions habituals pròpies de la matèria: l'aprovació dels pressuposts i de les seves modificacions, la gestió del pressupost de despeses, les despeses de personal i altres disposicions, la gestió del pressupost d'ingressos, el tancament del pressupost i la informació que el Govern ha de trametre al Parlament de les Illes Balears. Així mateix, la Llei 13/2014 inclou un títol complet i algunes de les seves disposicions finals, amb relació als ens instrumentals, a fi de regular certes relacions financeres internes amb l'Administració de la comunitat autònoma i de reordenar determinades entitats d'acord amb la legislació aplicable i les previsions pressupostàries respectives. Amb relació a les normes tributàries, s'estableix una reducció general

d'un 20% en la majoria de les taxes, a la qual cosa s'ha d'afegir la supressió de les taxes directament relacionades amb l'inici de qualsevol activitat empresarial o professional i també la implantació de nous beneficis fiscals en l'àmbit dels imposts cedits. N'és de destacar la reducció amb caràcter general dels tipus en l'escala de gravamen autonòmica de l'IRPF i, pel que fa a l'impost sobre el patrimoni, l'elevació del mínim exempt a 800.000 euros. Per la seva part, la **Llei 14/2014, de 29 de desembre, de finances de la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 8) incorpora al nostre ordenament jurídic tot un seguit de reformes normatives aprovades en l'àmbit de la Unió Europea i de l'Estat espanyol que han afectat tots els vessants propis de la legislació de finances (matèria financera, comptable i pressupostària), aprovades amb l'objectiu de donar resposta legal a l'impacte en les finances de les administracions públiques inherent a la crisi econòmica i financera iniciada l'any 2007. Arran de la reforma de l'art. 135 CE i les lleis orgàniques que la desenvolupen, s'estableixen tres objectius fonamentals en les finances públiques, que són la garantia de la sostenibilitat financera de totes les administracions públiques, l'enfortiment de la confiança en l'estabilitat de l'economia espanyola i el reforçament del compromís d'Espanya amb la Unió Europea en matèria d'estabilitat pressupostària. L'assoliment d'aquests objectius i el reforçament del principi de transparència en l'actuació de les administracions públiques inspiren les principals novetats de la Llei 14/2014, la qual s'estructura en un títol preliminar i sis títols més. Al títol preliminar es defineixen l'objecte i l'àmbit d'aplicació de la Llei, s'enumeren els principis rectors de l'activitat economicofinancera i, específicament, es determinen els principis pressupostaris, entre els quals s'hi han de destacar els nous principis de prudència i transparència. D'altra banda, el títol preliminar delimita les competències dels principals actors en les matèries objecte de la Llei, és a dir, el Parlament, el Consell de Govern, el conseller competent en matèria d'hisenda i pressuposts, els altres consellers, els organismes autònoms i la resta d'entitats instrumentals del sector públic administratiu i, finalment, dels ens del sector públic empresarial i fundacional. Sota la rúbrica «Hisenda pública de la comunitat autònoma de les Illes Balears», se'n regulen els drets que la integren (enumeració d'aquests, administració de recursos, gestió de tributs, ingressos procedents del patrimoni, règim dels drets econòmics de la hisenda pública, extinció de crèdits i deutes per compensació, prerrogatives de la hisenda pública, recaptació dels ingressos de dret públic, etc., i les obligacions que en constitueixen el seu objecte, com també s'hi estableix el règim de revisió d'actes en via economicoadministrativa.

El títol II de la Llei es dedica als pressuposts generals i com a principal novetat s'ha de destacar la previsió de l'aprovació d'un pla pressupostari a mitjà termini, a fi de garantir una programació pressupostària coherent amb els objectius d'estabilitat pressupostària i de deute públic. També és remarcable la introducció per primera vegada al nostre ordenament jurídic autonòmic de la regla de despesa i el límit màxim de despesa no financera. La matèria pressupostària es tractada en la Llei des dels següents caires: la programació pressupostària i l'objectiu d'estabilitat, el contingut i l'aprovació dels pressuposts, el règim dels crèdits pressupostaris i les modificacions, les modificacions dels pressuposts dels ens del sector públic empresarial i fundacional, les despeses pluriennals, l'execució i liquidació dels pressuposts dels ens del sector públic administratiu i, per últim, el seguiment de l'execució i plans economicofinancers de reequilibri i d'ajust. El títol III, tresoreria, endeutament i avals, presenta com a principal novetat la necessitat de disposar d'un pla de tresoreria anual, en el qual s'ha de donar prioritat absoluta al pagament dels interessos i capital del deute públic. El control intern i la comptabilitat pública constitueixen l'objecte del títol IV. Així, es delimiten les funcions i l'estructura general de la Intervenció General de la comunitat autònoma, com a òrgan encarregat d'acomplir aquest control intern i se'n descriuen els objectius i les formes d'exercici (funció interventora i control financer), els principis que el regeixen i l'àmbit d'aplicació. El títol V, sobre responsabilitats, s'estructura en tres capítols relatius a disposicions generals, a les normes específiques per a la hisenda pública autonòmica i la resta d'entitats instrumentals de dret públic i a les normes específiques per a les entitats instrumentals de dret privat. El darrer títol, el VI, regula la tramesa periòdica d'informació que el Govern ha de fer al Parlament de les principals dades economicofinanceres i, d'altra banda, s'estableixen normes sobre publicitat activa en matèria financera.

Ja dins el darrer any de la VIII Legislatura, s'aprovaren les normes següents. En primer lloc, **la Llei 2/2015, de 27 de febrer, de règim sancionador en matèria d'activitats marítimes, nàutiques i subaquàtiques (esportives i recreatives) a les Illes Balears** (BOIB núm. 33), que pretén unificar en un sol text legal el règim sancionador aplicable a les dites activitats, amb la finalitat d'aconseguir un marc normatiu que garanteixi el control de l'exercici d'aquestes, tot superant un règim sancionador anterior establert de manera parcial en la llei de mesures d'acompanyament dels pressuposts de la comunitat autònoma de les Illes Balears i en el text refós de la Llei de ports de l'Estat i de la marina mercant, no sempre amb

una tipificació adequada a les matèries objecte d'aquesta Llei. Concretament, se sotmeten al règim sancionador que la Llei estableix les activitats d'escoles nàutiques esportives, les de les escoles de navegació que fan ensenyament per a l'obtenció de titulacions nàutiques d'esbarjo, les de lloguer d'embarcacions i centres d'arrendament de motos nàutiques per dies, les dels centres lucratius de piragüisme i les que fan referència al busseig recreatiu. El contingut de la Llei és el propi de tot règim sancionador: tipificació de les infraccions (lleus, greus i molt greus), la determinació de la responsabilitat dels infractors, les sancions imposables i els criteris de graduació, juntament amb determinades normes relatives al procediment aplicable (òrgans competents, termini de resolució, actes d'inspecció, actuacions prèvies i mesures provisionals). En segon lloc, la **Llei 3/2015, de 23 de març, per la qual es regula el consum cultural i el mecenatge cultural, científic i de desenvolupament tecnològic, i s'estableixen mesures tributàries** (BOIB núm. 44), la qual té per objecte regular el mecenatge sobre les matèries indicades a la denominació i els incentius fiscals aplicables, com també els incentius aplicables a d'altres activitats per al foment de la cultura i del sector cultural, que duguin a terme persones físiques o jurídiques subjectes a la normativa tributària de la comunitat autònoma de les Illes Balears. La Llei s'estructura en tres títols. En el primer es defineixen els conceptes de mecenatge cultural, científic o de desenvolupament tecnològic. Així mateix, es delimiten els projectes i les activitats que poden ser objecte de mecenatge i es concreten les persones i entitats que en poden ser beneficiàries. També es concreten les modalitats de mecenatge: donacions i llegats, cessions d'ús o contractes de comodat i convenis de col·laboració especial. El títol II, sota la denominació de declaració d'interès social, amplia en favor de les persones i entitats beneficiàries, la possibilitat de gaudir del mecenatge, quan desenvolupin determinats projectes i activitats no expressament previstos en la Llei, però que es considerin mereixedores de ser-ho. S'encarrega a la conselleria competent en matèria de cultura i universitats l'avaluació i resolució sobre la dita declaració d'acord amb els criteris que la mateixa Llei determina com, per exemple, la rellevància i repercussió social de les activitats, la incidència i el foment de la creació artística i en el suport als creadors, el valor i interès en relació amb la formació artística i cultural o en el foment de la participació dels ciutadans i creació de públic o amb la realització d'inversions culturals que contribueixen a la difusió de l'art, la cultura, la música, el patrimoni o qualsevol altra expressió artística, etc. El títol III regula respecte de cada una de les modalitats de mecenatge, els requisits per tal que puguin ser objecte

d'incentius fiscals, les bases de les deduccions i les reduccions aplicables i les obligacions de justificació de l'operació. Els impostos sobre els quals s'apliquen els beneficis fiscals són l'impost de donacions, l'impost de transmissions patrimonials i actes jurídics documentats i l'impost sobre la renda de les persones físiques.

En tercer lloc, hi trobam la **Llei 4/2015, de 23 de març, de drets i garanties de la persona en el procés de morir** (BOIB núm. 44). Aquesta Llei fou aprovada amb el recolzament unànime de la Cambra parlamentària i suposa un desenvolupament legislatiu del contingut de l'art. 25 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, referit a la dignitat de les persones davant el procés de morir. Davant el progressiu envelliment de la població, la cronificació de moltes malalties i la possibilitat de manteniment de tractaments, en ocasions fútils i perjudicials per a les persones en aquesta etapa de la vida, juntament amb altres canvis culturals i socials, en justifica l'aprovació d'una llei que té com a finalitats la protecció de la dignitat de la persona en el seu procés de morir, l'assegurament de l'autonomia dels pacients i el respecte a la seva voluntat en el seu procés de morir i la provisió d'una atenció de qualitat als seus destinataris. Per tal de fer efectives aquestes finalitats, la Llei 4/2015 s'inspira en uns principis bàsics, que són: la garantia del ple respecte del dret a la plena dignitat de la persona, la promoció de la llibertat, l'autonomia i la voluntat de la persona, d'acord amb els seus desitjos, preferències, creences o valors, així com la preservació de la seva intimitat i confidencialitat, la garantia que el rebuig d'un tractament per voluntat de la persona, o la seva interrupció, no suposi el menyscabament d'una atenció sociosanitària integral i del dret a la plena dignitat de la persona en el seu procés de morir, la garantia del dret de totes les persones a rebre cures pal·liatives integrals i un tractament adequat del dolor, així com la igualtat efectiva i l'absència de discriminació en l'accés als serveis sanitaris en el seu procés de morir. Aquests principis bàsics es desenvolupen en la Llei en distintes direccions. Per una part, es regulen els drets de les persones davant el procés de morir i es recullen els següents: a la informació assistencial, a la presa de decisions i al consentiment informat, al rebuig i a la retirada d'una intervenció, a realitzar la declaració de voluntat anticipada; també els drets de les persones en situacions d'incapacitat respecte de la informació, la presa de decisions i el consentiment informat, els drets dels pacients menors d'edat, el dret dels pacients a rebre cures pal·liatives integrals i a l'elecció del domicili per rebre-les, el dret dels pacients al tractament del patiment, el dolor i altres símptomes, el dret dels pacients a l'administració de sedació en l'agonia, el dret a la intimitat personal i familiar i a la

confidencialitat i el dret a l'acompanyament. Per una altra part, es concreten en la Llei els deures dels professionals sanitaris que atenen pacients davant el procés de morir respecte de la informació clínica, de la presa de decisions clíniques, de la declaració de voluntat anticipada, de l'adequació de mesures terapèutiques i, finalment, respecte de les persones que puguin trobar-se en situació d'incapacitat de fet. A part dels drets i deures esmentats, la Llei determina també les garanties que han de proporcionar les institucions sanitàries i sociosanitàries, relatives als drets dels pacients, a l'acompanyament dels pacients, al suport a la família i a les persones cuidadores, a l'assessorament en cures pal·liatives, a l'estada en habitació individual per a persones en situació terminal, a la promoció del voluntariat i als comitès d'ètica assistencial. La Llei es completa amb la regulació d'un règim sancionador.

Seguidament ens referirem a la **Llei 5/2015, de 23 de març, de racionalització i simplificació de l'ordenament legal i reglamentari de la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 44), la qual atén a la resolució d'un problema comú a pràcticament tots els sistemes normatius occidentals i també a l'ordenament jurídic balear, que és el de l'anomenada contaminació legislativa. És a dir, l'acumulació temporal de totes les normes aprovades que no han estat derogades expressament, però que ja no s'apliquen perquè han perdut el seu objecte, han estat derogades tàcitament, estan en desús o n'ha vençut el termini de vigència establert, d'una banda; i l'existència de normes que s'han modificat reiteradament i, a més, mitjançant instruments normatius diversos, d'altra. Aquesta situació genera un grau molt elevat d'incertesa jurídica a l'hora de determinar quin és exactament l'ordenament autonòmic vigent. Així doncs, la finalitat d'aquesta Llei és la depuració de l'ordenament jurídic balear, és a dir, la simplificació del dit ordenament jurídic balear des del punt de vista formal, a fi de dotar-lo de més coherència interna i de facilitar el coneixement, més cert i clar, de les normes que el componen. Els instruments que fa servir la Llei 5/2015 per aconseguir-ho són, en primer lloc, la derogació expressa de totes les normes en desús, obsoletes o que han perdut el seu objecte o finalitat a causa de l'evolució del context social, jurídic o polític, o del simple transcurs del temps. En segon lloc, l'autorització al Govern de les Illes Balears per aprovar els texts refosos de les lleis que s'han modificat de manera successiva i dispersa o de manera substancial. En tercer lloc, mitjançant l'encàrrec al Govern perquè elabori les versions consolidades de les normes reglamentàries que s'han anat modificant repetidament en aspectes substancials. La determinació concreta de les normes sobre les quals s'han de dur a terme aquestes operacions

jurídiques s'estableix en quatre annexos de la pròpia Llei. En fi, per tal de facilitar-ne al Govern de les Illes Balears la seva tasca al respecte, la Llei introdueix dins la Llei 4/2001, de 14 de març, del Govern de les Illes Balears, un procediment simplificat d'elaboració de texts consolidats, quan les normes sobre les quals s'actua tenguin rang reglamentari i l'actuació a realitzar no impliqui cap modificació, ni tan sols amb la finalitat d'aclarir-ne, regularitzar-ne o harmonitzar-ne el seu contingut.

D'altra banda, la **Llei 6/2015, de 30 de març, per la qual es regula el mecenatge esportiu i s'estableixen mesures tributàries** (BOIB núm. 50) pretén contribuir al foment de l'esport i de les entitats esportives de les Illes Balears, mitjançant la posada en marxa d'un conjunt de mesures d'estímul ideades per superar el model que fa dependre el finançament de l'esport exclusivament dels ajuts públics i instaurar un nou marc que afavoreixi una acció conjunta publicoprivada. Defineix la Llei el mecenatge esportiu com la participació privada en la realització de projectes o activitats esportives que, o bé estiguin inclosos dins l'àmbit federatiu o bé que siguin declarats d'interès social per la conselleria competent en matèria d'esports, així com les activitats d'investigació, documentació, conservació i promoció del patrimoni esportiu de les Illes Balears. El mecenatge esportiu es pot dur a terme a través de donacions i llegats, de préstecs d'us o comodats i de convenis de col·laboració. En poden ser beneficiàries del mecenatge esportiu les entitats sense ànim de lucre amb domicili fiscal a les Illes Balears, l'Administració de la comunitat autònoma, dels consells insulars i de les entitats locals de les Illes Balears, la Universitat de les Illes Balears, com també les persones amb domicili fiscal a les Illes Balears que de manera habitual realitzen activitats esportives. La Llei conté una definició del que s'ha d'entendre per activitat esportiva. D'altra banda, es regulen els criteris que s'han de tenir en compte per efectuar la declaració d'interès social esportiu amb relació a determinats projectes o activitats esportives, que els faci susceptibles de ser objecte de mecenatge esportiu. Pel que fa als incentius fiscals, la Llei estableix els requisits perquè les donacions, els préstecs d'us o comodats i els convenis de col·laboració empresarial en activitats d'interès esportiu puguin ser incentivats fiscalment i concreta els tributs sobre els quals operen, que són l'impost sobre la renda de les persones físiques, l'impost sobre transmissions patrimonials i l'impost sobre successions i donacions. Per últim, s'ha de dir que d'una manera totalment extravagant i asistemàtica, la Llei conté una disposició final segona que modifica l'annex 21 de la Llei 13/2014, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears

per a l'any 2015, per tal de fer possible el pagament de determinades despeses de personal docent que havien estat objecte de retallades en anys anteriors.

El **Decret llei 1/2015, de 10 d'abril, pel qual s'aprova la Instrucció de planificació hidrològica per a la demarcació hidrogràfica intracomunitària de les Illes Balears** (BOIB núm. 52; validació BOIB núm. 66) fou aprovat, segon adverteix el seu preàmbul, per tal d'evitar l'inici d'un procediment sancionador de la Comunitat Europea contra el Regne d'Espanya, atès que aquella considera que no s'ha transposat al marc normatiu de les Illes Balears la Directiva 2000/60/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre, per la qual s'estableix un marc comunitari d'actuació en l'àmbit de la política d'aigües. El Decret llei es concreta en un article únic que té per objecte l'aprovació de la dita Instrucció; l'objecte d'aquesta és l'establiment dels criteris tècnics per a la sistematització dels treballs d'elaboració dels plans hidrològics de la demarcació intracomunitària de les Illes Balears, d'acord amb el que estableix l'art. 82 del Reglament de planificació hidrològica aprovat mitjançant el RD 907/2007, de 6 de juliol. La prolixitat del contingut de la Instrucció, el seu caràcter profús i el fet que les normes que el conformen són, en realitat, més pròpies d'una norma purament reglamentària que d'una norma amb rang de llei, ens relleven de donar-ne compte més detallat. No obstant això, sí que convé fer esment que mitjançant una de les disposicions finals que integren el Decret llei es modifica la Llei 12/2014, de 16 de desembre, agrària de les Illes Balears, amb relació a la contractació pública de productes agraris i agroalimentaris.

La **Llei 7/2015, de 10 d'abril, per la qual s'estableix el marc regulador dels processos d'autonomia personal dels menors que han estat sotmesos a una mesura de protecció o reforma** (BOIB núm. 54), té com a objectiu bàsic la protecció dels menors que han estat sota la protecció de les administracions públiques que, en aconseguir la majoria d'edat, es troben en una situació de vulnerabilitat social que els impossibilita viure de forma autònoma o amb les garanties suficients per a això. S'atén, així, els joves d'entre 18 i 23 anys en risc d'exclusió social que no tenen suport familiar, especialment aquells joves que han estat objecte d'una mesura de protecció o de reforma que no poden retornar a la seva família nuclear i que han d'assumir un procés d'autonomia personal. També són objecte de la Llei, però, aquells joves respecte dels quals, tot i romandre a la seva família nuclear, es faci necessària la seva inclusió en un programa d'autonomia personal. Des d'un punt de vista material, la Llei imposa a les administracions públiques competents de les Illes Balears, l'obligació d'oferir programes de

preparació per a la vida independent, els quals hauran de propiciar un seguiment socioeducatiu, allotjament, inserció sociolaboral, suport psicològic i ajudes econòmiques. Els joves poden estar inclosos en aquests programes des de dos anys abans del cessament de la mesura de protecció o de reforma i hi continuaran una vegada complerta la majoria d'edat, amb el compromís de participació activa i aprofitament per part seva. Així mateix, es preveu la possibilitat de perllongar l'estada dels joves als centres després de la majoria d'edat (fins als 21 anys) quan es donin determinats requisits, com ara, la sol·licitud voluntària del jove, la mancança de suport familiar suficient i mitjans per a la seva independència, entre d'altres. Per últim, és de destacar que la Llei preveu la col·laboració entre administracions competents, sota criteris de coordinació interinstitucional, i, sobretot, que les administracions competents hauran de fomentar la col·laboració amb les entitats privades sense ànim de lucre que contribueixin al compliment dels objectius prevists en la Llei.

L'activitat legislativa de la VIII Legislatura va acabar amb una modificació del **Reglament del Parlament de les Illes Balears**. Efectivament, **el seu art. 21** fou modificat per tal de fer possible la publicitat de la declaració que els diputats i diputades estan obligats a realitzar en el moment d'adquirir i perdre la seva condició com a tals, amb relació als seus béns patrimonials i amb aquelles activitats que els proporcionen o poden proporcionar-los ingressos econòmics. Aquesta publicitat es fa efectiva mitjançant la publicació de la declaració a la pàgina web del Parlament i al seu Butlletí Oficial. La reforma esmentada fou publicada en el BOIB núm. 58, de 21 d'abril de 2015.

Un cop celebrades les eleccions al Parlament de les Illes Balears, constituït aquest i format el nou Govern, es va dictar el **Decret llei 2/2015, de 24 de juliol, de mesures urgents en matèria de grans establiments comercials** (BOIB núm. 112, validació BOIB núm. 118). Aquesta norma té per objecte la modificació de determinats preceptes de la Llei 11/2014, de 15 d'octubre, de comerç de les Illes Balears. Efectivament, davant la interposició d'un recurs d'inconstitucionalitat pel Govern central amb relació a alguns preceptes de la Llei esmentada i l'Acord del TC de suspensió de la seva vigència, el Govern de les Illes Balears reacciona amb l'aprovació d'aquet Decret llei tot introduint en la legislació balear les modificacions de caràcter tècnic que garantissin amb celeritat un millor encaix de la Llei 11/2014 en el marc bàsic estatal, alhora que s'establien mecanismes per tal de continuar preservant a cada illa els valors territorial, mediambientals, etc, que podrien posar-se

en perill si l'Administració balear no comptàs amb la possibilitat d'efectuar adequadament un control previ de la nova implantació o de l'ampliació de grans establiments comercials. Així, el Decret llei estableix que el procediment d'obtenció de l'autorització comercial és únic i de competència autonòmica, alhora que integra la intervenció de les altres administracions amb competències sectorials afectades, per tal que l'operador vegi simplificada la seva tramitació. Així mateix, estableix una regulació mínima del procediment per a l'obtenció de l'autorització comercial, com també adapta els terminis de la seva tramitació i el sentit del silenci a allò que es disposa en la legislació estatal bàsica. D'altra banda, el Decret llei adapta els requisits per a la declaració de zona de gran afluència turística a la mateixa legislació bàsica i, per últim, concorda el sentit del silenci a allò disposat per la legislació bàsica en matèria de procediment. La disposició addicional del Decret llei estableix un termini de suspensió de l'atorgament d'autoritzacions comercials a fi de poder dur a terme adequadament la implantació reglamentària que sigui necessària i de donar temps als operador econòmics perquè puguin adaptar els seus projectes al nou règim d'autorització.

Per últim hem d'esmentar la **Llei 8/2015, de 16 d'octubre, per la qual es deroga la Llei 9/2013, de 23 de desembre, sobre l'ús de símbols institucionals de les Illes Balears** (BOIB núm. 156). Aquesta ha estat la primera de les lleis aprovades pel Parlament després de les eleccions de maig de 2015. Es tracta d'una llei d'article únic que, purament i simplement, deroga la Llei de símbols, ordena l'arxiu dels procediments sancionadors iniciats a l'empara de la dita Llei i l'anul·lació de les sancions que s'hagin pogut imposar com a conseqüència de la mateixa. Congruentment amb la derogació de la Llei de símbols, es suprimeixen determinades infraccions i sancions previstes en la Llei 3/2007, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en aquesta matèria.

2. Decrets

D'entre els decrets aprovats pel Govern de les Illes Balears durant el temps que abasta aquesta crònica, hem de destacar-ne un primer grup integrat per aquells que desenvolupen les lleis aprovades en el mateix lapse temporal i a les quals ja ens hem referit abans. Així, el Decret 30/2015, de 8 de maig, pel qual es regulen els procediments per a l'autorització i l'**obertura de noves oficines de farmàcia** (BOIB

núm. 70; correcció d'errades BOIB núm. 74); el Decret 39/2015, de 22 de maig, pel qual es fixen els principis generals de les **activitats agroturístiques** en explotacions agràries preferents de les Illes Balears (BOIB núm. 77) i el Decret 43/2015, de 22 de maig, de principis generals i directrius de coordinació en matèria d'explotacions agràries, agràries prioritàries, de titularitat compartida, preferents i d'oci o autoconsum; de regulació sobre l'organització i funcionament del Registre Interinsular Agrari i dels registres insulars agraris de les Illes Balears (BOIB núm. 77) i el Decret 40/2015, de 22 de maig, pel qual es regula el Catàleg d'aliments tradicionals de les Illes Balears (BOIB núm. 77), tots ells de **desenvolupament de la Llei agrària** i el Decret 85/2015, de 23 d'octubre, pel qual es deroguen diversos decrets en compliment de la disposició addicional única de la Llei 5/2015, de 23 de març, de **racionalització i simplificació de l'ordenament legal i reglamentari** de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 155).

Un segon grup de decrets podria venir constituït per aquells que desenvolupen lleis aprovades en anys anteriors. Així, el Decret 18/2015, de 10 d'abril, pel qual s'estableixen els principis generals als quals s'han de sotmetre els **concerts socials** (BOIB núm. 54), que desenvolupa la Llei 4/2009, d'11 de juny, de serveis socials de les Illes Balears; el Decret 20/2015, de 17 d'abril, de principis generals i directrius de **coordinació en matèria turística**; de regulació d'òrgans assessors, de coordinació i de cooperació del Govern de les Illes Balears, i de regulació i classificació de les empreses i dels establiments turístics, dictat en desplegament de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, de turisme de les Illes Balears (BOIB núm. 56); el Decret 26/2015, de 24 d'abril, pel qual es regula el **marisqueig professional i recreatiu** en les Illes Balears (BOIB núm. 66) i el Decret 41/2015, de 22 de maig, pel qual es regulen les activitats **d'extracció de flora o fauna marina i les activitats subaquàtiques** a les reserves marines de les aigües interiors del litoral de les Illes Balears (BOIB núm. 77), que desenvolupen la Llei 6/2013, de 7 de novembre, de **pesca marítima, marisqueig i aqüicultura** a les Illes Balears; el Decret 28/2015, de 30 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament marc de **coordinació de les policies locals** de les Illes Balears (BOIB núm. 67; correcció d'errades BOIB núm. 91), aprovat en desenvolupament de la Llei 6/2005, de 3 de juny, i el Decret 38/2015, de 22 de maig, pel qual es regula l'**activitat esportiva en edat escolar** a les Illes Balears (BOIB núm. 77), que desenvolupa la Llei 14/2006, de l'esport de les Illes Balears.

Altres matèries que han estat objecte de l'atenció de l'activitat reglamentària del Govern són la **sanitat**: Decret 9/2015, de 13 de març, de modificació del Decret 35/2011, de 8 d'abril, pel qual es crea el Centre Coordinador d'Atenció Primerenca i Desenvolupament Infantil de les Illes Balears (BOIB núm. 36), i el Decret 16/2015, de 10 d'abril, d'ordenació sanitària territorial de la comunitat autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 52; correcció d'errades BOIB núm. 61); l'**educació**: Decret 25/2015, de 24 d'abril, pel qual es regulen els ensenyaments de formació professional bàsica del sistema educatiu en el sistema integrat de formació professional de les Illes Balears (BOIB núm. 61), i el Decret 35/2015, de 15 de maig, pel qual s'estableix el currículum del batxillerat a les Illes Balears (BOIB núm. 73), tots dos dictats en execució de la LO 8/2013, de 9 de desembre, per a la millora de la qualitat educativa (BOE núm. 295), i el **medi ambient**: Decret 11/2015, de 20 de març, pel qual s'aprova el Pla Forestal de les Illes Balears (2015-2035) (BOIB núm. 40; el Decret 22/2015, de 17 d'abril, pel qual s'aprova el IV Pla General de Defensa contra Incendis Forestal de les Illes Balears (2015/2024) (BOIB núm. 56); el Decret 14/2015, de 27 de març, pel qual s'aproven cinc plans de gestió de determinats espais protegits Xarxa Natura 2000 de les Illes Balears (BOIB núm. 51) i els decrets que aproven el Pla de Gestió Natura 2000 de l'Arxipèlag de Cabrera (Decret 47/2015, de 22 de maig; BOIB núm. 79), de Ses Salines d'Eivissa i Formentera (Decret 48/2015, de 22 de maig; BOIB núm. 77) i de la Serra de Tramuntana (Decret 49/2015, de 22 de maig; BOIB núm. 79).

Per últim, són destacables també els decrets de **traspassos de competències** en matèria de **promoció turística** als consells insulars de Menorca (Decret 12/2015, de 20 de març; BOIB núm. 40) i d'Eivissa (Decret 45/2015, de 22 de maig; BOIB núm. 77) i el Decret 31/2015, de 8 de maig, pel qual es regulen els drets dels consumidors i usuaris davant l'activitat de **venda al públic a la menuda de gasolines i gasoils d'automoció** en el territori de les Illes Balears (BOIB núm. 70).

II. Estat

La **matèria processal** ha estat objecte d'atenció reiterada per part del legislador estatal durant el temps que abasta aquesta crònica. Així, per ordre cronològic, ens hem de referir a la Llei 21/2014, de 4 de novembre, que modifica la LEC a propòsit dels canvis introduïts sobre la propietat intel·lectual (BOE núm. 268); la LO 7/2014,

de 12 de novembre, sobre intercanvi d'informació d'antecedents penals i consideració de resolucions judicials penals a la Unió Europea (BOE núm. 275; correcció d'errades BOE núm. 276); la Llei 23/2014, de 20 de novembre, de reconeixement mutu de resolucions penals a la Unió Europea (BOE núm. 282); la LO 5/2015, de 27 d'abril, de modificació de la LOPJ i la LEC, per a la transposició de directives europees sobre el dret a la interpretació i traducció de processos penals i el dret a la informació en els processos penals (BOE núm. 101); la Llei 4/2015, de 27 d'abril, de l'Estatut de la víctima del delicte (BOE núm. 101); la LIei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària (BOE núm. 158; correcció d'errades BOE núm. 210); la LO 7/2015, de 21 de juliol, per la qual es modifica la LOPJ (BOE núm. 174); la Llei 29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil (BOE núm. 182); la LO 10/2015, de 10 de setembre, per la qual es regulen l'accés i la publicitat de determinada informació que contenen les sentències dictades en matèria de frau fiscal (BOE núm. 218), i, especialment, la modificació de la LEC duta a terme mitjançant la LO 13/2015, de 5 d'octubre (BOE núm. 239; correcció d'errades BOE núm. 285), la Llei 41/2015, de 5 d'octubre (BOE núm. 239; correcció d'errades BOE núm. 296) i la Llei 42/2015, de 5 d'octubre (BOE núm. 239). A banda de la jurisdicció ordinària, les **normes processals del Tribunal Constitucional** també han estat modificades mitjançant la LO 12/2015, de 22 de setembre, per la qual s'estableix un recurs previ d'inconstitucionalitat per als projectes de llei orgànica d'estatut d'autonomia o de la seva modificació (BOE núm. 228) i mitjançant la LO 15/2015, de 16 d'octubre, relativa a l'execució de les resolucions del Tribunal Constitucional com a garantia de l'Estat de dret (BOE núm. 249).

També la matèria tributària ha sofert importants modificacions que han afectat principalment l'impost de societats (Llei 27/2014, de 27 de novembre, BOE núm. 288; correccions d'errades BOE núm. 62 de 2015 i 16 de 2016); l'IRPF (Llei 26/2014, de 27 de novembre, BOE núm. 288; RDL 9/2015, de 10 de juliol, BOE núm. 165) i la pròpia Llei general tributària (Llei 34/2015, de 21 de setembre; BOE núm. 227, correcció d'errades BOE núm. 231). Per altra banda, per la seva transcendència, hem de cridar l'atenció sobre determinades lleis que incidiran sobre les administracions públiques i sobre la seva relació amb els ciutadans: la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (BOE núm. 236); la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (BOE núm. 236; correcció d'errades BOE núm. 306); el RDLEG 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat

públic (BOE núm. 261; correcció d'errades BOE núm. 278), i la Llei 18/2015, de 9 de juliol, de modificació de la Llei 37/2007, de 16 de novembre, sobre reutilització de la informació del sector públic (BOE núm. 164; correcció d'errades BOE núm. 210). Encara dins l'àmbit de les administracions públiques, han tingut també una importància destacada el RDL 17/2014, de 26 de desembre, de mesures de sostenibilitat financera de les comunitats autònomes i entitats locals i altres de caràcter econòmic (BOE núm. 315) i la LO 6/2015, de 12 de juny, de modificació de la LOFCA i de la LO 2/2012, de 27 d'abril, d'estabilitat pressupostària i sostenibilitat financera (BOE núm. 141).

Pel que fa a les Illes Balears, el Govern de la Nació ha aprovat el RD 318/2015, de 24 d'abril, pel qual es delimita la zona de promoció econòmica de la CAIB (BOE núm. 102) i el RD 701/2015, de 17 de juliol, pel qual s'aprova el Pla hidrològic de la demarcació hidrogràfica de les Illes Balears (BOE núm. 171).

Per últim, altres normes de les quals se n'ha de deixar constància de la seva aprovació són la LO 8/2015, de 22 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència (BOE núm. 175) i la Llei amb el mateix nom 26/2015, de 28 de juliol (BOE núm. 108; correcció d'errades BOE núm. 285); la LO 4/2015, de 30 de març, de protecció de la seguretat ciutadana i la LO 2/2015, de 30 de març, per la qual es modifica la LO 10/1995, de 23 de novembre, del Codi Penal, en matèria de delictes de terrorisme (ambdues, BOE núm. 77); la LO 14/2015, de 14 d'octubre, del Codi penal militar (BOE núm. 247); la LO 3/2015, de 30 de març, de control de l'activitat economicofinancera dels partits polítics, per la qual es modifiquen la Llei orgànica 8/2007, de 4 de juliol, sobre finançament dels partits polítics, la Llei orgànica 6/2002, de 27 de juny, de partits polítics, i la Llei orgànica 2/1982, de 12 de maig, del Tribunal de Comptes (BOE núm. 77); la Llei 43/2015, de 9 d'octubre, del tercer sector d'acció social (BOE núm. 243); la Llei 45/2015, del voluntariat (BOE núm. 247); el RDL 1/2015, de 27 de febrer, de mecanisme de segona oportunitat, reducció de càrrega financera i altres mesures d'ordre social (BOE núm. 51), i la Llei 9/2015, de 25 de maig, de mesures urgents en matèria concursal (BOE núm. 125; correcció d'errades BOE núm. 264), entre d'altres.

rjib14

LLIBRES

Eugenia Garcías de España
Advocada
Professora associada de dret civil
de la Universitat de les Illes Balears
(Autorregulación y solución de conflictos en el ámbito del turismo)

Catalina Munar Miquel
Professora associada de dret administratiu
de la Universitat de les Illes Balears
(Bosquejo de sustentabilidad ambiental en el Derecho Civil)

AUTORREGULACIÓN Y SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ÁMBITO DEL TURISMO. M.ª N. TUR FAÚNDEZ (coord.). Madrid: Colex, 2014.

I

La presente obra se encuadra dentro de la colección «El derecho de la globalización», editada por Colex y dirigida por los profesores Dr. L. CALVO CARAVACA y Dr. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ.

Que el turismo es una de las principales fuentes de riqueza de nuestro país, no es ningún secreto. España, en general, y Baleares, en particular, atraen cada año a millones de turistas. No es por tanto de extrañar que la presente obra haya sido coordinada desde la Universitat de les Illes Balears.

Si bien todos conocemos las bondades del turismo, no es menos cierto que la riqueza a cualquier precio y una explotación indiscriminada pueden conducir a la destrucción del país receptor, y al descontento de los ciudadanos, tanto de los residentes como de los propios turistas. Los autores abogan por la necesidad de un desarrollo sostenible, promoviendo el uso de buenas prácticas a nivel empresarial e introduciendo códigos de conducta. Es lo que se denomina «autorregulación» en sentido estricto, siendo su principal característica la voluntariedad.

Sobre dicha figura, el profesor S. CAVANILLAS realiza una interesante distinción entre los llamados códigos de responsabilidad social corporativa y con clientes. Los primeros repercuten de manera directa en la imagen pública de la empresa, existiendo varias líneas de actuación claramente diferenciadas: el fin de la explotación sexual como reclamo turístico, la conservación del medio ambiente y la garantía de los derechos fundamentales de los trabajadores. Si bien se hace referencia a las tres líneas, el autor se detiene fundamentalmente en los pactos de conducta adoptados por concretos organizadores turísticos, tendentes a acabar con el «turismo sexual», realizando un estudio pormenorizado sobre el contenido de dichos códigos (inclusión de cláusulas en los contratos con proveedores, formación específica al personal, información al viajero...), y su implantación a nivel empresarial, así como del seguimiento y control, interno y externo, de los mismos. En relación con los segundos, dirigidos a los clientes/turistas/consumidores, el autor pone de manifiesto cómo suponen una ventaja competitiva entre las empresas del sector, pues ofrecen una mejor expectativa al consumidor, entroncando plenamente con el campo del comercio electrónico. También en este caso, el profesor CAVANILLAS distingue, por una parte, los códigos dirigidos a la contratación de

servicios turísticos en Internet, exponiendo de manera clara el funcionamiento del sistema de doble certificación, aplicable en España a los códigos de conducta para el comercio electrónico, y las exigencias del RD 1163/2005, de 30 de septiembre; y, por otra, se refiere a los códigos aplicables a la prestación de servicios, inexistentes en nuestro país; para terminar con los códigos aplicables a la actividad publicitaria, que en España gestiona la asociación «Autocontrol». En este punto, resulta especialmente interesante la forma en que aborda el autor el régimen jurídico de dichos códigos de conducta, según se trate de una utilización engañosa, un incumplimiento del código o bien que se trate de un código incorrecto. En los dos primeros casos, la Ley de competencia desleal permite la posibilidad de acudir tanto a los tribunales como a las autoridades administrativas correspondientes; asimismo, y también en ambos casos, el autor pone de manifiesto el modo en que el contenido del código se incorpora íntegramente al contrato y puede ser exigido por el consumidor en todos sus extremos. Resulta novedosa la reflexión que realiza el autor sobre los denominados «códigos incorrectos», es decir, aquellos que se limitan a reproducir la ley o se tratan de un mero *desiderátum*, y si pueden ser considerados o no como «práctica desleal».

II

La segunda parte de la obra se refiere al arbitraje y a la forma en que el sistema arbitral puede acoplarse a la resolución de conflictos turísticos. Por su parte, el profesor TORRES LANA pone de manifiesto cómo el colapso judicial obliga a buscar necesariamente otras alternativas. Hablamos de la mediación y el arbitraje. El autor estudia el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, destacando sus principios de antiformalismo y flexibilidad (criticando a su vez que la excesiva administrativización haga que se pongan en duda), la celeridad, confidencialidad y gratuidad (esta última enormemente matizada). A la luz del RD 231/2008, el profesor TORRES LANA considera, sin ningún género de duda, que puede efectivamente existir un sistema de arbitraje turístico bajo la cobertura de un sistema arbitral de consumo. Dicha conclusión se apoya fundamentalmente en la materia de que se trata (prácticamente disponible en su totalidad) y en la posibilidad de crear colegios sectoriales (art. 5.2 b RD). Esta última plantea, ya a primera vista, a juicio del autor, dos problemas fundamentales: la competencia territorial y la composición de la junta. El profesor TORRES LANA aborda también en este capítulo

el papel de la mediación en el arbitraje, señalando que el RD exige que las juntas arbitrales aseguren «el recurso a la mediación previa al conocimiento del conflicto», si bien esta institución también plantea importantes interrogantes: principalmente, quién debe procurar esa mediación y cuál será la legislación aplicable a la misma. Mención aparte merece el arbitraje colectivo que introduce como novedad el RD. Así, se superan los obstáculos debidos a la inexistencia de convenio arbitral y se abre la puerta a los arbitrajes colectivos, si no en el arbitraje en general, sí en el de consumo. El autor realiza una acertada interpretación del art. 56 del RD 231/2008, en relación con el art. 11 LEC, y pone al descubierto la realidad y alcance del precepto, quedando únicamente incluidos los intereses colectivos, que no los difusos. Pero es más: parece que tampoco el RD permite que las resoluciones vayan a tener el efecto del art. 221 LEC, sino que se establece un cauce para que varios afectados puedan reclamar conjuntamente. Concluye el autor este capítulo señalando los principales defectos de las reglas procedimentales, en materia de competencia, publicidad y necesidad de aceptación de los demandados.

Por su parte, la profesora TUR FAÚNDEZ, continuando con el estudio del RD 231/2008, señala los aspectos más relevantes, por un lado, de los sujetos de este «arbitraje turístico», poniéndolo también en relación con las diferentes leyes turísticas coexistentes en nuestro país (turista, como destinatario de la prestación de servicios y empresario); y, por otra parte, se refiere al objeto de dicho arbitraje, destacando la conclusión que realiza sobre la posibilidad de reclamar daños materiales no delictivos, ocasionados por una irregular prestación del servicio. Mención aparte merece el denominado arbitraje «in situ», es decir, aquel arbitraje *express*, puesto en práctica en algunas CC AA y al que se refiere el art. 40 del RD 231/2008, que pretende solventar el problema de que el turista, en realidad, pasa una corta estancia en nuestro país, cosa que en poco o en nada casa con la duración del procedimiento arbitral. La profesora TUR FAÚNDEZ, además de realizar un acertado estudio del mismo, señalando los problemas existentes en el propio sistema que pueden frustrar esa pretendida inmediatez, pone de manifiesto sus ventajas entre las que, además de la celeridad ya mencionada, destacan el secreto del laudo y la muestra de calidad del servicio del propio empresario.

Otra de las novedades introducidas por el RD 231/2008 es el arbitraje electrónico, como medio definitivo para superar distancias físicas y dar satisfacción a clientes y a empresarios, tal y como expone la profesora C. GIL MEMBRADO. Este tipo de arbitraje se sustancia íntegramente a través de medios electrónicos,

cualquiera que sea el lugar de la contratación o prestación del servicio. No obstante, tal solución no está exenta de problemas, y así lo expone de manera acertada la profesora GIL, relativos fundamentalmente a la determinación territorial del órgano competente en caso de incumplimiento del laudo, así como al régimen de las notificaciones *on line*, siendo necesario un sistema que pueda certificar el envío, la recepción y el contenido. En este sentido, resulta interesante la aplicación supletoria de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que defiende la profesora GIL en relación con el cómputo de los plazos de notificación. Resulta también de especial interés el apartado relativo al Reglamento comunitario 524/2013, de 21 de mayo. El objeto del mismo es crear un único procedimiento de arbitraje electrónico para los Estados miembros (con ventanilla única, gratuito y en todas las lenguas oficiales de la Unión), cuyo objeto sea resolver litigios de manera extrajudicial, siempre que se trate de materias de consumo contratadas *on line*.

III

La tercera parte del libro se centra fundamentalmente en la solución jurisdiccional de conflictos turísticos, tanto desde el punto de vista del Derecho español, como internacional, dada la connotación extranjera en este tipo de litigios. Así, desde la perspectiva del Derecho nacional, si bien es cierto que por las características del sector, la mayoría de la doctrina coincide en afirmar que el sistema más adecuado es el arbitraje de consumo, cierto es también que presenta una problemática nada desdeñable, según señalan los profesores LÓPEZ SIMÓ y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: la voluntariedad como requisito *sine qua non*, la unidireccionalidad (ya que solo permite reclamar al usuario de los servicios turísticos) y, fundamentalmente, el importante elenco de materias excluidas al arbitraje. Los autores de este capítulo realizan un detallado estudio de nuestro Derecho procesal, aplicado a los conflictos turísticos. Así, en materia de competencia objetiva, serán los tribunales de primera instancia los que, con carácter general, deberán conocer, sin perjuicios de materias reservadas a los tribunales mercantiles (CGC, publicidad,...); en materia de competencia territorial, los profesores LÓPEZ SIMÓ y DÍEZ PICAZO ponen de manifiesto que prácticamente será imposible la sumisión expresa a un tribunal diferente del que determinaran las normas contenidas en la LEC, ya que la mayoría de litigios, por razón de la cuantía, se decidirán en juicio verbal, donde se excluye expresamente la sumisión. En materia de legitimación, especialmente interesante

resulta la mención que se realiza sobre los «viajes combinados» y la responsabilidad solidaria de todos los intervinientes/prestadores de servicios, de manera que no tiene cabida la institución de litisconsorcio pasivo necesario. Por otra parte, se realiza también un detallado estudio de todos los procesos que, atendiendo a la naturaleza del conflicto, podrán ponerse en marcha para ejercitar la acción que pudiera corresponder a cualquiera de las partes implicadas, calificándolos como «procesos ordinarios», «procesos ordinarios con especialidades» y «procesos europeos». Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, el profesor GARAU SOBRINO expone la dificultad de encontrar el equilibrio entre el consumidor y el profesional, con relación a la protección del primero y la seguridad del segundo sobre aspectos tan relevantes como la ley aplicable y la competencia judicial. En relación a esta última, deberá estarse a la normativa interna de nuestro ordenamiento y a la normativa comunitaria e internacional. El profesor GARAU SOBRINO expone claramente cuál es el ámbito de aplicación del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, denominado «Bruselas I», para después centrarse en el estudio relativo al capítulo II, relativo a la contratación de los consumidores, entroncando plenamente con el concepto de «turista-perceptor de servicios turísticos». Explica el autor de este capítulo que existen diversos foros que podrían ser aplicables a la contratación turística, atendiendo a la naturaleza del litigio. Si bien existen foros de carácter general (domicilio de la demandada o, en caso de relación contractual, lugar donde debiera haberse cumplido la prestación), existen otros foros de aplicación preferente en materia de consumidores. La definición de «consumidor» la otorga el propio Reglamento, con independencia del concepto que tenga internamente cada uno de los Estados miembros. Así, se requiere que el consumidor adquiera para finalidad diferente de su actividad profesional; y, por otra parte, con relación al objeto del contrato, debe tratarse de una actividad que el profesional realice en el lugar donde está domiciliado el consumidor, o bien que «dirija» actividades a este Estado miembro. Resulta especialmente interesante el estudio que realiza el profesor GARAU SOBRINO sobre lo que significa «dirigir la actividad», y la doctrina del TJUE en este sentido. El autor estudia también las posibilidades de la sumisión expresa a un foro concreto, sus requisitos de admisibilidad y los límites de la misma, así como la problemática que puede existir en relación con el Derecho nacional, para concluir finalmente con el régimen general del art. 16, en caso de ausencia de sumisión. Además, y con carácter novedoso, hace referencia al Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de

diciembre, que sustituyó desde enero de 2015 al Reglamento 44/2001, y a la nueva regulación en la materia y cuya principal novedad es que se amplía el ámbito de aplicación a personas domiciliadas en terceros Estados. La segunda parte del capítulo se refiere a la ley aplicable, fundamentalmente al Reglamento Roma I, distinguiéndose entre el ámbito material y territorial de aplicación, destacando además del principio de universalidad, la posibilidad de que sean las partes las que elijan el derecho aplicable a la relación obligacional (y la posible contradicción de este precepto con la ley española), sin que ello suponga la renuncia a las disposiciones imperativas de la ley del domicilio del consumidor, y que sean protectoras del mismo. Para finalizar, el profesor realiza un interesante análisis sobre las normas de conflicto necesarias para determinar la *lex contractus*, haciendo un repaso de las posibles acciones que un turista, en su condición de tal, podría interponer.

IV

En definitiva, resulta ésta una interesante obra, que de manera clara expone la autorregulación en el sector turístico, y también los diferentes mecanismos de solución de conflictos, extrajudiciales y judiciales, en esta misma materia. A través de los mismos y de las novedades introducidas recientemente, principalmente con el RD 231/2008, trata de superarse la problemática que siempre ha rodeado a estos conflictos, entre otros, distancia física y gastos del proceso, atendiendo a la escasa cuantía de la que generalmente se trata. Todos los autores dejan entrever que aún queda un largo camino por recorrer por lo que se refiere a autorregulación y solución extrajudicial, y entienden que debe cambiarse la impresión que los empresarios turísticos tienen acerca de estas instituciones, que no consiguen sino mejorar, a su juicio, la imagen pública de los mismos. La actuación de la Administración, con campañas de información y promoción, así como la existencia de incentivos, son fundamentales para introducir de manera contundente mecanismos de autocomposición y heterocomposición extrajudical en el sector turístico.

E.G. de E.

BOSQUEJO DE SUSTENTABILIDAD AMBIENTAL EN EL DERECHO CIVIL. F. LLODRÀ GRIMALT. Barcelona: Huygens editorial, 2015.

I

Desde la ciencia jurídica, el Derecho ambiental se aborda, de forma ya consolidada, por parte del Derecho administrativo y del Derecho internacional público, no agotando así, las múltiples opciones que el Derecho ofrece, por ejemplo desde el prisma del Derecho civil, y que suponen un acercamiento al cumplimiento de un postulado básico (universalmente válido) del Derecho ambiental: «Pensar global y actuar local». De forma que ninguna iniciativa, en el campo ambiental, debe ser despreciada, porque cualquier intento de mejora de la protección jurídica del medio ambiente aporta algo a nivel global.

Por tanto, dicho bosquejo es un estudio panorámico (de alta calidad) de las instituciones civiles que cumplen o podrían cumplir finalidades ambientales, en la medida en que pueden orientarse hacia la consecución de una protección del medio ambiente, a través de la idea de sustentabilidad y ciudadanía ecológica.

II

La autora toma como punto de partida un concepto de medio ambiente que identifica el medio ambiente con un objeto amplio, equivalente al conjunto de elementos físicos, psíquicos y sociales que condicionan la vida del ser humano. De esta forma, el medio ambiente designa «el conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos» y, por extensión, el «conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas, sociales, etc. que rodean a la persona».

Siendo así, para hallar contribuciones a la sustentabilidad ambiental, desde el Derecho civil, la obra sigue un concepto que considera que el Derecho ambiental está integrado por todas las normas que tienen como finalidad última (por muy indirecta que sea) garantizar la supervivencia del Planeta mediante la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible.

III

En cuanto a la estructura, este bosquejo de Derecho ambiental civil sigue —dice la autora— la propia de las instituciones del Derecho civil: la persona como primera realidad institucional del Derecho civil, y en relación con ella la protección indirecta del Derecho al medio ambiente adecuado mediante la protección de los derechos de

la personalidad, entre otras cuestiones; el derecho de obligaciones, pues se aborda como el medio ambiente se relaciona con el Derecho de consumo, el uso de contratos en los que la cuestión ambiental tiene protagonismo y la cuestión de la responsabilidad por daños al medio ambiente; y el derecho de cosas que incluye temas tales como si el medio ambiente puede ser objeto de posesión y la virtualidad de las «acciones posesorias» para protegerlo; la relación entre el derecho de propiedad y los límites del mismo en atención al derecho al medio ambiente, y la técnica civil de protección de intereses privados frente a inmisiones medioambientales. Entre otras cuestiones, menos famosas, pero nada secundarias.

A partir de esta estructuración de la obra, la visión global se adquiere porque se han seleccionado las instituciones civiles desde tres enfoques: 1) Las instituciones y regulaciones civiles tradicionales que pueden jugar un importante rol en el campo ambiental aunque las mismas no se actualicen. 2) El papel que el Derecho privado ha retomado en las cuestiones ambientales, tras un predominio de la visión del Derecho público, en el sentido del rol que los instrumentos económicos pueden jugar en la política ambiental. 3) Las incidencias que las regulaciones administrativas relativas a cuestiones ambientales tienen en el Derecho civil, desde la óptica de poder provocar una actualización y replanteamiento de instituciones civiles y sus finalidades.

IV

La sostenibilidad, como principio del derecho ambiental, lleva a la propuesta de un sistema de «orden público ambiental». Mientras que la sustentabilidad es un término ligado a la acción del hombre, en relación con los recursos que encuentra en su entorno. Por esto, así como el Derecho civil no ofrece instrumentos de desarrollo sostenible, la sustentabilidad está en sus cimientos o génesis, porque este permite y promueve una «justicia» entre particulares, que puede incorporar la sustentabilidad ambiental.

Desde la sustentabilidad, la autora hace la propuesta de pensar que el sistema de Derecho civil, con una lectura actualizada de sus valores tradicionales, de acuerdo al contexto o realidad social actual (art. 3.1 CC), vence la crítica hecha desde «el orden público ambiental», desde la sostenibilidad, de que no es, ambientalmente, útil porque permite favorecer lo individual sobre lo colectivo; puesto que, en Derecho civil, los derechos buscan la armonización de los

intereses individuales en juego, lo que podría llamarse la sustentabilidad de las relaciones humanas.

Si bien el Derecho civil no ofrece instrumentos jurídicos para construir un «orden público ambiental», una sostenibilidad, sí que manifiesta, en una lectura actualizada de las normas tradicionalmente civiles, que la sustentabilidad es una esencia de las mismas, las cuales se van agrupando en bloques temáticos para observar que cumplen una finalidad de protección del medio ambiente.

En conclusión, con la idea de «sustentabilidad», como hilo conductor o bisagra invisible para unir los contenidos de este trabajo, la autora justifica que su incursión en el derecho ambiental es muy limitada puesto que se sitúa en el Derecho civil, en el derecho de las personas y de las relaciones entre ellas, sin que sus pretensiones puedan tender a la modificación de comportamientos generales (a la sostenibilidad). Así, la idea de sustentabilidad, la profesora LLODRÀ la introduce para dar a entender que se estudian propuestas hechas por quien no tiene poder en materia ambiental (el Derecho civil), frente a la sostenibilidad, que son las propuestas de quien tiene poder para imponer medidas para proteger el medio ambiente (Derecho público).

V

Finalmente, predice Francesca LLODRÀ que la noción de ciudadanía ecológica permitiría distinguir el uso genérico de las instituciones civiles, de su uso ecológico, en atención a la función social de la sostenibilidad.

La ciudadanía ecológica se basa en la responsabilidad individual de los ciudadanos hacia la sostenibilidad, la ciudadanía se entiende como una virtud cívica: que el ciudadano tiene la obligación de aportar individualmente algo al fin colectivo de la sociedad sostenible. Las obligaciones del ciudadano van más allá del sistema político y están más cerca de la acción individual.

La cuestión del comportamiento sostenible no puede ser reducida a una discusión acerca de cómo compaginar incentivos y penalizaciones; sino que hay que abrirse al hecho de que el individuo actúe, en su vida privada, comprometido con la sustentabilidad. Trabajar desde la ciudadanía ecológica puede explicar la relación entre ciudadanía y medio ambiente, situada en el centro de una sociedad sostenible, que se conciencia de que la sostenibilidad debe encarnarse forzosamente en prácticas y hábitos que la realicen materialmente, por tanto, desde la sustentabilidad. Practicando lo sustentable, se incide indirectamente, en lo sostenible; por eso vemos

que la litigiosidad, en este campo, no es tan elevada, con lo cual cabe afirmar que se practica, por la ciudadanía, en muchos casos, la necesidad de convivencia y las relaciones de tolerancia y respeto.

La obligación principal de la ciudadanía ecológica es asegurar que las huellas ecológicas tengan un impacto sostenible. Lo que puede significar esto, en términos concretos de vida diaria de los individuos, lo puede perfilar el derecho civil actual si, sensibilizado con la sutentabilidad ambiental, adapta sus instituciones antiguas (a veces también arcaicas) a nuestros días, ambientalmente hablando (puesto que el derecho civil no habla del medio ambiente porque no existía una preocupación por él en términos de supervivencia del Planeta, pero si trata de él, en términos de molestia o bienestar humano).

Dice la profesora LLODRÀ, siguiendo al profesor DOBSON, que si «la huella ecológica, como espacio político que organiza las relaciones de los ciudadanos, es expresión del impacto que los individuos y grupos humanos ejercen sobre el medioambiente, en función de la producción y reproducción de las vidas de dichos individuos», el elemento que concreta el uso abusivo o correcto de la huella ecológica propia, y su determinación, se vincula a la forma de vida, al comportamiento humano, del cual trata el Derecho civil.

Desde esta óptica, acertadamente, observa la autora que el Derecho civil da las pautas de lo correcto en sus ámbitos y en la mayor parte de veces se adopta esa corrección sin sanción y sin premio, solo para convivir humanamente.

VI

Concluimos resaltando que, tal como indica el título, la autora ofrece un bosquejo, que ella define en la contraportada como un trabajo «hecho de trazos abiertos siempre a la libre interpretación y a la aceptación, al rechazo o la modificación por parte de quien con él se encuentre, porque son trazos que se mueven con la realidad que cambia».

Este trabajo, que Francesca LLODRÀ presenta como trazos abiertos, no adolece, por ello, de rigor. Al contrario, su humilde denominación se debe, deduciéndolo de las explicaciones que da la autora en diferentes apartados, a que son tantos los estudios en algunos temas, y tan excelentes también algunos de ellos (opina la autora), que no puede pretenderse exhaustividad en las instituciones abordadas. No es nada paradójico, por tanto, que su humildad se convierta en su virtud y valor de presente, y para realidades futuras, pues la obra resulta ofrecer un

original conjunto unitario de la materia, de presentación minuciosa, pero dinámica y de lectura ágil.

Algo nada fácil tratándose de una materia interdisciplinaria, transversal y ampliamente tratada desde diferentes campos, como es el Derecho ambiental.

C.M.M.