# rjib 16

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

*Jurisdicció penal i jurisdicció civil*

•

*Anàlisi de la Llei 7/2017, de 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de dret civil de les Illes Balears*

•

*La regulació actual de l'activitat de les associacions i els clubs socials i terapèutics de cànnabis*

•

*L'evolució jurídica del «descompte de resident»*

**2018**

# rjib16

*Jurisdicció penal i jurisdicció civil*

•

*Anàlisi de la Llei 7/2017, de 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de dret civil de les Illes Balears*

•

*La regulació actual de l'activitat de les associacions i els clubs socials i terapèutics de cànnabis*

•

*L'evolució jurídica del «descompte de resident»*

**2018**

***Coedició***

Institut d'Estudis Autonòmics
C/ de Sant Pere, 7, 4t
07012 Palma (Illes Balears)
Tel.: 971 177195 / Fax: 971 176359
iea@caib.es

Fundació per a la Pràctica Jurídica
Ramblas, 10
07003 Palma (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 (Illes Balears)
secretariarjib@gmail.com

***ISSN: 1697-1272***

**Director** ..... Carlos Gómez Martínez

**Consell de redacció** ..... Felio J. Bauzá Martorell
José Ángel Torres Lana
Antonio J. Terrasa García
Tomás Mir de la Fuente
Antonio Cañellas Escalas
Jeroni Mas Rigo
Carlos Jiménez Gallego
Lourdes Aguiló Bennàssar
Ángel C. Navarro Sánchez
Antoni Canals Prats

**Secretària** ..... Margarita Cunill Crespí

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.

(*) Es tracta d'una edició limitada en paper de la publicació electrònica d'aquesta obra (http://revistajuridicaib.icaib.org).

# rjib16

## SUMARI

**ESTUDIS**

Faustino Cordón Moreno. *Jurisdicción penal y jurisdicción civil: relaciones e interferencias* ..... 9

Francesca Llodrà Grimalt. *Anàlisi de la Llei 7/2017, de 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de dret civil de les Illes Balears i del seu procés* ..... 37

Jesús García Garriga. *La regulación actual de la actividad de las asociaciones cannábicas y los clubes sociales y terapéuticos de cannabis* ..... 69

Miquel Pons-Portella. *L'evolució jurídica del «descompte de resident» (1987-2017)* ..... 101

**COMENTARIS I NOTES**

Margalida Capellà i Roig; Carlos Gómez Martínez. *Les clíniques jurídiques com a formes d'innovació educativa i eines de justícia social* ..... 163

Miguel-Álvaro Artola Fernández. *Orden europea de retención de cuentas corrientes: «Sr. Juez de Primera Instancia de Palma, solicito a favor de mi cliente el embargo (si puede ser) de la cuenta corriente que el demandado tiene domiciliada en una entidad bancaria de Berlín…»* ..... 177

Gabriel Oliver Koppen. *Los recursos contra las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia en el procedimiento de ejecución. La influencia de la STC 58/2016, de 17 de marzo* ..... 189

**JURISPRUDÈNCIA**

CONSTITUCIONAL, per Jaume Munar Fullana ..... 204
DRET CIVIL BALEAR, per Miquel Masot Miquel ..... 235
CIVIL, per Carlos Gómez Martínez ..... 254
PENAL, per Antonio J. Terrasa García ..... 263
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, per Fernando Socías Fuster ..... 281
LABORAL, per Ferran Gomila Mercadal ..... 296

**ACTIVITAT REGISTRAL**, per Antoni Canals Prats ..... 311

**ACTIVITAT NORMATIVA**, per Lluís Isern Estela ..... 325

**LLIBRES**

*Recurso de apelación penal. Teoría y práctica.* SUAU MOREY, J.
Per Antonio J. Terrasa García ..... 342

*Función notarial y jurisdicción voluntaria.* JIMÉNEZ GALLEGO, C.
Per Carlos Gómez Martínez ..... 344

*Viajes combinados y servicios de viaje vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad.* PANIZA FULLANA, A.
Per Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor ..... 347

*El impuesto balear sobre estancias turísticas.* FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, C.
Per Ricardo J. Navarro Gómez ..... 350

ESTUDIS

rjib16

ESTUDIS

# JURISDICCIÓN PENAL Y JURISDICCIÓN CIVIL: RELACIONES E INTERFERENCIAS

***Faustino Cordón Moreno***
Catedrático de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

**I. Introducción. II. Eficacia de cosa juzgada en el proceso civil posterior de la sentencia condenatoria dictada en un proceso penal. III. Eficacia en el proceso civil de una sentencia penal absolutoria. IV. Eficacia en el proceso penal de la sentencia dictada en un proceso civil anterior. V. Un apunte sobre la prejudicialidad penal en el proceso civil. VI. Proceso penal e interrupción de la prescripción de la posterior acción civil.**

## I. Introducción[1]

Una vez determinado conforme a las normas de competencia judicial internacional que resulten aplicables (Reglamentos comunitarios, convenios internacionales o arts. 36 y ss. LEC) que de un concreto asunto deben conocer los tribunales españoles (la jurisdicción española), se plantea el problema de fijar los límites objetivos de la jurisdicción ordinaria de que se trate; en lo que a efectos de este trabajo interesa, de la jurisdicción civil.

Las normas reguladoras de este presupuesto procesal («jurisdicción por razón de la materia») tratan de fijar el ámbito de la jurisdicción civil frente al de la Administración, las jurisdicciones especiales —militar y Tribunal de Cuentas cuando ejerce funciones contables— y, sobre todo (por ser los supuestos más frecuentes y que en la práctica pueden presentar más problemas), frente a las demás manifestaciones de la jurisdicción ordinaria (penal, administrativa y laboral). Como ocurre con las reguladoras de la competencia judicial internacional, las normas de distribución de competencias entre los diferentes órdenes de la jurisdicción ordinaria se encuentran en la LOPJ (art. 9) y, en la práctica, no presentan problemas en la generalidad de los casos; habrá que atender a la naturaleza de la relación jurídico-sustantiva deducida en juicio, o si se prefiere, al tipo de tutela jurídica que el actor solicite en su demanda (a «la acción ejercitada», dice la STS 20 de diciembre de 1975), por lo que se puede decir que el problema de la fijación de los límites objetivos de la jurisdicción se reconduce al más general de la delimitación del ámbito de las respectivas ramas del Derecho sustantivo.

Pero, como ocurre en los ámbitos sustantivos, tampoco los órdenes jurisdiccionales son compartimentos estancos, sino que existen a modo de vasos comunicantes que determinan continuas relaciones e interferencias entre ellos que son fuente de numerosos problemas. En este trabajo me refiero a algunos de ellos, que surgen en las relaciones de la jurisdicción civil con la penal. Todos ellos han sido objeto de una especial atención por nuestros tribunales, que no siempre han mantenido criterios uniformes, y por eso los abordo desde una perspectiva eminentemente práctica, centrándome en el examen de la jurisprudencia que han generado.

[1] Abreviaturas: STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); STS (Sentencia del Tribunal Supremo); SAP (Sentencia de Audiencia Provincial); AAP (Auto de la Audiencia Provincial); LOPJ (Ley Orgánica del Poder Judicial); LEC (Ley de Enjuiciamiento Civil); LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal), y CP (Código Penal).

## II. Eficacia de cosa juzgada en el proceso civil posterior de la sentencia condenatoria dictada en un proceso penal

La doctrina jurisprudencial sobre esta cuestión está recogida en abundantes sentencias y se puede decir que está consolidada.[2] Procedo a analizar los distintos supuestos que pueden plantearse, subrayando los problemas que me parecen de interés:

1) La sentencia penal condenatoria que se ha pronunciado sobre la acción civil produce efectos de cosa juzgada en el ulterior proceso (civil) que pueda plantear el perjudicado frente al mismo condenado, siempre, por supuesto, que concurran las identidades legalmente exigidas.[3] Esta eficacia no se

[2] Se encuentra resumida, por ejemplo, en la STC 15/2002, de 28 de enero, y en la STS (Sala Primera) 963/2011, de 11 de enero de 2012 (RJ 2012/175), y la STS (Sala Primera) 537/2013, de 14 de enero de 2014 (RJ 2014/1).

[3] No me corresponde entrar a analizar aquí el problema de las identidades de la cosa juzgada. Si quiero precisar que, con respecto a la identidad subjetiva, habrá que tener en cuenta la jurisprudencia civil, que ha declarado que la misma existe, aunque no coincidan exactamente los sujetos en ambos procesos; como dijo la ya antigua STS de 14 noviembre 1983 (RJ 1983/6113), existe jurídicamente identidad de personas, aunque no sean físicamente las mismas las que litiguen en los pleitos, cuando la que litiga en el segundo ejercita la misma acción, invoca iguales fundamentos y se apoya en los mismos títulos que en el primero, pues ello implica la solidaridad jurídica entre los demandantes a que se refiere el art. 1252 CC. Por eso, en el caso de procesos civiles subsiguientes a un proceso penal por delito de alzamiento de bienes o de estafa en el que la acción civil no se hubiera dirigido contra los luego demandados, sino únicamente contra los responsables penales, difícilmente cabrá sostener que la cosa juzgada es notoria, patente o manifiesta, a efectos de su apreciación de oficio, porque previamente habrá que ver la relación que vincula a tales sujetos. Pueden verse: la STS de 17 de marzo de 1997 (RJ 1997/1978), en un caso de sentencia condenatoria por alzamiento de bienes, en el que el tribunal penal se abstuvo de conocer de la responsabilidad civil y la STS de 10 de octubre de 2003 (RJ 2003/7012), en un caso de sentencia penal condenatoria por delito de estafa seguido de un proceso civil sobre acción reivindicatoria contra quienes no habían sido parte en el proceso penal. Por lo demás, en los casos en que se planteen dudas sobre la falta de ejercicio en el proceso penal de la misma acción civil ejercitada posteriormente, la jurisprudencia constitucional se inclina por no apreciar la cosa juzgada en virtud del derecho fundamental del demandante a la tutela judicial efectiva. En cualquier caso, dice la STC 15/2002, de 28 de enero, «ninguna sentencia penal firme, ni absolutoria ni condenatoria, podrá determinar por sí sola la condena civil de quien no haya sido parte en el proceso penal, salvo en el caso de que la condena civil sea una consecuencia necesaria de los hechos declarados probados y de la probada participación en

discute; aunque muchas sentencias hablan de los «efectos consuntivos» de la sentencia sobre cuantas acciones penales y civiles se ejercitaron y ventilaron en el proceso penal, hay que entender que la expresión es sinónima de eficacia de cosa juzgada.[4]

2) En los casos de renuncia o reserva expresa de la acción civil para su ejercicio en un proceso (civil) independiente (cfr. art. 112 LECrim) es evidente que no existe pronunciamiento sobre la acción civil ni, por tanto, cabe hablar de eficacia de cosa juzgada. La renuncia es un acto dispositivo que extingue la acción civil y la reserva lleva consigo la exclusión de la decisión sobre la misma por el juez penal, por lo que es obvio que en ambos casos no existe pronunciamiento alguno sobre ella; la acción civil o está extinguida o permanece imprejuzgada, por lo que difícilmente puede decirse que estos casos sean una excepción a la producción por la sentencia penal condenatoria de eficacia de cosa juzgada, como hacen muchas sentencias.
3) La STC 15/2002, de 28 de enero —y también numerosas sentencias del Tribunal Supremo—, excluye de la eficacia de cosa juzgada a las acciones que «no fueron ejercitadas en el proceso penal», y —hay que entender— no fueron renunciadas o reservadas para su ejercicio en un proceso civil ulterior. Las cuestiones que se plantean son estas dos: si tal hipótesis es posible, es decir, si puede darse la situación en la que concurran el no ejercicio de la facultad de reservar las acciones por el perjudicado y su no ejercicio en el proceso penal; y, en caso afirmativo, si ese no ejercicio de las acciones civiles produce como efecto la preclusión ex art. 400 LEC.

---

ellos del acusado, como puede suceder respecto de su asegurador, que en caso de sentencia penal firme condenando al asegurado como autor de los hechos no podrá discutir en un ulterior proceso civil la participación ni responsabilidad del mismo aunque sí, de no haber sido parte el asegurador en el proceso penal, la existencia del seguro o las condiciones de la póliza».

[4] Como dijo Fernando Pantaleón en el voto particular a la STS (Pleno) núm. 619/2016, de 10 de octubre (RJ 2016/4896), sobre el que más adelante volveré: «seguramente sería mejor dejar de hablar ya de los «efectos consuntivos» de la sentencia penal condenatoria, como si fueran algo diferente del efecto de cosa juzgada material regulado en el artículo 222 LEC: "tengo por seguro que sería mejor decir con toda claridad que los pronunciamientos de las sentencias penales sobre las acciones civiles no pueden tener sino la misma eficacia de cosa juzgada material que habrían tenido, de haberse contenido en una previa sentencia civil"».

La primera cuestión la planteo a la vista de lo que disponen los siguientes preceptos de la LECrim: el art. 112 (párrafo 1.º), conforme al cual hay que entender que la acción civil se considera siempre ejercitada («se entenderá utilizada también»), salvo reserva o renuncia expresa del perjudicado o dañado, y el art. 108, que impone al Ministerio Fiscal la obligación de ejercitar también la acción civil. En dichos preceptos se apoya, sin duda, la doctrina tradicional que proclama el «efecto consuntivo» de la sentencia penal condenatoria sobre todas las acciones civiles derivadas del hecho punible. De acuerdo con ella, la pasividad del perjudicado, que no reserva la acción ni hace nada para activarla en el proceso penal, no supone renuncia[5] ni produce el resultado de dejar la acción viva para el proceso civil, sino el de atribuir su ejercicio al Ministerio Fiscal[6] y producir su extinción en el caso de que nadie la ejercite dentro del proceso penal. Conforme a esta doctrina, ejercitada la acción civil en el proceso penal, la sentencia condenatoria que en él se dicte produce su agotamiento o «efecto consuntivo», que impide ejercitar en un posterior proceso civil, no sólo la acción o las acciones civiles que efectivamente se ejercitaron en el proceso penal, sino también todas las que pudieron haberse ejercitado y no se ejercitaron. Existiría una especie de renuncia tácita. Se excepcionan, por supuesto, los casos en que se haya hecho reserva de la misma para un posterior proceso civil (y, obviamente, aquellos en que haya sido dictada sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento). Por eso, continúa esta misma doctrina, salvo en los mismos casos, el ofendido por el delito no puede ejercitar en procedimiento distinto una responsabilidad no invocada en el momento procesal oportuno (proceso penal), ya que no le es lícito a la jurisdicción civil suplir las deficiencias o rectificar las omisiones que hayan podido

[5] Dice el art. 110 (párrafo 2.º) LECrim: «Aun cuando los perjudicados no se muestren parte en la causa, no por esto se entiende que renuncian al derecho de restitución, reparación o indemnización que a su favor puede acordarse en sentencia firme, siendo necesario que la renuncia de este derecho se haga en su caso de una manera clara y terminante».

[6] Como dijo la STC 17/2008, de 31 de enero, «el legislador ha querido que la sentencia penal decida definitivamente todas las consecuencias penales y civiles del hecho delictivo, salvo el supuesto de renuncia o de reserva de las acciones civiles por parte del perjudicado, pues no existiendo esa renuncia o reserva de acciones el Ministerio Fiscal ostenta una legitimación extraordinaria o por sustitución para ejercer, en nombre de los perjudicados, las acciones civiles que puedan corresponderles, por lo que, ejercitadas estas acciones por el Fiscal, el perjudicado no podrá volver a ejercitarlas en un posterior proceso civil».

cometerse en procedimientos sometidos a Tribunales de otra jurisdicción por no haberse hecho reserva de la misma para un posterior proceso civil.[7]

Sin embargo, ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo han acogido la doctrina precedente. En efecto, la STC 17/2008, de 31 de enero, antes citada, apelando a la STC 15/2002, de 28 de enero (F. 4), también citada, que había sido invocada por los recurrentes en apoyo de su pretensión, deja a salvo —tal y como antes decía— aquellas acciones que no fueron ejercitadas en el proceso penal, las cuales «podrán ejercerse y ventilarse en un posterior proceso civil y no quedarán afectadas por la cosa juzgada que produce la Sentencia penal».

Y en la misma línea se pronuncia la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS (Pleno) núm. 619/2016, de 10 de octubre (RJ 2016/4896), que me parece importante y a la que me refiero a continuación desde una perspectiva crítica, rechaza el denominado principio de consunción o agotamiento de la acción civil en el proceso penal, alegado por la parte recurrente,[8] porque en el proceso penal precedente no se pidió, en concepto de responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes, la ineficacia de la compraventa, sino una indemnización de daños y perjuicios.[9] Las acciones ejercitadas en ambos procesos eran diferentes, por

[7] Véase, por ejemplo, la STS (Sala Primera) núm. 1145/1998, de 9 de diciembre (RJ 1998/9159), que resuelve un supuesto en el que el recurrente en casación consideraba que se había vulnerado por la sentencia de segunda instancia la doctrina sobre la cosa juzgada, aplicable al caso, porque el médico forense que, en su día, reconoció al perjudicado lesionado, por error, no hizo constar en el parte médico emitido la existencia de la secuela por la que se reclama en el proceso civil posterior una suma de dinero. A juicio de la sentencia, «tal error no transmutó, como, equivocadamente, sostiene el órgano "a quo" la "causa petendi" de la acción civil ejercitada conjuntamente con la penal, cuyo objeto era la indemnización de los daños y perjuicios causados por el accidente enjuiciado, pues es doctrina reiterada por esta Sala que "cuando la acción civil no ha sido reservada dentro de la causa criminal o ésta ha terminado por sentencia absolutoria o no ha sido sobreseída, el ofendido por el delito no puede ejercitar en procedimiento distinto una responsabilidad no invocada en el momento procesal oportuno"».

[8] En el voto particular formulado a esta Sentencia, Fernando Pantaleón reprocha a la mayoría no haber aprovechado la ocasión «para desautorizar con mayor claridad la añeja doctrina jurisprudencial» sobre dicho efecto (consuntivo) de la sentencia penal.

[9] Dejo de lado que, además, en ese proceso penal no fueron parte las dos sociedades luego demandadas en el proceso civil como vendedora y compradora, lo cual, dice la Sentencia, «conforme al art. 40 LH, suponía un serio obstáculo para la efectividad registral de una sentencia de la jurisdicción penal que, en un proceso seguido únicamente contra los administradores de ambas sociedades, hubiera acordado la nulidad de la compraventa en

lo que la exclusión de la segunda (en el proceso civil) conculcaría el derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho de acceso a la jurisdicción. El voto particular formulado a dicha Sentencia fundamenta esta doctrina en el principio de preclusión del art. 400 LEC y en la doctrina que lo interpreta, según la cual precluyen fundamentos no acciones, que ha sido establecida con claridad tanto por el Tribunal Constitucional[10] como por el Tribunal Supremo.[11]

---

concepto de responsabilidad civil derivada del delito de alzamiento de bienes». Por eso, concluye la sentencia, «en el hipotético caso de que la acción de nulidad o de rescisión se hubiera ejercitado en el proceso penal precedente y hubiera sido estimada por la sentencia, la efectividad registral de esta aún habría podido exigir una demanda posterior contra las sociedades compradora y vendedora frente a la cual la apreciación de cosa juzgada podría vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva de la perjudicada por el delito».

[10] La STC núm. 71/2010, de 18 de octubre, ha dicho con claridad que «los arts. 222.2 y 402.2 LEC se refieren a hechos y alegaciones que pudieron ser aducidos en un procedimiento anterior, pero no a la formulación de pretensiones que permanezcan imprejuzgadas y respecto de las cuales no hubiese prescrito o caducado la acción procesal». Y la STC núm. 106/2013, de 6 de mayo, establece esta misma doctrina cuando el demandado en el primer proceso pudo hacer valer por medio de la reconvención las acciones que pretende ejercitar en el segundo. En cambio, la conclusión no es tan clara cuando las acciones ejercitadas por el actor en el segundo proceso pudieron hacerse valer por él en el primero como excepciones: no puede sostenerse —como en algunos pasajes de esta última Sentencia del TC parece darse a entender— la aplicación a la excepción de la doctrina establecida sobre la reconvención, en especial que imponer la carga de accionar podría «perjudicar notablemente al demandado que tendría la obligación legal, bajo la amenaza de la preclusión de sus acciones, de reconvenir en el plazo de contestación de la demanda, viendo así reducido el plazo de prescripción o caducidad de sus acciones, contraviene el carácter voluntario que la ley procesal otorga al ejercicio de la reconvención». Las excepciones no son acciones y, por eso, no caducan ni prescriben, siendo discutible que formen parte del objeto del proceso (como «objeto accesorio» las califica la STS núm. 508/2007, de 16 de mayo (RJ 2007/3555), y no existe en la LEC ningún precepto que establezca el carácter voluntario de las mismas, más allá del que deriva del principio dispositivo que informa todo el proceso. De manera congruente la STS de 16 de mayo de 2007 que se acaba de citar extiende la preclusión a la oposición del demandado: «[…] la racional interpretación del artículo 400 citado exige la aportación de todas las alegaciones posibles en defensa de lo pedido o de la oposición a lo pedido, pero no puede comprenderse que pueda alcanzar a la imposibilidad de ejercitar acción distinta con finalidad distinta a la previamente ejercitada; y esta circunstancia es la que ha tenido lugar en el presente pleito».

[11] El citado voto particular de Pantaleón a la Sentencia del Pleno núm. 619/2016, de 10 de octubre, la señala: «E igualmente claro me parece que el artículo 400 LEC no impone al actor

En mi opinión, esta doctrina, acertada en lo esencial, debe ser precisada a la luz de la correcta intelección del alcance de la preclusión. En concreto, en el supuesto resuelto por la STS (Pleno) núm. 619/2016, dicha doctrina, expuesta tanto en la Sentencia como en el voto particular, debe examinarse desde la posición del recurrente en casación, que sostuvo la preclusión de la acción de rescisión ejercitada en el proceso civil porque tenía «la misma finalidad que la (acción de) indemnización solicitada en el proceso penal precedente en concepto de responsabilidad civil, de modo que, al no haberse interesado la rescisión de la compraventa en el proceso penal, pudiendo hacerlo, se produjo la preclusión de la acción conforme a la jurisprudencia citada en el motivo anterior sobre la extensión de la cosa juzgada en el proceso penal».

El instituto procesal de la preclusión regulado en el art. 400.1 LEC, a pesar del rótulo del precepto («Preclusión de la alegación de hechos y fundamentos jurídicos»), no se refiere a «alegaciones», sino a «acciones». Lo que la norma dice es que el ejercicio de una concreta acción provoca la preclusión de todas las acciones que, pudiendo «fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos» (*causae petendi* diversas), tienen el mismo *petitum*[12] o —como a continuación diré— persiguen el mismo fin que la que sí se ejercitó. Porque la invocación en el segundo proceso de diferentes hechos o de distintos fundamentos

---

la carga de ejercitar todas las acciones que tengan, como componente fáctico de la causa de pedir, los hechos que aquél alegue en la demanda: la carga que el referido artículo le impone es la de aducir en la demanda todos los hechos y fundamentos jurídicos (que resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla) en los que pueda fundarse lo que el actor pida en la demanda. Resulta por ende irrelevante, a los efectos de la cosa juzgada, que doña Ascensión pudiera -como ciertamente pudo- haber ejercitado en el seno del proceso penal la acción de rescisión, o mejor la de nulidad de pleno derecho, de los contratos en cuestión».

[12] La STS núm. 189/2011, de 30 marzo (RJ 2011/3134) lo ha dicho con claridad: «[…] el artículo 400 persigue que el actor haga valer en el proceso todas las causas de pedir de la pretensión deducida. Por ello, el complejo supuesto que condiciona la aplicación de la sanción que el mismo establece se integra: (a) por la realidad de dos demandas —sentencia 452/2010, de 7 de octubre—; (b) por ser diferentes las causas de pedir alegadas en ellas, lo que puede deberse tanto a que lo sean sus elementos fácticos —"diferentes hechos"—, como normativos —"distintos fundamentos o títulos jurídicos"—; (c) por haber podido ser alegada en la primera demanda la causa de pedir, en cualquiera de los aspectos de su doble vertiente, que fue reservada para el proceso ulterior —"resulten conocidos o puedan invocarse"—; y (d) por haberse pedido lo mismo en las dos demandas».

o títulos jurídicos supone variar la *causa petendi* y, en consecuencia, cambio de acción. Dice el párrafo 2.º del art. 400.1 LEC que la carga de alegarlos en el primer proceso «se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación»: el actor solo puede completar sus alegaciones iniciales en el curso del proceso (audiencia previa, acto del juicio e incluso en segunda instancia) con hechos y fundamentos que no supongan modificación de la causa de pedir de la acción ejercitada en la demanda.

Ciertamente el art. 400.1 LEC parece exigir que el *petitum* de ambas acciones sea idéntico, variando solo la causa de pedir. Sin embargo, como ha dicho VALLINES GARCÍA,[13] «lo que quiere decir la norma del art. 400, I LEC es que el ejercicio de una concreta acción […] provoca la preclusión de todas las acciones que, teniendo una *causa petendi* diversa, tenían el mismo fin que la que sí se utilizó». Utilizando diversas expresiones de la doctrina, continúa este autor, lo verdaderamente relevante para que la norma de preclusión opere es que ambas acciones «sirvan a una misma finalidad», «concurran a un mismo resultado o fin», «funden una consecuencia jurídica única desde un punto de vista práctico o de utilidad», etc.[14] Cuando entre las dos acciones existe esa relación, una vez satisfecha una (con una sentencia estimatoria), se produce lo que TAPIA FERNÁNDEZ[15] denominó un «concurso propio de acciones que se caracteriza por la irrepetibilidad de satisfacción»: «La satisfacción de una de esas acciones concurrentes extingue la otra, y esa extinción es del todo lógica si se tiene en cuenta la ausencia en estos casos de una de las condiciones de la acción: el interés en accionar […]». Por supuesto, el art. 400.1 LEC adelanta este efecto, vinculando al simple ejercicio de una de esas acciones la consecuencia de la preclusión de la otra.

Y esta interpretación puede encontrarse en la jurisprudencia. Por ejemplo, dice la STS núm. 189/2011, de 30 de marzo, antes citada, «lo que se pide en ambas demandas —una indemnización de daños y perjuicios de igual naturaleza— es lo

[13] VALLINES GARCÍA, E. *La preclusión en el proceso civil*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004, págs. 209 y 210.

[14] VALLINES GARCÍA, E., *op. cit*., págs. 220 y 221.

[15] TAPIA FERNÁNDEZ, I.; CAVANILLAS MÚGICA, S. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1992, págs. 187-189. Véase también TAPIA FERNÁNDEZ, I. *El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000 (Colección *Ley de Enjuiciamiento Civil 2000*), pág. 29. La cita está tomada de VALLINES GARCÍA, E., *op. cit*., pág. 221.

mismo, aunque no desde una visión ontológica —ya que la suma reclamada por la intromisión ilegítima en el ámbito de protección reconocido en el artículo 2 de la Ley 1/1982 no coincide con la que lo ha sido por la infracción de la Ley 15/1999—, pero sí conforme a una visión jurídica adecuada a la función que está llamada a cumplir la preclusión, dada la homogeneidad de las pretensiones y la coincidencia de sus finalidades prácticas».

En el caso de la acción civil dentro del proceso penal es claro que del hecho delictivo «puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios […]» (art. 100 LECrim) y que cada uno de esos contenidos requiere el ejercicio de una concreta acción típica.[16] Pero me parece que también lo es que la indemnización de perjuicios puede ser independiente de la restitución, e ir acumulada a ella, o sustitutiva de la misma cuando la cosa no pueda ser restituida. Así, ya me he referido antes a que el Tribunal Supremo ha afirmado que en los delitos de alzamiento de bienes la reparación civil no se produce ordinariamente a través de una indemnización de perjuicios, sino por medio de la restitución de la cosa que indebidamente salió del patrimonio del deudor o de la declaración de nulidad del negocio jurídico o de los gravámenes ilícitamente constituidos;[17] pero la indemnización tendrá carácter sustitutivo de la restitución cuando la misma no sea posible.[18]

Si aplicamos estas ideas al supuesto resuelto por la STS de 19 de octubre de 2016, anteriormente analizada y tomada como ejemplo para esta reflexión, podemos concluir que en él no se trata de que la responsabilidad civil esté integrada por los tres objetos posibles y barajados por la Sentencia (indemnización, restitución y nulidad), sino de que la satisfacción del perjudicado puede lograrse con cualquiera de ellos. Y si opta por la indemnización en la cantidad objeto de la compraventa del

[16] La jurisprudencia considera que esos tres contenidos no agotan el ámbito de la responsabilidad civil derivada del hecho delictivo. Así, por ejemplo, ha admitido que en el proceso penal pueda solicitarse, al amparo de la restitución del bien, la nulidad del negocio jurídico realizado para la comisión del delito. Como dijo la STS (Sala Segunda) núm. 745/2006, de 7 de julio (RJ 2006/5994), cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, como puede ocurrir en los casos de alzamiento de bienes o estafa, tal reparación civil se realiza por medio de la restitución de la cosa (arts. 109 a 111 CP) que indebidamente salió del patrimonio del deudor y cuando se ha realizado un negocio jurídico en la comisión del delito, a través de la declaración de nulidad de dicho negocio.

[17] Véase la STS (Sala Segunda) núm. 745/2006, de 7 de julio, citada en la nota anterior.

[18] Aunque, obviamente, también será posible que sea objeto de una acción independiente de la restitución cuando esta sea posible.

bien que debía ser restituido, pese a ser consciente de que podría haber pedido esa restitución ejercitando las acciones de rescisión o de nulidad de la compraventa, ya no podrá ejercitar posteriormente estas acciones porque, aunque sean diferentes, la finalidad práctica a conseguir con ellas es la misma. En definitiva, no se puede desconocer que las acciones ejercitadas en ambos procesos, penal y posterior civil (reclamación de daños y perjuicios y rescisión del contrato) son distintas. La cuestión radica en determinar si tienen también «finalidad distinta», como dice la STS núm. 508/2007, de 16 mayo (RJ 2007/3555), o si (como dice la STS núm. 189/2011, de 30 de marzo, antes citada), aun siendo diferentes, «lo que se pide en ambas demandas —una indemnización de daños y perjuicios de igual naturaleza— es lo mismo, aunque no desde una visión ontológica […], pero sí conforme a una visión jurídica adecuada a la función que está llamada a cumplir la preclusión, dada la homogeneidad de las pretensiones y la coincidencia de sus finalidades prácticas». Pero si la finalidad es la misma (satisfacer al perjudicado civilmente por el hecho delictivo), debe entenderse que será aplicable la preclusión.

Por lo demás, hay que preguntarse también hasta qué punto la preclusión prevista en el art. 400 LEC se acomoda al régimen legal del ejercicio de la acción civil en el proceso penal, siquiera sea porque bastará al acusador particular (y al Ministerio Fiscal) con no ejercitar una determinada acción civil en el proceso penal para eludir la norma legal que dispone que la misma se entiende ejercitada salvo en los casos de renuncia o reserva expresa (véase art. 112, párrafo 1.º LECrim). Y, como también antes dije, es discutible que el art. 24.1 CE exija una interpretación correctora de dicho precepto en los términos antes expuestos.

Cuestión diferente es que la acción ejercitada en el posterior proceso civil se dirija frente a personas que no intervinieron en el proceso penal, a las que no alcanza la eficacia de cosa juzgada del pronunciamiento sobre la responsabilidad civil contenido en la sentencia condenatoria dictada en el mismo. Es lo que ocurrió en el supuesto resuelto por la STS (Pleno) núm. 619/2016, de 10 de octubre, en el que, como dijimos, en el proceso penal no fueron parte las dos sociedades luego demandadas en el civil como vendedora y compradora. Y cuestión diferente también es si la eficacia de cosa juzgada se extiende también frente a personas que no intervinieron en el proceso penal, pero se ven directamente afectadas por el mismo, por ejemplo, por ser cotitulares del contrato cuya declaración de nulidad fue el objeto de la responsabilidad civil. Al respecto, la STS (Sala Segunda) núm. 745/2006, de 7 de julio (RJ 2006/5994), ya citada, después de recordar que uno de los principios a que ha de someterse la acción civil que se ejercita dentro de un

proceso penal «es el respeto al derecho de defensa, de modo que no cabe hacer en sentencia ningún pronunciamiento que pueda perjudicar a quien no fue llamado como parte en el correspondiente proceso», y de señalar que «(u)na aplicación concreta de esta norma fundamental es lo que en el proceso civil se conoce con el nombre de litis consorcio pasivo necesario», en el que «es obligado llamar al litigio a todas esas personas conjuntamente, de modo que todas y cada una de ellas puedan actuar como partes en el procedimiento», concluye: «Este planteamiento es aplicable a los supuestos de proceso penal por delito de alzamiento de bienes cuando éste se ha producido por medio de un contrato y se pretende la nulidad del mismo. Si en tal contrato intervinieron varias personas, todas ellas han de ser traídas al proceso, porque contra todas ha de ejercitarse la correspondiente acción civil de nulidad, bien exclusivamente tal acción civil figurando sólo como demandados civiles en el seno del proceso penal, bien acumulada a la acción penal porque el procedimiento se dirija contra todos los intervinientes en el contrato al haber sido todos ellos acusados como partícipes en el delito y consiguientemente como responsables civiles (artículo 116 del Código Penal)».

### III. Eficacia en el proceso civil de una sentencia penal absolutoria

La sentencia penal absolutoria, en cambio, al no haber entrado a examinar las acciones civiles derivadas del hecho enjuiciado en el ámbito criminal, nunca podrá producir efectos de cosa juzgada en el posterior proceso civil, por la sencilla razón de que dichas acciones quedaron imprejuzgadas. La citada regla sólo sufre la excepción prevista en el art. 116 LECrim: si la sentencia penal absolvió por inexistencia del hecho, este pronunciamiento vinculará al juez civil que no podrá ya fundar ninguna responsabilidad (civil) en la existencia de ese hecho.[19] La STS núm.

[19] El efecto se vincula a la sentencia absolutoria (o a los autos de sobreseimiento libre, tanto cuando se hayan dictado por concurrir cualquiera de las causas que señala el art. 637 LECrim como cuando procede por estimación del artículo de previo pronunciamiento, conforme al art. 675 de la misma Ley, en los casos previstos en los números 2.º, 3.º y 4.º del art. 666). Como dice la STS núm. 963/2011, de 11 de enero de 2012 (RJ 2012/175), «no hay norma, doctrina del Tribunal Constitucional, jurisprudencia del Tribunal Supremo ni autor de la doctrina científica que sostenga la asimilación del auto de archivo de unas diligencias previas a una sentencia penal absolutoria a los efectos que aquí interesan», es decir a los previstos en el art. 116 (párrafo 1.º) LECrim (la vinculación del juez civil a la sentencia penal absolutoria por inexistencia del hecho). Tal asimilación —dice la Sentencia— contradice la propia

537/2013, de 14 de enero de 2014 (RJ 2014/1842), reproducida en sentencias posteriores,[20] resume la doctrina al respecto: «La doctrina jurisprudencial viene declarando que la sentencia penal absolutoria no produce el efecto de cosa juzgada en el proceso civil, salvo cuando se declare que no existió el hecho del que la responsabilidad hubiere podido nacer; o cuando se declare probado que una persona no fue autor del hecho, porque repugna a los más elementales criterios de la razón jurídica aceptar la firmeza de distintas resoluciones jurídicas en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue».[21]

---

naturaleza de las diligencias previas que, como declaró la STC 133/1988, de 4 de julio, constituyen «una instrucción inicial indiferenciada, solo para determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él han participado y el procedimiento aplicable […]». Y, por eso, también ha sido rechazada por la jurisprudencia del TS, tanto de su Sala Segunda (véanse las STS de 23 de enero de 2008, de 23 de mayo de 2005 y de 8 de mayo de 2002, con cita en todas ellas, a su vez, de otras muchas), como de la Primera, en la que la Sentencia núm. 356/1999, de 28 de abril (véase también la STS 29 de mayo de 2001), considera una «falta de exactitud jurídica» la atribución de «cualquier efecto de cosa juzgada» a un auto de sobreseimiento provisional dictado en diligencias previas. Incluso —recuerda la Sentencia— respecto del auto que declara extinguida la responsabilidad penal por muerte del imputado antes del juicio, la sentencia de esta Sala de 12 de abril de 2002 descartó su equiparación, a los efectos que aquí interesan, a una sentencia penal condenatoria firme.

[20] Cfr. la STS núm. 165/2017, de 8 de marzo (RJ 2017/699).

[21] Obsérvese que la Sentencia equipara la declaración de la inexistencia del hecho, que es sin duda el supuesto contemplado en la norma, con la de que el acusado no ha sido el autor del mismo (inexistencia «subjetiva»); aunque solo en los casos en que resulte categóricamente probada la exclusión de la autoría (cfr. STS de 12 de abril de 2000). Por eso, la absolución fundada en no haberse probado que el acusado fuera autor de los hechos no impide que en un ulterior proceso civil se puedan «valorar las pruebas y apreciar los hechos nuevamente en el plano de la responsabilidad civil, en el que, junto al criterio estricto de la autoría material, pueden utilizarse otros elementos y criterios de imputación (teoría del riesgo, propiedad de las cosas, culpa *in vigilando* o *in eligendo*, etc.). Y esta doctrina se reitera en la STC 17/2008 para no apreciar cosa juzgada, derivada de una sentencia penal absolutoria, en un ulterior proceso civil sobre reclamación de cantidad, razonándose que si bien la sentencia penal absolvió a la acusada por concurrir la excusa absolutoria de parentesco, condenándola no obstante como responsable civil de una parte de los hechos objeto de acusación, sin embargo había sido absuelta de otros hechos objeto también de acusación, aquellos en lo que se sustentaba la posterior demanda civil, y de tales hechos había sido absuelta por la sentencia penal no con base en su inexistencia sino por no ser constitutivos de ilícito penal» (STS núm. 963/2011, de 11 de enero de 2012, antes citada).

Ahora bien, entiende la Sentencia que la exclusión del efecto vinculante de la cosa juzgada no significa que las propias actuaciones penales (y la Sentencia misma) carezcan de eficacia alguna en el proceso civil ulterior. A su juicio, hay que sentar dos claras conclusiones en orden a la eficacia en un proceso civil de las actuaciones practicadas en un previo proceso penal: la primera es la eficacia probatoria del testimonio de dichas actuaciones, que quedará sujeto, como cualquier testimonio de actuaciones, al sistema de libre apreciación de la prueba por los juzgadores de primera y segunda instancia;[22] y la segunda, más específica, que la sentencia penal constituye un medio de prueba documental cualificado de los hechos en ella valorados y declarados probados[23] porque, «en consonancia con la doctrina de esta Sala, […] ha nacido con plenas garantías de igualdad, lo que le atribuye un rango de objetividad que no siempre se dispone en la prueba creada unilateralmente fuera de la presencia judicial».[24]

[22] «También es jurisprudencia reiterada de esta Sala, a partir de lo anterior, que el juez civil gozará de libertad para valorar todas las pruebas que se practiquen en el proceso subsiguiente a la sentencia penal absolutoria, incluido el testimonio de las correspondientes actuaciones penales. Así lo declara la sentencia de 12 de abril de 2002 y así lo declara también la sentencia de 22 de diciembre de 1999 al afirmar, con base en los arts. 116 LECrim y 596-7º de la por entonces vigente LEC de 1881 [...], que el juez civil "goza de total soberanía no solo ya para valorar el material probatorio practicado en los autos, sino incluso los datos de hecho que obren en el testimonio del proceso penal incorporado a aquellos"».

[23] Según declara la STS núm. 318/2008, de 5 de mayo, «[...] toda sentencia firme, aunque no produzca los efectos de cosa juzgada, genera otros accesorios o indirectos, entre los cuales debe destacarse el consistente en constituir la misma, en un ulterior proceso, medio de prueba cualificado de los hechos en ella contemplados y valorados, en cuanto hubieran sido determinantes de su parte dispositiva, lo que es consecuencia de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en su labor de intérprete de la Constitución española (así, en la sentencia 34/2003, de 25 de febrero, y las que en ella se citan), según la cual son contrarios al principio de seguridad jurídica (unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado) y al derecho a la tutela judicial efectiva (integrado también por la expectativa legítima de obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia) los pronunciamientos contradictorios de distintos órganos judiciales».

[24] La Sentencia no va más allá, por lo que excluye la doctrina contenida, por ejemplo, en la STS núm. 685/2005, de 29 de septiembre (RJ 2005/8733), conforme a la cual «constituye doctrina jurisprudencial [...] que las resoluciones que se dicten en la jurisdicción penal no produce[n] excepción de cosa juzgada en lo civil, salvo cuando se trate de hechos declarados probados, en las condenatorias, o se declare la inexistencia de hecho, en las absolutorias [...].

Sin embargo, ambas conclusiones adolecen de notables imprecisiones. En especial la primera de ellas cuando las actuaciones penales testimoniadas son diligencias practicadas en la fase de investigación (diligencias sumariales), porque tales diligencias ni siquiera tienen, en la generalidad de los casos, eficacia probatoria directa en la fase de juicio oral del propio proceso penal. Pero también la segunda porque, ciertamente, la sentencia penal recoge la valoración que el tribunal realiza de las pruebas practicadas a su presencia, conforme al principio de inmediación, pero de ello no se puede sacar la conclusión de que hace prueba de aquello que el tribunal declara probado.[25] Cuestión distinta es el respeto, que no vinculación, por un órgano judicial a los hechos declarados probados en un previo pronunciamiento judicial. Como dijo la STC núm. 139/2009, de 15 de junio (con respecto al efecto vinculante de la sentencia penal en un proceso contencioso administrativo sobre responsabilidad patrimonial de la Administración), «[...] el respeto a las declaraciones contenidas en un previo pronunciamiento judicial, dictado en otro proceso distinto y por un órgano de otro orden jurisdiccional, como es el caso, no es siempre una consecuencia jurídicamente obligada ni, por tanto, que impida a todo trance que otro órgano judicial, aunque sea con ocasión de enjuiciar los mismos hechos, pueda apartarse de lo decidido previamente, siempre y cuando, como es natural, justifique motivadamente las razones de su decisión divergente. Pues, además de que, como antes se ha señalado, los criterios legales que determinan la responsabilidad civil que se ventila en el proceso penal no coinciden con los que ordenan la responsabilidad patrimonial de la Administración, sucede también que, como este Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de declarar en otras ocasiones semejantes, el que ciertamente unos hechos no puedan

---

Las sentencias penales obligan al Juez civil en aquellas afirmaciones fácticas declaradas probadas que son integrantes del tipo que se define en castigo» (véase, en la misma línea, la SAP de Zaragoza (Sección Quinta) núm. 206/2012, de 26 de marzo).

[25] Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, F. «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2014 (49/2014)», en IZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil).* Vol. 6 (2013-2014). Madrid: Dykinson, 2016, págs. 259-273: «En definitiva, dice este autor, y por poner un ejemplo elocuente, no resulta admisible que un tribunal civil funde su convicción en el acta en que consta la declaración prestada por un testigo ante un juez de instrucción, tal vez hace mucho tiempo, quizá sin la presencia de la defensa de alguna de las partes (v.g. si el sumario era secreto), cuando habría resultado posible la declaración de ese testigo en el marco del juicio civil». Véase, en cambio, aunque para el derecho chileno, ROMERO SEGUEL, A. «La sentencia judicial como medio de prueba». *Revista chilena de Derecho*, vol. 39, núm. 2 (2012), págs. 251-276.

existir y dejar de existir para los órganos del Estado, sin vulnerar al mismo tiempo el principio de seguridad jurídica del art. 9.3 CE y, al cabo también, el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, no significa que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción. Obliga a que la diferente apreciación de los hechos debe ser motivada, de modo que "cuando un órgano judicial dicte una resolución que pueda ser contradictoria con lo declarado por otra resolución judicial debe exponer las razones por las cuales, a pesar de las apariencias, tal contradicción no existe a su juicio"».

## IV. Eficacia en el proceso penal de la sentencia dictada en un proceso civil anterior

Dispone el art. 117 LECrim que «(l)a extinción de la acción civil tampoco lleva consigo la de la penal que nazca del mismo delito o falta»; aunque con mayor precisión habrá que decir que las acciones deben haber nacido del mismo o los mismos hechos. Y continúa: «La sentencia firme absolutoria dictada en el pleito promovido por el ejercicio de la acción civil, no será obstáculo para el ejercicio de la acción penal correspondiente».

El precepto viene a reconocer, siquiera sea implícitamente (porque solo se excluye la extinción de la acción penal), la eficacia de cosa juzgada de la sentencia civil firme sobre la acción civil ejercitada en el posterior proceso penal, siempre, por supuesto, que las acciones sean idénticas; y ello porque la sentencia firme (civil) extingue la acción civil que, por ello, no podrá ejercitarse en un proceso ulterior. Al respecto, ha dicho la STC núm. 367/1993, de 13 de diciembre, «la Sentencia recaída en el juicio de cognición, al ser firme, constituía cosa juzgada y en cuanto tal vinculaba tanto a los litigantes como al Juez de la apelación del juicio de faltas que no podía desconocerla […]. Lo contrario implicaría aceptar que dos órganos judiciales, juzgando los mismos hechos y desde la misma perspectiva jurídica (la responsabilidad civil extracontractual del art. 1.902 del CC), pueden llegar a dictar conscientemente resoluciones contradictorias entre sí».[26]

[26] Con ello, continúa la Sentencia, «el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Motril, además de infringir el principio de seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE y que explica la santidad de la cosa juzgada que impone la vinculatoriedad e inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24 CE, pues, como ya declaramos en las SSTC 62/1984 y 158/1985, la

Podemos plantearnos si extinguida la acción civil por prescripción puede revivir en el posterior proceso penal incoado contra el mismo sujeto. La STS núm. 185/2016, de 18 de marzo (RJ 2016/983) da una respuesta negativa a la cuestión: «Sucede que la incoación de una causa penal muy posterior, o la apertura o reapertura, sobre el hecho dañoso, no puede servir para que se reavive la prescripción que ya se había consumado y que no puede ser eliminada de ese modo». Con palabras de la STS (Sala Primera) núm. 290/2013, de 25 de abril (RJ 2013/3389), «(l)a interposición de la querella solo podía suponer la interrupción del plazo de prescripción de la acción civil que pudiera ejercitarse con base en tales hechos», porque «(n)o es precisa la existencia de un proceso penal para que pueda "nacer", tras su archivo, la acción de responsabilidad civil extracontractual basada en los hechos investigados, ni el archivo de un proceso penal supone el inicio de un nuevo plazo prescriptivo si, cuando se incoó, la acción se encontraba ya prescrita». Aunque ello no impedirá el ejercicio de la acción civil (prescrita) en un posterior proceso penal, porque dicha acción no pierde su naturaleza por ser ejercitada en un proceso penal y la prescripción no extingue ni el derecho (el pago de una prestación objeto de una acción prescrita no es pago de lo indebido) ni la acción, ya que si el demandado no opone la correspondiente excepción la acción (prescrita) puede ser estimada.

## V. Un apunte sobre la prejudicialidad penal en el proceso civil

Dispone el art. 40.2 LEC (y en términos semejantes, el art. 10.2 LOPJ) que no se ordenará la suspensión de las actuaciones del proceso civil sino cuando concurran estas dos circunstancias: que se acredite la existencia de causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso civil; y que la decisión del tribunal penal acerca del hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

De este régimen de la prejudicialidad penal interesa ahora poner de manifiesto las siguientes cuestiones:

---

efectividad de este derecho fundamental resulta incompatible con la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre una misma situación jurídica, por lo que frente a ellos ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía del amparo constitucional cuando no exista ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria que permita reparar la contradicción de las resoluciones judiciales».

1) El planteamiento de una cuestión prejudicial penal, cuya posibilidad está prevista con carácter general (véase el art. 569 LEC para el proceso de ejecución y el art. 697 LEC para la ejecución hipotecaria), abre un incidente del que lo único que nos dice la LEC es que será resuelto mediante auto y, por tanto, mediante resolución judicial motivada. Ningún obstáculo existe para que se alegue en la contestación a la demanda[27] y se resuelva en la audiencia previa del juicio ordinario; pero nada impide que pueda alegarse antes, en cuyo caso el auto del juez se pronunciará previa audiencia de la parte contraria a la que la planteó (o de ambas, en el caso de admitirse su planteamiento de oficio).

   A juicio de la SAP de las Islas Baleares (Sección Tercera) núm. 314/2015, de 20 de noviembre (JUR 2015/303396), «se trata de una cuestión de orden público, que es apreciable, incluso, de oficio». En mi opinión, sin embargo, tal posibilidad debe ser acogida con muchas reservas. Ciertamente, en un caso en el que la existencia del proceso penal fuese un hecho conocido[28] podría pensarse en que el juez pueda plantearla de oficio; pero tal opinión me parece discutible. A mi juicio, recae sobre la parte la carga de la alegación y también la carga de la prueba tanto de la existencia de la cuestión prejudicial penal como de la concurrencia de las circunstancias que posibilitan la suspensión del procedimiento civil, según exige el art. 40 LEC,

[27] Con carácter previo en el cuerpo del escrito y siempre formulando la contestación para el caso de que dicha alegación sea desestimada porque el planteamiento de la prejudicialidad no suspende el plazo para contestar a la demanda. En el supuesto resuelto por la SAP de Burgos (Sección Tercera) núm. 469/2010, de 22 de noviembre (AC 2010/2194) el demandado había alegado la prejudicialidad penal, pero sin contestar a la demanda en cuanto al fondo. El Juzgado de Primera Instancia declaró precluído el plazo para contestar cuando quiso hacerlo, una vez desestimada la prejudicialidad, por entender que dicho plazo no había quedado en suspenso mientras se resolvía sobre la cuestión prejudicial: «el propio artículo 40 solo prevé la suspensión del procedimiento civil cuando la prejudicialidad se funda en la falsedad de un documento, no cuando se alega, como sucede aquí, la identidad de los hechos enjuiciados en ambos procedimientos, el penal y el civil. En este caso el propio artículo 40 dice que la suspensión solo se acordará mediante auto una vez que el proceso esté pendiente de sentencia. Debiera por lo tanto la parte apelante haber contestado a la demanda a la vez que formulaba la cuestión prejudicial, no existiendo ningún obstáculo para que así lo hiciera, por lo que no se aprecia infracción del principio de tutela judicial efectiva».

[28] Véase el AAP de Valencia (Sección Séptima) núm. 217/2014, de 1 de diciembre (JUR 2014/289772), que consideró la existencia del proceso penal como un hecho notorio.

como, por lo demás, se deduce de la regulación del supuesto previsto en el art. 40.4 LEC (incoación de un proceso penal por un delito de falsedad de alguno de los documentos aportados al proceso civil).

2) Según la jurisprudencia, deben concurrir los dos requisitos antes mencionados. Acreditados ambos, la suspensión se acordará, mediante auto, una vez que el proceso esté pendiente sólo de sentencia (art. 40.3 LEC), en el bien entendido de que la norma de prejudicialidad penal es siempre de interpretación restrictiva.[29] De acuerdo con esta interpretación, ha sostenido la jurisprudencia que el requisito de que la decisión del tribunal penal sobre el hecho por el que se procede en causa criminal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil debe interpretarse en el sentido de que se exige que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito. Expresamente en tal sentido se pronuncia la STS (Sala Primera) de 30 mayo 2007 (EDJ 2007/70090): «El art. 362 LEC (1881) establece una norma de prejudicialidad penal […], que […] exige que la sentencia civil haya de fundarse exclusivamente en el supuesto de existencia de un delito».[30] Y,

[29] Así se deduce de la Exposición de Motivos de la LEC (VII), cuando dice: «[…] por lo que respecta a la prejudicialidad penal, se sienta la regla general de la no suspensión del proceso civil, salvo que exista causa criminal en la que se estén investigando, como hechos de apariencia delictiva, alguno o algunos de los que cabalmente fundamentan las pretensiones de las partes en el proceso civil y ocurra, además, que la sentencia que en éste haya de dictarse pueda verse decisivamente influida por la que recaiga en el proceso penal».

[30] Con claridad también la SAP de Valencia (Sección Séptima) núm. 217/2014, de 1 de diciembre, o la SAP de Segovia (Sección Primera) de 29 de octubre (JUR 2015/303536): «necesariamente debe concluirse que para considerar la existencia de prejudicialidad penal no solo se requiere la existencia de causa criminal referente a los mismos hechos que se han de dirimir en el pleito civil, sino además que resulte imprescindible aguardar a la resolución del Tribunal penal para la resolución del litigio civil, de manera que éste no pueda ser resuelto sin aquélla. Por tanto, si en el pleito civil existen datos suficientes para su resolución, y que puedan ser tenidos en consideración con independencia de la calificación que a los hechos enjuiciados se otorgue en el procedimiento penal, no se estaría en presencia de prejudicialidad que, no hay que olvidar, en tanto supone una crisis procesal, ha de interpretarse en sentido restrictivo, no pudiéndose obviar que, en relación con todo lo anteriormente expuesto, el dolo penal es independiente del dolo o culpa civil, y nada impide que éste último pueda existir, con independencia del dolo penal». La misma doctrina se contiene en la SAP de Cádiz (Sección Octava) núm. 208/2012, de 27 de julio (JUR

como dijo el AAP de Barcelona (Sección Decimotercera) núm. 40/2008, de 18 de febrero (AC 2008/642), «el fundamento no es exclusivo cuando la resolución civil no depende de la decisión penal […]; por ello, cuando se pretende obtener la suspensión, para que pueda prosperar, es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil, pues sólo obliga a suspender la "exclusividad" expresada, y no la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso civil».

Esta orientación es la mayoritaria y se encuentra consolidada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS del Pleno (Sala Primera) núm. 24/2016, de 3 de febrero (RJ 2016/1)[31] parte de dos razonamientos, que constituyen doctrina jurisprudencial consolidada y que me parecen correctos conforme a la interpretación restrictiva de la institución de la prejudicialidad penal en la LEC. Son los siguientes: a) Para que pueda prosperar la alegación de prejudicialidad penal es preciso razonar de qué forma el pronunciamiento penal podrá condicionar la decisión del proceso civil, «pues sólo obliga a suspender la exclusividad expresada, y no la valoración penal que puedan tener algunos de los elementos de convicción traídos al proceso civil», ya que la prejudicialidad penal viene determinada por los hechos objeto del proceso, no por su valoración;[32] y b) Los tribunales civiles deben partir de los hechos

2013/8855). En cambio, se pronuncia en sentido contrario, la SAP de las Islas Baleares (Sección Tercera) núm. 314/2015, de 20 de noviembre (JUR 2015/303396).

[31] La Sentencia fue dictada en el caso Bankia. Esta entidad había alegado la prejudicialidad penal en los procesos promovidos contra ella solicitando la declaración de nulidad de los contratos de compra de acciones y la devolución de los importes satisfechos más sus intereses, y la misma había merecido una respuesta dispar de las Audiencias, como lo ponen de manifiesto las sentencias, antes citadas, de la AP de Islas Baleares (Sección Tercera) núm. 314/2015, de 20 de noviembre (JUR 2015/303396), a favor de la prejudicialidad, y de la AP de Segovia (Sección Primera) núm. 214/2015, de 29 de octubre (JUR 2015/303536), en contra de la apreciación de la misma; aunque, en realidad, la postura abrumadoramente mayoritaria es la segunda.

[32] La STS 2016/1 recoge así la doctrina jurisprudencial según la cual la prejudicialidad penal solo opera «cuando existe una íntima conexión entre el objeto de éste y la cuestión penal, bien porque el objeto del pleito civil dependa directamente de la decisión que adopte la jurisdicción penal, bien porque verse sobre un determinado hecho que, sin ser debatido en aquél, tenga influencia determinante en el fallo, de modo que la decisión en el pleito civil

declarados probados por las resoluciones firmes dictadas por tribunales de la jurisdicción penal, y, en especial, no pueden basar su decisión en la existencia de unos hechos que una sentencia penal haya declarado inexistentes. Pero ello no impide que en cada jurisdicción haya de producirse un enjuiciamiento y una calificación en el plano jurídico de forma independiente y con resultados distintos si ello resulta de la aplicación de los criterios de valoración propios de una y otra jurisdicción y de los diferentes principios que informan el proceso civil y el proceso penal, o, más exactamente, el ejercicio privado de los derechos y el ejercicio del *ius puniendi.*

Por eso, la decisión absolutoria del tribunal penal no determinaría necesariamente la desestimación de las pretensiones formuladas en el proceso civil, «pues no relevaría al tribunal civil de aplicar, conforme a los criterios y principios que rigen el enjuiciamiento de las cuestiones civiles, las normas contables y las del mercado de valores». Y esas valoraciones responden a parámetros diferentes en el proceso penal y en el civil: por una parte, «si en el proceso penal no se considerara acreditada la falsedad de los documentos contables, en el plano fáctico, tal decisión no supondría tanto una declaración de inexistencia de hechos, vinculante en el proceso civil, como una afirmación de que no se había alcanzado el estándar de prueba exigible en el proceso penal», pero sin excluir que sí se hubiera logrado el exigible en el proceso civil; y por otra, en este proceso (civil) se puede llegar a una valoración jurídica sobre la correcta o incorrecta aplicación de las normas contables que, aunque irrelevante a efectos penales, puede proporcionar cobertura a la pretensión de nulidad por vicios en el consentimiento ejercitada.

## VI. Proceso penal e interrupción de la prescripción de la posterior acción civil

Existe una jurisprudencia consolidada sobre la interrupción de la prescripción (o caducidad) de la acción civil por la incoación de un proceso penal sobre los mismos hechos. Un resumen se contiene en la STS de 13 de enero de 2015 (RJ 2015/166), reproducida en la posterior STS núm. 185/2016, de 18 de marzo (RJ

venga condicionada directa y necesariamente por el contenido de aquélla, puesto que, fuera de estos supuestos, no procede la suspensión del proceso civil».

2016/983), que procedo a exponer a continuación, completándola y sometiéndola a crítica en lo menester.

1) La tramitación de un proceso penal sobre los mismos hechos retrasa el inicio del cómputo del plazo de prescripción extintiva de la acción civil (o interrumpe el plazo de prescripción ya iniciado), al constituir un impedimento u obstáculo legal a su ejercicio. Este primer principio es una consecuencia de lo dispuesto en los arts. 111 y 114 LECrim, en relación con el art. 1969 CC y, con respecto al mismo, hay que decir:
   a) La jurisprudencia ha considerado que el proceso penal produce efectos interruptivos de la acción civil sin necesidad de una absoluta coincidencia entre los hechos constitutivos de la *causa petendi* de la demanda y los que fueron objeto del proceso penal, pues «es suficiente que el hecho objeto de investigación en el juicio penal pueda tener una influencia terminante en el juicio civil al no ser exigible la identidad de objetos entre ambos procesos sino la conexión relevante entre los hechos denunciados en la jurisdicción penal y el objeto del proceso civil, y cualesquiera que sean las personas implicadas en el proceso penal, que no tienen necesariamente que coincidir con las que posteriormente sean demandadas en el proceso civil para que se produzca el efecto interruptivo, que no suspensivo, de la prescripción».[33]
   b) El inicio del plazo de prescripción viene determinado por el conocimiento por el perjudicado de la existencia del hecho determinante de la responsabilidad («desde que lo supo el agraviado», dice el art. 1968 CC), por lo que el *dies a quo* para su ejercicio será aquel en que pudo ejercitarse (art. 1969 CC). Y la acción civil, posterior a un proceso penal, puede volver a ejercitarse, comenzando a correr de nuevo el plazo de prescripción, en el momento en que la sentencia recaída o el auto de sobreseimiento o archivo, notificados correctamente, han adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por la tramitación de la vía penal preferente, y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil, con arreglo al art. 114 LECrim.
   c) Si en las actuaciones penales se ha dictado el auto de cuantía máxima previsto en el art. 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor,

[33] STS (Sala Primera) núm. 290/2013, de 25 de abril (RJ 2013/3389).

previsto como título ejecutivo en el art. 517.2.8.º LEC, el plazo de prescripción comenzará a correr a partir de la notificación del mismo.

Con base en el tenor marcadamente imperativo del art. 13 del Real Decreto Legislativo 8/2004 citado («[…] el juez o tribunal que hubiera conocido de la causa dictará auto, a instancia de parte, en el que se determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización de los daños y perjuicios sufridos por cada perjudicado […]»), se ha sostenido en ocasiones que, una vez concluido el proceso penal que impide el ejercicio en vía civil de la acción de indemnización de daños y perjuicios, no puede aceptarse que comience a correr el plazo de prescripción contra el perjudicado mientras no recaiga auto de cuantía máxima, pues dictar este auto constituye un deber del Juzgado cuya omisión no puede repercutir en contra de la víctima del accidente. Sin embargo, la STS núm. 334/2015, de 8 de junio (RJ 2015/2284), rechaza tajantemente esa interpretación: la doctrina de que, a los efectos de fijar el día inicial del cómputo del plazo de prescripción, no ha de estarse a la fecha de notificación de la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento o archivo penal, sino a la fecha de notificación del auto de cuantía máxima, solo resulta aplicable si este auto se hubiera dictado efectivamente, sin que sea posible una interpretación extensiva de esa doctrina que lleve a soluciones contrarias a la seguridad jurídica porque condicionar el comienzo de la prescripción al dictado del auto comportaría que en la práctica la acción civil fuera imprescriptible.

Dicho con palabras de la misma Sentencia, el hecho de diferir el inicio del cómputo del plazo de prescripción a la fecha de notificación del auto de cuantía máxima «no implica que pueda hacerse regla general de la excepción y dilatar indefinidamente el comienzo del cómputo del plazo de prescripción en los casos en que no se hubiera dictado ese auto, ni tan siquiera se sabe si llegará a dictarse»; y mucho menos si «el perjudicado no lo ha considerado necesario para poder ejercitar la acción civil de indemnización de daños y perjuicios ([en vía extrajudicial, como en el caso resuelto por la] STS 2 de abril 2014, RJ 2014/2162), o, como sucede en este caso, el auto, que nunca debió dictarse y devino nulo, se dicta cuando la acción ya había prescrito, y como tal no puede servir como medio para interrumpir la prescripción». Y la Sentencia concluye recordando su doctrina de que «(u)na cosa es que el plazo de

prescripción de un año establecido en nuestro ordenamiento jurídico para las obligaciones extracontractuales sea indudablemente corto y que su aplicación no deba ser rigurosa sino cautelosa y restrictiva, y otra distinta que la jurisprudencia pueda derogar, por vía de interpretación, el instituto jurídico que nos ocupa, pues ello aparece prohibido por el ordenamiento jurídico […]. El plazo prescriptivo es improrrogable y lo propio sucede con los iniciados en virtud de interrupciones anteriores, y sería contrario a la seguridad jurídica distinguir entre pequeñas y grandes demoras, algo que no tiene el mínimo apoyo legal ni jurisprudencial, por lo mismo que siempre se ha negado la posibilidad de interpretación extensiva de los supuestos de interrupción».

d) Se trata de interrupción, y no de suspensión, del plazo de prescripción. Conforme a reiterada jurisprudencia, si el tiempo de prescripción de la acción civil ya hubiera iniciado su cómputo en el momento en el que se promueva la acción penal, ésta interrumpe el cómputo. La suspensión de la prescripción solo se produce cuando alguna norma específica así lo ha establecido.

2) A los efectos de las consecuencias expresadas sobre la prescripción extintiva de la acción civil, hay que entender que el proceso penal se encuentra en tramitación (pendiente) desde que se interpone la denuncia en vía penal. En palabras de la STS núm. 112/2015, de 3 de marzo (RJ 2015/712): «[…] la denuncia en vía penal —con sus posibles efectos en el orden civil— supone una forma de ejercicio de la acción civil ante los tribunales e interrumpe la prescripción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1973 del Código Civil, al tiempo que el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal impide que, promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, pueda seguirse pleito sobre el mismo hecho». Y la referida doctrina no encuentra excepción por razón del resultado que la denuncia llegue a tener: es aplicable, aunque termine archivada por estar prescrita la infracción penal que constituirían los hechos denunciados. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido con carácter general que el número y la entidad de las actuaciones que integren el proceso penal antecedente resulta irrelevante en orden a su eficacia interruptora —o, en su caso, impeditiva del comienzo— de la prescripción extintiva de la acción de responsabilidad civil extracontractual.

3) En fin, la doctrina precedente es aplicable, *mutatis mutandis* a la caducidad.

En el supuesto resuelto por la STS (Pleno) núm. 619/2016, de 10 de octubre (RJ 2016/4896), que he analizado con anterioridad en este trabajo a otros efectos, se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra una sentencia de apelación que, revocando la de primera instancia, había rechazado la caducidad de la acción de rescisión ejercitada en un proceso civil posterior a otro penal finalizado con sentencia condenatoria por delito de alzamiento de bienes y, estimando la demanda, había acordado la rescisión de un determinado contrato de compraventa por fraude de acreedores. El problema que se plantea —y que había recibido una solución diferente en las instancias— es la interrupción (o no) por la incoación del proceso penal precedente del plazo de caducidad de cuatro años previsto para la acción de rescisión ejercitada en el art. 1299 del CC. La solución afirmativa alcanzada por la Sentencia es discutida por el voto particular a ella formulado, que se inclina por mantener la doctrina tradicional de la jurisprudencia sobre la no interrupción de los plazos de caducidad.

La jurisprudencia tradicional del TS ha dicho con claridad que el plazo de cuatro años previsto en el párrafo 1.º del art. 1299 CC para la acción de rescisión es de caducidad, con los efectos que a tal categoría se anudan; en lo que ahora interesa, los siguientes: la caducidad puede apreciarse de oficio y, al producir la decadencia automática del derecho por el transcurso del plazo establecido para el ejercicio de la acción, no es admisible la interrupción del mismo. Las STS citadas por la ahora analizada en apoyo de tal doctrina son claras (véanse las STS núm. 542/2003, de 30 de mayo (RJ 2003/5324), y núm. 46/2006, de 31 de enero (RJ 2006/363). Dice la segunda de ellas:

> «(…) la Audiencia estimó interrumpido tal plazo por la denuncia ante la jurisdicción penal que formuló la actora, reanudándose, una vez sobreseídas las diligencias penales en septiembre de 1993, lo que lleva a la sentencia recurrida, por aplicación del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a declarar ejercitada en plazo legal la acción rescisoria.
>
> No comparte esta Sala tal criterio sobre la interrupción del plazo de caducidad, consecuentemente con su reiteradísima jurisprudencia según la cual aquél no es susceptible de interrupción […]. Por otra parte, la apertura de la vía penal por la actora por los hechos que fundamentan, a su juicio, la

> acción rescisoria, no le hubiera impedido acudir a la vía civil con anterioridad, dejando patente y clara su voluntad rescisoria del negocio fraudulento, situación que hubiese originado la suspensión del proceso por lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Otra cosa significaría dejar a la voluntad del titular de la acción rescisoria el comienzo del plazo, lo que es opuesto a su naturaleza y finalidad».

En cambio, la Sentencia de 19 de octubre de 2016, ahora analizada, excepciona esta doctrina, reiterando el criterio de la STS núm. 422/2010, de 5 de julio. Al respecto, reproduce sus fundamentos «sobre la imposibilidad legal de promover, durante la pendencia de un proceso penal, un proceso civil sobre el mismo hecho (arts. 111 y 114 LECrim); la prevalencia del principio *pro actione* y, en fin, el "no exigir a quien es víctima de un comportamiento fraudulento desplegar actividades que momentáneamente se revelan como inútiles incurriendo en gastos previsiblemente innecesarios"»; y añade otro nuevo: «conforme a una interpretación del art. 40 LEC, en relación con los arts. 111 y 114 LECrim, no tendría justificación suficiente, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva y únicamente por salvaguardar la pureza conceptual de la caducidad, figura no regulada en el CC, que en los casos de rescisión por fraude de acreedores, que precisamente por el elemento del fraude comportan una alta probabilidad de componente delictivo, el perjudicado tuviera que promover un proceso civil para evitar la caducidad y, al mismo tiempo, interesar su suspensión hasta que finalizara el proceso penal, pero no sin avanzar en el proceso civil hasta que este se encontrara pendiente tan solo de sentencia, como impone el art. 40.3 LEC».

Los fundamentos de esta doctrina parecen razonables. Y en su apoyo cabe decir que la ley prevé en ocasiones la suspensión del plazo de caducidad (por ejemplo, art. 4 de la Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, y Ley 449 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra); y también que en algunos casos la jurisprudencia mantuvo la postura a favor de la interrupción; en especial, la jurisprudencia tradicional reconocía la eficacia interruptora del acto de conciliación,[34] aunque hay que precisar que

[34] Véanse las STS de 22 de mayo (RJ 1965/3013); de 20 de mayo (RJ 1972/3589); de 17 de febrero (RJ 1979/517); de 8 de noviembre (RJ 1983/6065); de 23 de diciembre (RJ 1983/6996), y de 11 de marzo (RJ 1987/1430).

dicha doctrina se refería a supuestos acaecidos antes de la reforma operada en la LEC (1881) por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, que suprimió la obligatoriedad del acto de conciliación, y se basaba en que la conciliación era una actividad precisa para la iniciación del proceso judicial, lo que en la actualidad no sucede dado el carácter facultativo de la institución.[35]

En cualquier caso, me parecen más sólidos los argumentos que, en defensa de la postura tradicional (contraria a la interrupción), se contienen en el voto particular, sin que, por lo demás, con tal doctrina se atente contra el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE: «el derecho (o la facultad) de rescindir un contrato es un derecho potestativo (una facultad de configuración jurídica) —de ahí que esté sometido a un plazo de caducidad, no de prescripción extintiva— que su titular puede ejercitar extrajudicialmente mediante la correspondiente declaración de voluntad recepticia. […] Corolario de lo que antecede es que […] habría bastado, para evitar que caducase su derecho a rescindir los contratos de 12 de septiembre de 2005, no dejar pasar más de cuatro años sin comunicar (de modo fehaciente) a las partes de esos contratos (las luego codemandadas en este proceso) su voluntad de rescindirlos. No parece una carga excesiva».

[35] Por eso, la STS 19 de febrero (RJ 1990/697), por ejemplo, estimó ya que la presentación de la demanda de conciliación no interrumpía el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción.

rjib16

ESTUDIS

# ANÀLISI DE LA LLEI 7/2017, DE 3 D'AGOST, PER LA QUAL ES MODIFICA LA COMPILACIÓ DE DRET CIVIL DE LES ILLES BALEARS I DEL SEU PROCÉS

***Francesca Llodrà Grimalt***
Professora titular de dret civil
Universitat de les Illes Balears

**I. Punt de partida: l'«entre bastidors» de la reforma. II. Les temàtiques tractades a la Llei 7/2017.** *1. La llegítima del cònjuge viudo. 2. La successió intestada a favor de les administracions balears. 3. Reformes al Llibre de Menorca. 4. Una nova regulació de les remissions normatives al Cc. 5. Reformes no projectades, però inajornables, per a la resiliència de la Compilació. 6. Els alous. 25 anys d'un debat obert per motius doctrinaris.* **III. Regulacions llibertàries del dret a l'herència que no properaren. La política legislativa del Projecte de llei 10512/2016, de 17 de juny.** *1. El pacte de renúncia de llegítima del cònjuge viudo: un cas més d'usurpació dels efectes econòmics del matrimoni. 2. L'estigmatització de les famílies d'una persona incapacitada. Impost familiar per pagar la incapacitat?*

**RESUM**

La Llei 7/2017, de 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de dret civil de les Illes Balears ha aportat resiliència a la Compilació, com a cos jurídic, perquè ha suavitzat el biaix de gènere del règim històric de separació de béns; ha modernitzat i democratitzat la regulació del sistema de fonts i ha evitat reformes precipitades, previstes en el Projecte de Llei, que suposaven un retrocés per l'Estat social, perquè convertien en llibertàries i insolidàries les relacions jurídiques familiars (el matrimoni i la filiació). Així mateix, ha dut a terme reformes molt rellevants al dret menorquí que feia temps estaven pendents.

**Paraules clau:** dret civil balear. Compilació. Successions. Règim econòmic matrimonial. Gènere. Estat social.

**RESUMEN**

La Ley 7/2017, de 3 de agosto, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares ha aportado resiliencia a la Compilación, como cuerpo jurídico, porque ha suavizado el sesgo de género del régimen histórico de separación de bienes; ha modernizado y democratizado la regulación del sistema de fuentes y ha evitado ciertas reformas precipitadas, previstas en el Proyecto de Ley, que suponían un retroceso para el Estado social, porque convertían en libertarias e insolidarias las relaciones jurídicas familiares (el matrimonio y la filiación). Asimismo, ha llevado a cabo reformas muy relevantes en el derecho menorquín que estaban pendientes, desde hacía tiempo.

**Palabras clave:** Derecho Civil balear. Compilación. Sucesiones. Regímen econòmico matrimonial. Género. Estado social.

**ABSTRACT**

Act 7/2017, of August 3, which modifies the Compilation of Civil Law of the Balearic Islands has provided resilience to the Compilation, as a legal body, because it has softened the gender bias of the historical separate property system; it has modernized and democratized the regulation of the system of sources and avoided hasty reforms, foreseen in the Draft of the Act, which implied a setback in the welfare State, because they made the legal family relationships (marriage and filiation) libertarian and unbearable. Likewise, it has carried out reforms very relevant to Minorcan law which had been pending, for some time.

**Key words:** Balear civil law. Compilation. Successions law. Marital property system. Gender. Welfare state.

**I. Punt de partida: l'«entre bastidors» de la reforma**

La Llei 7/2017, de 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de dret civil de les Illes Balears (BOIB núm. 96, de 5 d'agost) és l'ocasió on més articles de la Compilació s'han reformat, des que aquesta entrà en vigor l'any 1990.

La Llei 7/2017 també té altres objectius, com la creació (D.A. 5à) del Consell Assessor del Dret Civil de les Illes Balears per tal de substituir, per derogació expressa dels Decrets 229/1999, de 22 d'octubre, i 2/2012, de 27 de gener, la Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears[1].

El Consell Assessor de Dret Civil sembla pensat amb trets que el fan més accessible al control de les administracions autonòmiques insulars i del Parlament. El nomenament dels seus 10 membres es descentralitza, recaient en el Govern i en els quatre Consells Insulars (a diferència de la CADCIB, on el nomenament dels seus 12 membres es feia pel simple Acord del Consell de Govern, a proposta del conseller de Presidència[2]); de manera que aquest Consell serà més visible, com a òrgan, davant de diferents administracions. Així mateix, el nomenament dels 10 membres i el seu encàrrec s'esgoten amb cada legislatura, fet que pot facilitar que es pugui conèixer la «liquidació» de la necessitat efectiva de la tasca que hagi fet dit Consell durant una legislatura (a diferència de la Comissió Assessora, els membres de la qual eren nomenats per un període de quatre anys i, alguns d'ells, renovats successivament, sense informació del perquè uns membres eren renovats i d'altres cessats). També pens que la pretensió política inicial és garantir que hi hagi una necessitat efectiva de reunir-se per a tractar temes d'acord amb la política legislativa del Govern, atenent a la conflictivitat social i humana que amaguen les regulacions homogeneïtzadores del dret civil. De manera que, sempre segons el meu parer, es dificulta així la temptació de servir per emparar l'ostracisme acadèmic que ha caracteritzat, històricament, l'estructuració institucional de les maneres d'abordar el Dret civil.

Finalment, no amagaré que no em sembla prudent, ni convenient l'existència d'aquests tipus d'òrgans (qualsevol que en sigui el nom), perquè, pel que jo he

[1] La Comissió Assessora, ara derogada, era la nomenada pel Govern del sr. Bauzá (Acord del Consell de Govern de 14 de març de 2014, que nomenava 11 membres. El membre n.º 12 havia estat nomenat per l'Acord del Govern de 3 de febrer de 2012), presidida per l'exconsellera del PP sra. Ferrer Vanrell; i que comptava, com a secretària, amb una diputada del PP, qui fou la Directora de l'Advocacia de la CAIB durant el Govern del sr. Bauzá (des d'agost de 2011).

[2] A partir del Decret 2/2012 que modifica el Decret 9/2009.

pogut conèixer, suposen un «dèficit» democràtic; ja que, per la seva aparent autoritat intel·lectual, resten democràcia representativa al sistema polític.

En segon lloc, i passant a una altra qüestió, he de desvetllar que el Projecte de Llei 10512/2016 (BOPIB n.º 53, p. 2537) del qual es deriva la Llei 7/2017, a part de ser gestat per la Comissió Assessora[3], inclogué reformes referides a l'Illa de Menorca que estaven pendents que algú les poses en circulació, per la seva rellevància pel dret menorquí i que beuen de l'obra del jurista Quintana Petrus (a tall d'exemple: *El Dret viscut*, pàgs. 163 a 168).

En tercer lloc, consider que no fou el Projecte de Llei, sinó la tasca parlamentaria posterior, el fet que ha aportat resiliència a la Compilació, com a cos jurídic; aprofitant l'ocasió per a, per una banda, suavitzar el biaix de gènere del règim històric de separació de béns; per altra banda, entre d'altres reformes, modernitzar l'art. 1 CDCIB sobre el sistema de fonts; i, finalment, per evitar reformes no demandades, previstes en la part del Projecte de Llei autoria de la Comissió Assessora. Amb això em refereisc que el Projecte de Llei originari pretenia una reforma, en dues institucions cabdals del dret successori i matrimonial; que suposava un retrocés social, perquè convertia en llibertàries, insolidàries e individualistes, les dues relacions jurídiques familiars existents (més endavant hi tornaré). Aquest fet posa de manifest la necessitat de repensar la política legislativa en relació amb el Dret civil balear i la legitimitat de les polítiques legislatives dels òrgans entremig de l'executiu i el legislatiu.

En quart lloc, enllaçant amb el que acabam de dir, la urgència d'actuar políticament, aprofitant el Projecte de Llei en tramitació, es va incrementar quan els partits polítics que no tenien accés a la Comissió Assessora i no tenien, en ella, cap diputat ni diputada, ni membre transparentment afí, varen trobar-se amb l'afirmació, feta sense embuts, en l'*Avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni* (punt II EM), presentat per la Presidenta de l'extingida CADCIB, que no es sap cap a on anem («per decidir finalment si s'ha de mantenir aquesta dispersió normativa sectorial o si és procedent refondre-la en una nova compilació o cos del dret civil balear»); però, malgrat això, es diu que es vol desmantellar la Compilació («Aquesta Llei inaugura el disseny de política legislativa consistent en l'elaboració de lleis sectorials que derogaran i substituiran parcialment els

[3] L'esmena del Grup MES (RGE: 12655/2016) introdueix la referència a un altre òrgan *pseudolegislatiu*: «Així mateix ha participat el Consell Assessor de Dret Civil propi d'Eivissa i Formentera».

preceptes de la Compilació»), com a «corpus iuris» de referència del dret civil balear i de la competència en matèria civil.

L'afirmació de no saber encara, després de 20 anys, què s'ha de fer, ni perquè es fa, desacredita que hi hagi acord sobre la tècnica legislativa. Per tant, allò que es va perfilar, l'any 1998, amb el nom d'*Informe sobre la Reforma de la Compilació de Dret civil de les Illes Balears*, redactat per un Comissió d'Experts nomenats *ad hoc*[4] (la qual havia tingut el rebuig de l'oposició parlamentària[5] pel cost econòmic i la no certa validesa dels seus resultats) ha decaigut perquè no s'han aconseguit els resultats que apuntava dit Informe [«*en un solo impulso y en un plazo relativamente breve, se podría presentar una regulación completa, sin lagunas, de las instituciones y materias tradicionalmente recogidas en el Derecho civil propio, e incluso de las que sin tradición previa convenga regular y hallen acomodo en las sedes tradicionales. (...) Ahora bien, si desde ahora, o desde que se constituye el órgano ad hoc, los medios de que disponga, hacen prever que ni siquiera la primera meta codificadora se pueda alcanzar, con solvencia, de una sola vez y en un plazo razonable, habrá que optar por técnicas de regulación sectorial de todo lo legislado hasta hoy*»]. Al contrari, les sentències del TSJIB (com la 1/1998, de 3 de setembre –«*la posibilidad (o quizás la conveniència), de «lege ferenda», de que, en el futuro (...) pudiera incorporarse (...) una norma del tenor del art. 1.320 del Código Civil*» i la STSJIB 2/2014, de 5 de juny) han deixat palès la problemàtica de no haver conservat, amb el desenvolupament adequat, la Compilació.

Finalment, com a conclusió que no m'ha estat fàcil d'acceptar, però que em permet treballar des de la nostra realitat, pens que la Llei 7/2017 opta per tornar a començar i caminar guiats per la nostra pròpia espelma; deixant de caminar a les fosques, esperant que la llum del Dret civil català (o d'altres CCAA) ens mostri un camí.

---

[4] El Consell de Govern de la CAIB, en sessió de 9 d'octubre de 1998, creà la *Comissió d'experts per l'estudi de la Compilació de Dret Civil de Balears* (BOCAIB n.º 153 de 01-12-1998, p. 18512).

[5] El sr. Diéguez diu: «*(...) no sé por qué una comisión tan grande para la necesidad, y la necesidad está clara, y el sentido de la reforma (...). En fin, entrando en el tema del coste que va a tener esta reforma, supongo que el coste será cero porque, habida cuenta del prestigio, del carácter y de la cautela que se ha tomado, si tiene que ser por horas, creo que va a ser un desastre para esta comunidad autónoma*». Preguntes RGE núm. 4806/98 i 4807/98 del diputat Diéguez i Seguí i resposta de la Consellera de Funció Pública, Pilar Ferrer Vanrell: Diari del Ple del Parlament, n.º 132, 17.11.1998, pàg. 5578.

**II. Les temàtiques tractades a la Llei 7/2017**

*1. La llegítima del cònjuge viudo*

*1.1. La llegítima del cònjuge viudo separat «no culpable» i la modificació del sistema de separació i divorci de l'any 2005*

La primera raó de ser del Projecte de Llei del qual es deriva la Llei 7/2017 era que, «atès que la separació és avui consensual, és necessari modificar els paràgrafs 1 i 2 de l'article 45» que «encara manté la causalitat de la separació per part del premort per determinar el dret a la llegítima del consort viudo». Per tant, l'art. 45,1 CDCIB donava lloc a pensar que, si a partir de l'entrada en vigor de la Llei 15/2005, ens trobàvem davant d'una separació causal (declarada per sentència aplicant el règim anterior a 2005), el cònjuge separat supervivent, no imputat per la causa de la separació, conservava el dret a la llegítima. Per altra banda, per les separacions posteriors a la Llei 15/2005, l'art. 45,1 CDCIB esdevindria inaplicable, per falta de constància de la causa de separació i la seva imputació.

En definitiva, la raó de ser del Projecte de Llei era una reforma necessària de la CDCIB (per complir el dret estatal d'aplicació directa[6]): Eliminar la referència a la causa de separació que feia l'art. 45 CDCIB, que havia quedat desencaixat respecte del sistema espanyol no causal de separació i divorci. Per això, no s'explica que el grup parlamentari PP es negués, la passada legislatura, a tramitar la Proposta de llei de reforma i adequació normativa de la Compilació proposada pel grup MES (Diari de sessions n.º 142, 2014) que plantejava aquesta qüestió.

*1.2. L'intervencionisme en les relacions privades: La sanció a la separació de fet*

Aquesta ocasió era una oportunitat per plantejar-se si hauria de ser només el divorci, la situació de crisi matrimonial que fes perdre el dret a la llegítima vidual

[6] La referència a la imputació de la causa que feia l'art. 45,1 CDCIB era una remissió a la regulació d'una qüestió competència directa de l'Estat (art. 149.1.8ª i art. 32.2. CE). De manera que, en aquest cas, quan l'Estat modifica la seva legislació civil s'hauria de produir la modificació «per relació» de qualsevol norma que reculli aquesta matèria. Per tant, quan la remissió (que en puritat no ho és) es fa a matèries que són competència exclusiva de l'Estat, aquesta és dinàmica, perquè el competent és l'Estat i, per això, la mateixa ha de fer-se al text vigent en el moment de l'aplicació. Així es deriva de l'EM de la Llei 8/1990: «(...) les remissions a les disposicions del Codi civil s'han d'entendre fetes a la seva redacció actual (...). 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».

(com efecte matrimonial[7] «post mortem, ex lege»), que és quan es dissol el vincle (art. 85 Cc). Per això es fa la norma que diu que la llegítima es perd per separació ja què, en cas contrari, només es perdria per ruptura del vincle, la qual es produeix amb el divorci.

Així mateix, en cas de seguir vinculant la pèrdua de legítima a la separació matrimonial, el legislador podria no fer-la extensiva, de manera sancionadora[8], a la mera separació de fet, evitant així, intervenir en la vida privada dels qui han optat per no legalitzar la seva separació. Amb més motiu, quan les bases del sistema balear de convivència de fet s'estableixen sobre la formalitat de la inscripció [arts. 1.2, 8.1.c) i 8.2 LPE], i no en la mera convivència[9].

Atenent a aquests criteris, l'article 45.1 CDCIB ha estat modificat, en aquest sentit: «El cònjuge que, en morir el consort, no es trobi separat legalment, ni s'hagin iniciat, per part de cap dels dos cònjuges, els tràmits regulats a tal efecte en la legislació civil de l'Estat, serà legitimari en la successió d'aquest». Per la mateixa filosofia s'ha adequat l'usdefruit vidual intestat de l'art. 84 CDCIB: «No tindrà aquest dret el cònjuge viudo separat legalment; ni tampoc es generarà aquest dret en el cas que s'haguessin iniciat, per part d'algun dels dos cònjuges, els tràmits regulats a tal efecte en la legislació civil de l'Estat».

*1.3. Un tema que ha quedat pendent*

Respecte del dret «especial» eivissenc, el Parlament haurà de fer front, en qualque moment, a la discriminació que el cònjuge d'un causant eivissenc pateix per no ser legitimari en la successió voluntària d'aquell; perfilant-se, així, un matrimoni buit d'efectes de contingut econòmic, tant «inter vivos», perquè està governat per un

[7] Per això, a tall d'exemple, l'art. 13 de la Llei 18/2001 no pot regular els drets successoris del membre causant de la parella estable que no tingui veïnatge civil i, per tant, observam que l'atribució «ex lege» de drets successoris al premort, estigui o no la successió del causant sotmesa al Dret civil balear, només es pot basar en el fet que es tracta de drets matrimonials "post mortem".

[8] 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 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*».

[9] La parella estable s'extingeix, no pel cessament efectiu de la convivència, sinó pel cessament de la convivència durant un període superior a un any.

insolidari règim de separació de béns; com «mortis causa», per no tenir els cònjuges l'usdefruit típic de les llegítimes viduals.

No oblidem que el matrimoni és una institució protegida per la CE i, per tant, el legislador autonòmic s'hauria de preocupar de protegir els drets successoris derivats del matrimoni (efectes «mortis causa»); com també els efectes «intervivos» (això, ara, és un altre tema).

En conseqüència, seria interessant plantejar la constitucionalitat [des del prisma que es tracta de drets que es deriven del matrimoni (art. 9.2 Cc); institució constitucionalment protegida] d'un sistema que, dels legitimaris habituals, en termes generals, només el cònjuge viudo manca de drets successoris «ex lege», quan hauria de ser la seva llegítima, la més intocable (qüestió que es relaciona amb el fet que la crida al cònjuge viudo en la intestada vagi escalant llocs, en algunes regulacions actuals, passant del tercer lloc en l'ordre de crides, al segon).

Davant d'aquesta no actuació legislativa, no seria absurd analitzar la conflictivitat que provocarà l'aplicació del Reglament UE n.º 650/2012 (pel joc que pot donar el seu art. 35 sobre ordre públic), si resulta que un viudo estranger, sense pensar-s'ho, acaba sotmès a la llei «especial» eivissenca, i pateix una raresa jurídica, com és que el matrimoni no li hagi generat efectes econòmics «post mortem», pel fet que la llei que regeixi la successió en el moment de la mort del seu cònjuge sigui la de la residència habitual a Eivissa o Formentera. Per suposat, tot això, resolent abans si els efectes matrimonials «post mortem» són qüestions excloses de l'aplicació del Reglament UE 650/2012, per l'art. 1.2.d (fent inaplicables els arts. 9.8 i 9.2 Cc que ens duen a la llei que regeix el matrimoni, no a la de la successió], o són qüestions sotmeses a la seva aplicació (art. 23.2.b del Reglament 650/2012).

Per mor d'aquesta problemàtica, em deman si davant d'una situació de petrificació antisocial del dret civil propi, no hi hauria d'haver responsabilitat política, ja que la ubicació de l'art. 149.1.8ª CE deixa clara la competència de les CCAA com a competència inherent[10] a l'autonomia [STC 31/2010, de 28 de juny: « … *articulando en un sistema general los diferentes sistemas normativos vigentes en el ámbito civil*»].

[10] Per això, *l'Estat no assumeix competència en matèria de Drets «forals». Sobre aquests tenen competència les respectives CCAA o cap entitat* (art. 137 CE). BADOSA COLL, F., «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». *Iuris: Quaderns de política jurídica*, nº. 1, 1994, pàgs. 11-36; i «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya». *Revista Catalana de Dret Privat*, 8: 2007.

*2. La successió intestada a favor de les administracions balears*

És sabut que l'altre gran titular del Projecte de Llei del qual es deriva la Llei 7/2017 va ser modificar la successió intestada. En concret, eliminar la remissió normativa al Codi civil (als arts. 956 a 958 Cc, d'acord a la DF 2ª CDCIB), en relació amb la cinquena crida; de manera que siguin les administracions territorials balears les que substitueixin l'Estat, en la successió intestada.

Aquesta qüestió mostra, de nou, la pèrdua de temps[11] que fou el rebuig, per part del grup parlamentari PP, la passada legislatura, de la Proposta de llei del grup MES (Diari de sessions n.º 142, 2014), relativa a aquesta qüestió. Rebuig que em fa lamentar el fet que la política legislativa en Dret civil balear hagi estat segrestada per òrgans governamentals, les funcions dels quals no són preceptives a la labor legislativa[12].

*2.1. La reforma realitzada*

El Projecte de llei del qual es deriva la Llei 7/2017 es referia a modificar els arts. 53 i 84 CDCIB dient: «A falta de les persones indicades en els articles 930 a 955 del Codi civil, ha d'heretar la Comunitat Autònoma (...)». Al respecte, l'esmena proposada pel grup MES (RGE: 12657/2016) i la de GentxFormentera, apostava, en relació amb l'administració que ha d'heretar via intestada, pels Consells insulars,

[11] Des de l'*Informe sobre la Reforma de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares* de la Comissió d'experts de 1998 (BOCAIB n.º 153 de 01-12-1998, p. 18512), parlant de les «*líneas que deben seguir las nuevas regulaciones*» s'ha dit que: «*sería factible, aunque con menos urgencia, reunir en un texto único para toda la Comunidad Autónoma, una Ley sobre las sucesiones mortis causa, evitando las remisiones al Código civil y, acaso, sustituyendo al Estado por la Comunidad Autónoma en el elenco de los herederos abintestato*».

[12] El següent debat parlamentari (Diari de sessions n.º 142, 2014) n'és un exemple de l'obstruccionisme que ha patit, històricament, l'exercici del poder legislatiu a l'hora de tocar la Compilació.

Afirma el sr. Jerez (PP): «Tota aquesta nova regulació de successió intestada (...) ha d'incorporar-se de forma irremeiable al nostre patrimoni civil (...) però seguint (...) aquell criteri científic d'aquelles precises institucions que ens hem donat a nosaltres mateixos (...) la Comissió Assessora (...) ha rebut un encàrrec (...) per part del Govern de les Illes Balears de redactar un avantprojecte de llei (...) que reguli la successió intestada». Contesta el sr. Màs (MES): «una cosa és el Govern i l'altra el Parlament; (...) la comissió és una comissió assessora del Govern, designada pel Govern, de juristes prestigiosos, però designada pel Govern (...) La comissió assessora del Govern assessorarà el Govern, però a nosaltres no ens pot dir si podem legislar o no (...) Preceptiu, preceptiu, no ho posa a cap norma, a cap llei que sigui preceptiu. Nosaltres no som una comissió del Govern, Sr. Jerez, no ho som ni ho volem ser, som el Parlament (...)».

com a institucions autonòmiques (arts. 61.3 i 30.36 EAIB i art. 147.2.c) CE); i l'ajuntament.

La determinació dels Consells insulars com hereus intestats, enlloc de la CA, encaixa bé amb l'art. 61.2 EAIB, relatiu al principi d'autonomia de cada Consell, que postula un ample marge en capacitat d'autoorganització, per tal de respectar la seva «autonomia en la gestió dels seus interessos»[13]. Així mateix, aquesta opció combina harmoniosament amb la divisió en Llibres per Illes de la Compilació (art. 1.1 CDCIB: «la tradicional divisió per llibres d'aquesta Compilació»), com en són exemple els arts. 53 i 84 CDCIB.

A partir d'això, podríem mantenir que és imprescindible que la crida en l'ordre intestat sigui als Consells Insulars, com institucions autonòmiques que són, ja que la divisió jurídica per Illes és també un principi en l'aplicació[14] del dret civil balear (en el sentit que ho fa la STC 88/1993, quan parla dels «*principios informadores peculiares del Derecho foral*» amb el valor de «*directrices legislativas*»).

Ara bé, aquest plantejament, degut a l'existència de veïnatges civils locals (art. 15.4 Cc), és difícil d'articular tècnicament, encara que la dificultat o facilitat d'articulació jurídica no pot ser el criteri legislatiu que justifiqui desconèixer l'estructura administrativa autonòmica-insular dividida en Consells i la rellevància que aquests tenen en l'imaginari de les Illes més petites.

En conseqüència, la regulació definitiva, incorporada als arts. 53 i 84 CDCIB, diu que: «A falta de les persones indicades en els articles 930 a 955 del Codi civil, han d'heretar conjuntament les administracions territorials de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears». Si es tracta de Mallorca, Menorca o Eivissa, «en correspon la meitat a l'ajuntament del municipi de darrera residència habitual del causant i una altra meitat al Consell insular de l'Illa del causant determinats d'acord a la normativa general que afecti a aquesta matèria». Mentre que, el cas de Formentera (tenint present que el veïnatge civil és l'eivissenc-formenterenc), requereix el següent matís: «En el supòsit que la darrera residència habitual del causant sigui a l'illa de Formentera, la totalitat de l'herència intestada passa al Consell Insular de Formentera, sempre que, d'acord a la normativa general que afecti a aquesta

[13] Autonomia que *«no es el plano político, sino el reconocimiento de la pluralidad y las diferencias de los pueblos que componen la Comunidad Autónoma balear».* Avel·lí BLASCO, «La organización de los Consells insulars». *Autonomies*, n.º 28, 2002.

[14] La Llei 8/1990 de la CDCIB diu: «*la eficacia, según el Estatuto, dentro de los límites de la Comunidad Autónoma de las normas de su Derecho civil, viene determinada naturalmente por el territorio de cada una de las islas del archipiélago*».

matèria, no resulti que la successió s'ha regir per la llei del veïnatge civil del causant i aquest sigui el propi de Mallorca o Menorca, cas en el qual (...) correspondrà al consell insular que pertoqui».

Com a conclusió, observam que aquesta regulació introdueix, per primera vegada, la territorialitat en l'aplicació de normes personals; la qual cosa s'apropa a les tendències que s'observen, per exemple, en el Reglament (UE) n.º 650/2012, de 4 de juliol de 2011, que obri a la possibilitat que la territorialitat, la residència del difunt (arts. 4, 21.1, 23.2.h) sigui l'element que determini els drets successoris.

Amb tots aquests elements, em puc aventurar a dir que cobra un nou sentit el concepte de dret excepcional. En l'excepcionalitat, hi ha un sol dret (el balear, d'aplicabilitat general[15]) que sobre una matèria determinada té més d'una norma (per Illes); que són d'aplicabilitat específica per criteris aliens al cas objectiu regulat: personal com el privilegi (veïnatge civil local) o territorial com la vigència insular (residència del causant). Per tant, el contingut precís dels diferents Llibres de la Compilació poden considerar-se dret excepcional perquè la norma específica exclou l'aplicabilitat de la norma general quan es donen les circumstàncies previstes en ella.

Per suposat, sempre fent salvaguarda de les regles generals d'aplicació directa a la CA (art. 149.1.8ª CE: «*En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (...) normas para resolver los conflictos de leyes (...)*»; art. 10 EAIB: «el dret civil de la Comunitat Autònoma tenen eficàcia territorial, sens perjudici de les normes per resoldre els conflictes de lleis»). Per això, diuen els arts. 53 i 84 CDCIB que l'aplicació de la Compilació es produirà, quan així escaigui, «d'acord a la normativa general que afecti aquesta matèria».

*2.2. L'actitud recentralitzadora de l'Estat i la jurisprudència constitucional*

L'Estat (la Direcció General de Relacions amb les CC.AA.) ha notificat a la CAIB que els arts. 53 i 84 CDCIB vulneren la competència estatal en dret civil.

S'intueix d'aquesta notificació, que l'Estat considera que el fet de remetre's la CDCIB, en matèria de successió intestada, al Cc, fa que, ara, la Llei 7/2017 no pugui excloure dita remissió («A falta de les persones indicades en els articles 930 a 955 del Codi civil, han d'heretar conjuntament les administracions territorials de la Comunitat Autònoma») a l'art. 956 Cc, relatiu a la crida de l'Estat en l'elenc d'hereus

[15] Per això, el dret civil balear té el caràcter de comú (art. 1.3.2ª CDCIB), que és el dret, l'àmbit territorial de vigència del qual coincideix amb la competència del poder que el crea i és designat, estatutàriament, com a «dret propi» (art. 87.1 EAIB).

abintestat. Així, l'afirmació, tanmateix no argumentada, de l'Estat és que: «*la nueva regulación (...) no estaría desarrollando su derecho civil foral, sino que supondría el establecimiento de una norma nueva en materia de sucesión intestada para todo el territorio de la Comunidad Autónoma, lo cual implicaría que tal modificación no tiene cabida en la excepción que el art. 149.1.8º CE establece en relación al derecho civil a favor de las Comunidades Autónomas*».

Contràriament, resulta que tant la norma reguladora (la regulació efectiva que fa la CDCIB), com la matèria regulada (l'objecte regulat -successió intestada-) són competència exclusiva de la CAIB[16]. En concret, l'exercici de competència legislativa plasmada en els articles qüestionats constitueix un mera «modificació» (que ni tant sols arriba a «*desarrollo*», d'acord a la doctrina constitucional de les «*instituciones conexas*») del dret civil propi. Segons el TC (STC 88/1993[17]), quan el dret propi conté una regla («*derecho preexistente*») sobre la matèria modificada es tracta d'una «modificació» i no arriba a «*desarrollo*», el qual suposa el plus d'innovar, de créixer orgànicament, o sigui, de regular «*instituciones conexas*».

Per a la comprensió del dret successori balear, com a ordenament tendent a la completesa (tanmateix amb una imperfecció normativa temporal indefinida), cal tenir present que la integració de les normatives vacants també es realitza de manera heterònoma, mitjançant remissions al Cc. La remissió pot tancar la institució pròpia, tal com succeeix en la successió intestada; respecte a la qual el legislador balear ha anat legislant aspectes concrets i d'altres (com l'ordre a succeir abintestat) els ha remès, com a legislador competent, al Codi civil.

En definitiva, en allò que ara ens interessa, resulta que la regulació de la Compilació consisteix en remetre, en tot allò que no contradigui el dret civil propi, als articles del Cc. Per tant, regular mitjançant la tècnica legislativa de la remissió és

[16] L'art. 30.27 EAIB no descriu (com sí fa l'art. 129 EAC) la competència civil pel seu objecte, és a dir, la matèria civil general, sinó que la presenta segons las seves modalitats d'exercici, la qual cosa no afecta a la seva exclusivitat, com assenyala el TC (stn. 31/2010: «*determinadas Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias consistentes en su «conservación, modificación y desarrollo» y que tal asunción puede verificarse en términos de exclusividad*»).

[17] «*Tampoco la Ley impugnada puede considerarse como <modificadora> del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa*». Per tant, "modificar" és: «*la simple reforma al referirse a reglas del derecho preexistente*» (COCA PAYERAS, «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1994, pàg. 166).

legislar i és tenir regla aplicable, per remissió legislativa del legislador competent[18] (tanmateix aquesta regla no s'incorpora a la Compilació, no es fa pròpia), el qual pot anar variant de criteri.

En conclusió, s'ha de reprovar de manera contundent la idea de «*norma nueva*» i el tractament d'excepcionalitat de la garantía de la foralidad civil de l'art. 149.1.18ª CE, de la postura de l'Estat. Postura no ajustada a la doctrina constitucional[19] i que suposa rebaixar el Dret civil balear i la Compilació a un dret excepcional annexat i petrificat al Cc.

Fins i tot si es tractés d'un desenvolupament, d'una «institució connexa», la reforma operada en la Compilació compliria el criteri constitucional (SSTC 88/1993 i 156/1993), el qual permet el desenvolupament dels drets civils propis, regulant "institucions connexes" amb les ja regulades en la Compilació «*dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta*»; entenent la idea de "connexa" com a oposada a la de matèria nuclear.

La successió intestada és una institució històrica[20], recollida en la Compilació, amb la qual cosa el punt de connexió o base de suport per a qualsevol desenvolupament posterior està totalment verificat.

### *3. Reformes al Llibre de Menorca*

#### *3.1. El contracte de societat rural menorquina*

En relació amb aquesta reforma, la millor explicació la trobem a l'esmena 11 (RGE: 13360/2016) del grup MES, que proposa introduir un apartat en l'EM, titulat «Impuls als contractes agraris», perquè: «S'ha aprofitat per fer una regulació més detallada, que reculli les opinions i estudis doctrinals i les necessitats pràctiques en

[18] En les remissions, no hi ha dubte que la competència legislativa és del legislador que remet, perquè la remissió, com a tècnica legislativa, és estàtica. Només així es comprèn que la remissió als preceptes del Cc en matèria de successió intestada (i per tant la seva aplicació) es referirà a la redacció vigent en el moment de la remissió normativa. Per això mateix, l'exercici de la competència per part del legislador estatal, sobre el seu dret civil, no afectarà al dret civil balear (EM Llei 8/1990: «Qualsevol modificació d'aquestes [de les normes aplicables por remissió] haurà de ser assumida per la nostra Comunitat Autònoma. (...) Mantenir el contrari suposaria escapçar, anticonstitucionalment i antiestatutàriament, la pròpia potestat»).

[19] STC 31/2010: *«Es doctrina reiterada y asumida por todas las partes que el art. 149.1.8 CE, además de atribuir al Estado una competencia exclusiva sobre la «legislación civil», también «introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política» (STC 88/1993, de 12 de marzo, FJ 1)».*

[20] LLODRÀ I GRIMALT, F., *Sobre la sucesión intestada en Mallorca.* Palma, UIB, 1999.

relació amb el contracte agrari de societat rural menorquina (...) com a mostra de les maneres singulars de gestionar l'ús de la terra a l'illa de Menorca» i «explicar que la definició descriptiva[21], feta des del vessant de la tradició jurídica, de la institució de la societat rural menorquina com a contracte civil particular o atípic, s'adequa a la jurisprudència que, *obiter dicta*, es refereix a la societat rural menorquina com a «contracte de societat sui generis, l'objecte del qual és l'explotació agropecuària del camp menorquí» (sentències de l'Audiència Provincial de les Illes Balears de 10 de juliol de 2001 i de 23 de desembre de 2013)».

Continua l'EM, ressaltant que: «Les reformes introduïdes han suposat una redacció cohesionada del contracte de societat rural, recollint en la norma, com a solució legal, els costums, i terminologia, no controvertits al llarg dels anys al món agrari menorquí, i deixant sempre salvaguardada, com a primer element regulador del contracte, el respecte a la llibertat contractual» i «que no s'ha tractat de fer un recull de costums, amb ànsia de petrificar-los en la norma escrita».

Atenent a tot això, la dicció de l'art. 64 CDCIB se'ns presenta molt completa, com a recollida normativa d'una institució històrica i oberta a que es desenvolupi cap a altres contractes o cap a una llei pròpia de contractes agraris.

Per altra banda, tal com diu l'EM: «una novetat (...) és la previsió de (...) el dret a compensació econòmica, quan no s'adopta la forma de titularitat compartida i es conrea la terra sense rebre cap remuneració, que atorga la Llei 35/2011 (...) Tot això, perquè és competència de la CAIB el regular-ho, en relació amb les seves modalitats agràries. Així, s'ha afegit la remissió[22] a certs articles de la Llei 35/2001 perquè quan una especialitat està regulada pel dret civil propi (com són els contractes agraris illencs regulats a la Compilació -arts. 64 i 86) no es pot aplicar supletòriament el dret estatal, la regulació del qual fa salvaguarda[23] (per tant, excepció) del camp d'exercici de les competències civils autonòmiques».

La possibilitat que el conreador i la seva parella o cònjuge adoptin la forma de titularitat compartida fou acollida en l'art. 142 de la Llei 12/2014, agrària [i tal qual

[21] L'art. 64.1 CDCIB diu: «(...) és, d'acord a la tradició jurídica pròpia, un contracte de societat civil particular o atípic subscrit entre el titular d'una finca rústica i el conreador, els quals actuen mancomunadament amb l'objecte d'explotar una finca en estreta col·laboració».

[22] Art. 64 CDCIB (i art. 86.2): «3. Si el conreador adopta la forma de titularitat compartida li seran aplicables els articles 2.2, 4, 5 i 8 de la Llei 35/2011 (...)».

[23] La Llei 35/2001 diu: «Los artículos 2.2, 4, 5, 8, 13, 14 y 15 se dictan al amparo de la competencia estatal en materia de relaciones jurídico civiles relativas a las formas del matrimonio que constituyen legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales».

està prevista en l'Avantprojecte de la nova llei agrària (BOIB núm. 133, 31.10.2017)]. Ara bé, del dret a compensació econòmica, quan no s'adopta la forma de titularitat compartida però es conrea la terra sense rebre cap remuneració, que atorga la Llei 35/2011, no se n'ha fet regulació pròpia. Però és competència de la CAIB el fer-ho, en relació amb les seves modalitats agràries que no contemplen la supletorietat del dret civil estatal, perquè són regulacions completes, autointegrades pels seus propis principis com a font de tancament (en el sentit que ho diu, en relació amb una altra institució, la STSJIB 1/1998, de 3 de setembre: Els «*Derechos especiales (...) constituyen un Derecho propio, independiente del sistema del Código Civil, el cual por tanto no representa frente a ellas un principio general, sino algo perfectamente extraño, en tanto no haya de actuar como supletorio*»; la qual cosa no es pot produir quan la Compilació preveu «*la solución legal, completa y adecuada al mismo, no puede ni plantearse la posibilidad de aplicar al caso otra fuente legal distinta*»).

Tenint en compte això, com a Menorca i a Eivissa hi ha figures agràries pròpies, és encertada la remissió expressa, de l'art. 64 CDCIB, a l'aplicació de la Llei 35/2011, per si de cas no es pogués aplicar supletòriament. Per això mateix, la legislació de l'Estat fa salvaguarda de les competències civils pròpies i, quan ho fa, no ens podem mantenir en la posició mandrosa de recórrer a la supletorietat, vulnerant, el propi sistema competencial que, en altres punts, i dins la mateixa legislatura, es defensa fermament, i amb raó (per exemple, amb la Llei 6/2017, de turisme, sobre la LAU).

En definitiva, aquest tema em convida a criticar ara la ineficiència d'òrgans dedicats al Dret civil balear quan no fan un seguiment adequat i a temps, de la legislació estatal que envaeix la competència autonòmica en Dret civil, ni de la que fa salvaguarda dels drets civils propis, deixant una insuficiència, que no llacuna, en el Dret civil balear, quan la legislació estatal evoluciona una realitat [24].

Crítica que vol ressaltar que, en el marc de la competència pròpia, s'ha de legislar quan la regulació de l'Estat no és cridada com a supletòria i, per tant, no és aplicable, tractant-se d'institucions tancades, des del sistema de fonts del Dret civil balear. Aprofundint, es tracta d'analitzar si podria incidir en el principi d'igualtat (*ex* art. 149.1.1ª CE[25]) el fet de no exercir la competència pròpia i mantenir,

[24] El fenomen també es dona a l'inrevés, quan la legislació autonòmica evoluciona amb la realitat abans que la norma estatal. Per exemple, la Llei 26/2015, de protecció de la infància i de l'adolescència, admet que la legislació autonòmica ha incorporat novetats que ara s'introdueixen a la LO 1/1996, del Menor.

[25] Les condicions bàsiques de les quals parla l'art. 149.1.1ª CE) són (STC 7.4.1983): «*objetivos, fines y orientaciones generales para todo el Estado*» recollits en la pròpia Constitució (és a dir, drets

indefinidament, una situació no regulada, en casos on l'evolució social destapa desigualtats.

Finalment, acabam aquest apartat, assenyalant que la nova redacció de l'art. 64 CDCIB materialitza la proposta de custodiar elements immaterials de la cultura popular dins instruments vigents i aplicables (art. 4.3 Llei 1/2002, de cultura popular); per exemple, materialitza la proposta de custodiar paraules (*mota, bestreta, estims, desdir* (...) etc.) com al·legoria d'un costum (perquè un mot fa visible tot un món tradicional). A més, fer-ho dins la Compilació és custodiar la Compilació com element etnològic[26].

*3.2. Altres reformes rellevants al Llibre de Menorca*

Al Llibre de Menorca s'han introduït reformes més rellevants que la completesa en la regulació de la societat rural.

L'EM de la Llei 7/2017 diu que s'estableix la vigència de la definició a l'illa de Menorca, amb la mateixa regulació prevista en el règim successori de l'illa de Mallorca.

Abans de res, hem d'entendre que la referència, a l'EM, al negoci de definició, no s'usa en sentit estricte, sinó referint-se a la successió contractual en general, que també inclou la donació universal de béns presents i futurs. És així, perquè el que s'elimina és tota excepció a la aplicació a Menorca del dret successori mallorquí (art. 65: «A l'illa de Menorca regeix el que disposa el llibre I d'aquesta Compilació, a excepció dels articles 54 a 63»).

En definitiva, s'esmena, així, el fet que l'autonomia de la voluntat en matèria successòria fos més limitada pel causant menorquí, donant alhora millor compliment d'un dels principis successoris de la Compilació (EM de la Llei 8/1990: «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 «abintestato», 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»).

Finalment, observam que, molt encertadament, l'única inaplicabilitat del Llibre I, que queda establerta per Menorca, és la dels arts. 54 a 63 ambdós inclosos; per

constitucionals). Seguint a: COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*. Studia Albornotiana, 1988.

[26] LLODRÀ GRIMALT, F., «Cultura popular i expressions del folklore: un tast de la seva doble vessant jurídica, pública i privada». *I Jornades de cultura popular i tradicional,* Palma, 2017.

tant, els articles que regulen drets reals concrets, i no ja la totalitat el Títol III ("Dels drets reals") del Llibre I. Així, aquest queda en disposició d'incorporar regulacions noves, més enllà dels drets reals històrics (estatge i censos i alous) dels arts. 54 a 63.

*4. Una nova regulació de les remissions normatives al Cc*

La presentació (desembre 2015), per part de la Comissió Assessora, de l'avantprojecte de la Llei 7/2017, ens va situar davant d'un fet molt interessant sobre el qual, des de 1990, per les mínimes modificacions fetes a la CDCIB, no s'havia reflexionat: la tècnica de les remissions. Ara es tractava de modificar articles que tornaven a fer remissions al Cc, sense aclarir que passava amb la DF 2ª CDCIB.

L'Informe de l'Advocacia de la CAIB (de 6 d'octubre de 2015) assabentà a la Comissió Assessora sobre la problemàtica que suposa introduir, a la CDCIB, una remissió actual a articles del Cc, quan la CDCIB diu que tota remissió ho serà a la redacció del Cc vigent al 1990.

Per això, la DF 2ª CDCIB afegeix, a partir de la Llei 7/2017: «les remissions que aquestes facin al Codi civil s'entenen fetes a la redacció vigent a l'entrada en vigor de cada llei de modificació.»

Aquesta solució perfila un sistema gens còmode, però apassionant, que requerirà d'una labor de seguiment dels antecedents legislatius de cada disposició de la Compilació, per esbrinar amb quina norma del Cc s'ha completar, quan hi hagi remissions.

Malgrat tot, em permetré la crítica a la desorientació en la tècnica legislativa perquè, ni es sap un mode coherent per fer lleis sectorials (que no es limitin a copiar altres lleis autonòmiques, ni a redoblar la normativa estatal) amb garantia fiable que s'aconseguiran (temor que bas en la STC 133/2017); ni tampoc es sap modificar la Compilació com a ordenament. Això pens que deixa al descobert la influència que, en la ment del legislador balear (i dels "lobbies" en aquesta matèria), té el tractament reduccionista del dret civil balear, com a conjunt inorgànic de particularitats aïllades annexades al Codi civil.

*5. Reformes no projectades, però inajornables, per a la resiliència de la Compilació*

*5.1. L'aposta pel manteniment de la Compilació com a cos jurídic de referència*

L'esmena 9 (RGE: 13361/2016), incorporada a la Llei 7/2017, declara que: «el Govern inaugura també una línea de treball constant, relatiu a l'ordenació i modernització respectuosa de les institucions de la Compilació, per tal de mantenir-

la i desenvolupar-la com a «corpus iuris» de referència del Dret civil balear, les seves singularitats d'origen consuetudinari i la seva pluralitat normativa, amb l'ordenació de la matèria per Illes».

*5.1.1. Millora de la regulació de les fonts com «condició sine qua non» de la resiliència de la Compilació*

A partir de l'esmena 9 (RGE: 13361/2016) del grup MES, amb els matisos afegits en la negociació parlamentària, es pot resumir aquesta qüestió així: «La proposta de millora i ordenació sistemàtica de l'art. 1 es basa en el Projecte de Reforma del Títol Preliminar, de maig de 2006, i les esmenes que «in voce» va fer el PSM i foren preses en consideració[27]. (...) aquesta proposta de nova redacció de l'art. 1 no és en puritat una innovació, sinó que recull les reformes necessàries d'ordenació de l'art. 1, fruit de 25 anys d'estudi des de la Compilació de 1990». En conseqüència, l'article 1 CDCIB, a partir de la Llei 7/2027, passa a aclarir qüestions com:

En primer lloc, que: «El Dret civil de les Illes Balears es composa pels drets civils històrics de les illes de Mallorca, de Menorca i d'Eivissa i Formentera, d'acord amb la tradicional divisió per llibres d'aquesta Compilació». Per tant, la definició declarativa del que és el Dret civil balear respon a la lògica estatutària, ja que fa operativa l'expressió «dret propi» i la pertinença d'aquest, als drets històrics, d'acord a les diferents tradicions jurídiques consuetudinàries insulars (art. 87.1 EAIB); i també reforça la competència en dret civil, ja que la idea de Dret civil de la Comunitat Autònoma (art. 10 EAIB), amb el seu sistema de fonts (art. 87.2 EAIB), està fent referència a la legislació del Govern de les Illes Balears.

En segon lloc, que: «Les disposicions dels diferents llibres d'aquesta Compilació constitueixen el dret comú de les Illes Balears i s'aplicaran, supletòriament, a les altres lleis». Així, eliminada la idea d'especialitat de la CDCIB, l'expressió «dret comú» es converteix en una denominació merament tècnica.

L'especialitat, com a adjectivació del dret civil, ho ha estat des de l'òptica de la legislació espanyola; per tant, les Compilacions promulgades en ús de la competència autonòmica (i, per tant, coincidint els àmbits territorials de la competència legislativa i de la vigència), van passar a ser un Dret civil diferent al Dret del Cc i al dret civil estatal (EM de la Llei 8/1990). Amb l'art. 87.1 EAIB, el Dret civil balear, considerat com a comú, és aplicable amb preferència a qualsevol altre Dret civil, en matèria de competències del Govern de les Illes Balears, en la seva respectiva circumscripció territorial (art. 10 EAIB).

[27] Diari de sessions del Ple, núm. 102, de 18 de juliol de 2006, pàg. 5209.

Des d'aquest punt de vista[28], el Dret civil propi o comú ho és per raó de la matèria, l'amplitud de la qual permet que la norma que la regula tingui, en l'Ordenament jurídic general (la Compilació), la qualitat de dret comú, de dret supletori general (de manera anàloga a l'art. 4.3 Cc).

En conclusió: Si el punt de partida del desenvolupament del Dret civil anomenat, a la CE, especial o foral, és l'àmbit de la competència autonòmica, la Compilació, malgrat ser una norma preexistent a aquesta competència, pot ser igualment vàlida per tal d'exercir-la.

*5.1.2. Ordenació sistemàtica de la regulació del règim econòmic del matrimoni i modificacions mínimes per a fer front a la insolidaritat del règim separació de béns, com a «condició sine qua non» de la resiliència de la Compilació*

L'esmena 9 (RGE: 13361/2016) del grup MES ens serveix per resumir aquesta qüestió: «(...) s'han reordenat els articles referents al règim econòmic matrimonial del Llibre de Mallorca, de manera que els temes de contingut específic del règim matrimonial legal (la separació de béns) i els temes de contingut econòmic «ex lege» (és a dir, imperatiu) del matrimoni (per tant, els efectes econòmics del matrimoni), que són contingut previ, essencial, a qualsevol règim, estiguin tractats de manera ordenada i coherent en articles diferents, a partir dels quals es pugui fer un desenvolupament futur. En aquest punt, s'ha seguit la lògica expositiva de l'art. 67 del Llibre d'Eivissa».

Per altra banda, la Llei 7/2017 procura suavitzar el biaix de gènere present en la regulació històrica del règim matrimonial de separació de béns. Tot això, perquè des del punt de vista de comunitat, d'ajuda mútua, d'igualtat, d'afecte; els règims històrics d'absoluta separació de béns, com el que es recull a la Compilació de 1961 i continua a la Compilació de 1990 (malgrat la desaparició del terme «absoluta»), poden fomentar l'acceptació d'una convivència, econòmicament, perdedora per a una de les parts i d'unes relacions conjugals basades en la insolidaritat[29] econòmica; perquè l'aportació humana de cura, atenció a la família, maternitat, i les, moltes vegades, conseqüents pèrdues d'oportunitats econòmiques, laborals o professionals que suposa aquest aspecte de la convivència, són ignorades pel legislador del 1990.

[28] BADOSA COLL, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil». *Iuris: Quaderns de política jurídica*, nº. 1, 1994, pàgs. 11-36.

[29] Insolidaritat que produïa incomoditat, fins i tots, als autors antics, com s'observa en la reflexió de PASCUAL GONZÁLEZ, preguntant-se si el règim d'absoluta separació de béns no és «*la parte de nuestro fuero acaso menos digna de ser conservada*» (*Derecho civil de Mallorca,* p. 57, nota 1).

Per tot això, les modificacions que donen resiliència a la Compilació fan referència als arts. 3, 4 i 67 CDCIB, introduint aquestes previsions:

I. En primer lloc, s'ha considerat que els efectes matrimonials «post mortem», és a dir, la llegítima, no es cancel·lin per la simple separació de fet. Aquesta qüestió ja ha quedat comentada en un apartat anterior.

II. S'ha esmenat l'errada[30] que va provocar la reforma feta a l'art. 4.3,3er CDCIB (que ara és l'art. 3.5 CDCIB), per la Llei 3/2009, quan va eliminar el fet que la revocació, per part del donant, d'una donació entre cònjuges, es vinculés a la imputació de la causa de la separació al donatari; i va deixar el simple fet de la separació i el divorci com a causa d'ingratitud; permetent, així, revocar lliurement (més bé, *lliibertàriament*)[31], una donació feta per un cònjuge a l'altre durant el matrimoni.

III. El treball per a la família donarà dret a obtenir una compensació quan s'extingeixi el règim de separació (arts. 4.1 i 67.2 CDCIB). Així, s'ha recollit un principi general, recordat per la STSJIB 2/2010, 24 març: «la proscripció que el règim de separació de béns pugui emparar un enriquiment injust produït per la desigualtat patrimonial que suposa l'enriquiment d'un cònjuge i l'empobriment de l'altra, a causa d'una dedicació major al "treball per a la

[30] La idea original de l'art. 4.3,3er CDCIB és que la mera separació i el divorci no són un cas d'ingratitud que permeti revocar-se les donacions entre cònjuges fetes durant el matrimoni; sinó que el cas d'ingratitud només és aquell on el donatari és responsable de la causa que dona lloc a la separació (o divorci) segons la sentència judicial. Des de 2005, no té sentit que el simple fet de la separació o del divorci puguin ser un càstig al donatari que veu revocada una donació, quan la suposada ingratitud ja no es pot vincular amb un comportament objectiu. En cas contrari, l'opció legislativa seria considerar que la separació i el divorci autoritzen, legitimen, a replantejar «ex novo» tot el que ja s'ha conviscut i convingut; ignorant que la separació i el divorci són només situacions liquidadores d'una convivència, plena d'acords, pactes, opcions, decisions que creen efectes. Veure: LLODRÀ GRIMALT, F, «Pensar l'actualització del dret civil balear des dels seus pous». RJIB, nº.13, 2015.

[31] En fonament que la donació entre cònjuges ha estat, tradicionalment, l'única manera de paliar la insolidaritat intrínseca de l'absoluta separació de béns, observam algun comentari jurídic que evidencia com s'intentava, des d'antic, compensar, per usos socials masculins, el que avui en dia constitueix el «biaix de gènere» d'institucions jurídiques històriques. Usos que descriu PASCUAL GONZÁLEZ (*Derecho civil de Mallorca,* p. 125 i 126): «*cuando las circunstancias lo permiten y se han de invertir los ahorros comprando fincas, entonces se formaliza la adquisición a nombre de los dos esposos por mitad e indiviso. Otras veces se pone "en cap de sa dona i així la tenc contenta"*». A aquest ús social dels marits podem enllaçar el sentit d'aquesta afirmació del mateix autor: «*Existe de hecho normalmente en la mayoría de matrimonios mallorquines una especie de gananciales que, por la fuerza de las circunstancias, resulta anàrquica e incontrolada*».

família"» (en el sentit de temps i dedicació no remunerada a la unitat familiar, a la llar, a la maternitat).

En relació amb l'exposat, l'esmena 10 (RGE: 13362/2016) explica que: «mantenir, avui en dia, per tal d'evitar l'evolució democràtica de les institucions històriques, l'argumentari, basat en una interpretació històrica del règim de separació de béns, deslegitimada pels principis constitucionals actuals d'igualtat i dignitat [l'EM de la Llei 11/2016, de 28 de juliol, d'igualtat de dones i homes, diu: «l'androcentrisme és encara patent en molts aspectes de la vida social i política»]; interpretació que confon el fet que la competència legislativa pròpia es basi en que aquestes institucions existiren, amb el fet que aquestes institucions hagin de seguir existint amb el contingut que es recollí de les mateixes en una altre època històrica, basada en la discriminació per raó de sexe i per origen social; podria aproximar-nos a la inconstitucionalitat[32] del règim econòmic matrimonial legal balear, per vulneració de la dignitat humana i el lliure desenvolupament de la personalitat (i sexualitat -com la maternitat), que són el fonament de l'ordre polític i de la pau social».

Més enllà d'aquesta necessària reforma, tard o d'hora, s'haurà de reflexionar més sobre la insolidaritat i el desequilibri que pot provocar un règim legal on es comparteix una vida en comú, sense crear una base de comunitat. És a dir, un règim amb una base fàctica de convivència amb vocació de compatir, però on, jurídicament, no hi ha res a compartir; ja que la posada en comú queda com un simple precari quan la separació o el divorci ho poden revocar tot (perquè no es té en consideració que la separació i el divorci no alteren les regles no escrites amb les quals s'ha dut a terme la convivència, ni eliminen les conseqüències dels pactes diaris que adopten, per conviure millor, els casats).

IV. Per disposar dels drets sobre l'habitatge habitual i els mobles d'ús ordinari de la família, encara que aquests drets pertanyin a un sol dels cònjuges, es requerirà el consentiment de tots dos o, si s'escau, autorització judicial.

[32] La dedicació al treball per a la família i la procreació seria una opció que es fa, lliurement, entre els dos convivents i, per tant, els dos han de donar valor a aquest fet constant matrimoni; però també si aquest es dissol, moment en el qual aquest valor s'ha de traduir econòmicament. Si no és així, si es considera que la prestació del treball per a la família i la maternitat, dins del contracte matrimonial, no val més que de present es fonamentaria una visió indigne de la dona, de la sexualitat femenina fèrtil i una interpretació no respectuosa amb el lliure desenvolupament de la personalitat (sexual femenina) que porta a que la maternitat sigui un fet possible per a una dona.

Aquesta regulació (arts. 4.3 i 67.1 CDCIB) s'introdueix a partir de la proposta de l'avantprojecte de règim patrimonial del matrimoni presentada el 29.04.2011, pel Consell de Govern (Conselleria de Presidència), com a millora necessària per a protegir l'habitatge familiar.

La regulació de la Llei 22/2003, Concursal, (arts. 78 i 79) ha llevat validesa al principi de titularitat formal, com a principi rector per a determinar la titularitat dels béns entre els cònjuges casats en separació de béns. Essent així, i utilitzant en positiu la idea de «connivència» entre els cònjuges de la LC, podríem entendre que, malgrat no tingui la titularitat "formal" de l'habitatge familiar, el cònjuge no titular contribueix amb el seu treball, remunerat o per la família, a mantenir-lo; i, per tant, té dret a assabentar-se dels perills financers en els que incorri el cònjuge titular, que poden acabar privant de llar a tota la família.

*A. De nou, l'actitud recentralitzadora de l'Estat i la invasió de la compentència autonómica*

En relació amb aquesta darrera reforma, l'Estat considera que els dos primers paràgrafs del punt 3 de l'art. 4 CDCIB podrien entrar en contradicció amb els arts. 6 Ccom i 77 i 78 de la Llei 22/2003, Concursal, d'acord amb la seva competència exclusiva en legislació mercantil (art. 149.1.6ª CE).

Al respecte, volem exposar algunes reflexions:

1. L'Estat desatén la competència civil pròpia a l'empara de l'art. 149.1.8a CE i el fet que la regulació concursal conté normes d'índole civil, respecte a les quals ha de quedar salvaguardada, com recorda la DF 32 de la mateixa LC, la competència autonòmica en dret civil propi (art. 30.27 EAIB).

   La norma de la LC sobre l'habitatge habitual del matrimoni (arts. 77 i 78) és una norma de règim econòmic matrimonial per la qual cosa cobra sentit la salvaguarda de la competència en dret civil propi que fa la LC (DF 32), coneixedora que les seves normes de contingut civil (arts. 77 i 78 LC) envairien competències autonòmiques en dret civil propi, de no fer-se tal excepció. Per això, la DF 32 LC ha estat considerada una confirmació del respecte del legislador estatal a la regulació «foral» dels règims matrimonials. Per tant, s'admet[33] que el dret foral s'imposaria a la LC sempre que les qüestions civils regulades a la LC l'afectessin i no es tractés de «bases de les obligacions contractuals».

[33] DEL GUAYO, *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid, Dykinson, 2004, pàg. 1949.

2. Les normes de caràcter civil que conté la LC no poden basar-se en la competència estatal en legislació mercantil, ja que són normes que afecten al deutor civil. De manera que la competència de l'Estat només podria fonamentar-se en l'exclusivitat de la competència en matèria de «bases de les obligacions contractuals» (art. 149.1.8a CE), perquè el fonament que sustenta ambdues competències és el mateix: la consecució de la unitat de mercat.

   Així, és àmpliament acceptat[34] que el tema l'habitatge habitual del matrimoni i el seu règim de protecció no és una de les qüestions substancials[35] que puguin quedar emparades en les «bases de les obligacions contractuals»; ni que pugui, per tant, limitar, la competència en dret civil propi, que inclou les peculiaritats del règim econòmic matrimonial.

   En definitiva, aquests tipus de normes estatals són desplaçades per les legislacions forals quan aquests preceptes no són respectuosos amb la competència autonòmica en regulació substantiva dels règims matrimonials.
3. L'argument de l'Estat [que: «*Los artículos 77 y 78 de la señalada ley establecen que dicha vivienda pueda ser enajenada sin necesidad de consentimiento del otro cónyuge (art. 77 LC), puesto que existe un régimen altamente excepcional respecto de la vivienda en caso de concurso*»] no és vàlid ja que és, precisament, aquesta excepcionalitat de l'habitatge habitual del matrimoni allò que exclou la seva regulació de la competència estatal en matèria de «bases de les obligacions contractuals» i, per tant, allò que avalaria el contrari que l'Estat pretén defensar. És a dir, que és la LC (arts. 77

[34] Fins i tot adoptant una interpretació restrictiva, per al dret civil propi, de l'art. 149.1.8ª CE és unànime l'opinió doctrinal que considera que les previsions de l'art. 78 LC (a tall d'exemple) sobre habitatge habitual del matrimoni envaeixen competències autonòmiques i no serien d'aplicació als territoris «forals» (alguns autors diuen que només ho seria supletòriament en aquells territoris forals que no tinguessin precepte propi i mentre no exerciten la seva competència en aquesta matèria).

[35] De nou, fins i tot els autors més contraris a l'autonomisme (l'autonomisme és la postura duta a terme «de facto» pel legislador català), defensors d'interpretacions restrictives (foralisme) de la competència autonòmica en dret civil, admeten que la competència exclusiva de l'Estat respecte a la matèria civil regulada en la LC és més defensable pel que fa a les normes que incideixen de forma bàsica en la «unitat de mercat» [«*las bases o normas básicas se refieren a cuestiones estructurales, es decir, a aspectos centrales, nucleares del régimen jurídico de una determinada institución*» (BERCOVITZ)], que respecte a d'altres que regulen aspectes menys substancials. Per tota aquesta doctrina: ÁLVAREZ OLALLA, «La incidencia de la Ley concursal en los regímenes económicos matrimoniales de derecho foral, a la luz del reparto competencial establecido en la Constitución». *Derecho privado y Constitución*, n.º 24, 2010.

i 78 LC) la que envaeix competències autonòmiques en matèria civil, de règim econòmic matrimonial, i, per això, és una qüestió, entre d'altres, que dona virtualitat a la salvaguarda de la norma «foral» que fa la DF 32 LC.

4. Finalment, hem de recordar quina és la política legislativa balear en aquest punt: la bondat del precepte.

   L'origen de l'art. 4.3 CDCIB és la finalitat d'incorporar, en el marc del règim legal de separació de béns, la bondat de l'article 1320 Cc.

   L'art. 1320 Cc no pot aplicar-se supletòriament al règim legal de separació de béns balear, tal com ha declarat el TSJIB. Seguint les recomanacions fetes, «*obiter dicta*», per una sentència[36], el legislador balear ha incorporat, legislant una norma pròpia, d'acord a la seva competència (arts. 149.1.8a CE i 30.27 EAIB), un precepte germà de l'art. 1320 Cc.

   Una norma, amb la mateixa filosofia de protecció de l'habitatge habitual del matrimoni que l'art. 1320 Cc, ja s'ha incorporat en altres sistemes de separació de béns, com Catalunya (art. 231-9 CCCat); de forma més extensa que a la Compilació balear.

*6. El alous. 25 anys d'un debat obert per motius doctrinaris*

Des de la reforma de la Compilació de 1961 s'ha apel·lat (Comissió encarregada de la reforma) a la desaparició dels alous: «per l'anacronisme evident d'aquests drets, no sembla oportú de completar sinó, simplement, de matisar o d'aclarir en allò que sigui estrictament necessari, tot esperant una possible futura llei del nostre Parlament, a la qual s'hauran de ponderar, en qualsevol cas, les exigències constitucionals d'igualtat, justícia i respecte a la propietat privada».

En el debat parlamentari de la Compilació de 1990 també se'n va proposar la supressió (esmena núm. 48 del Grup PSM-EEM): «(...) representen un fre per al

[36] STSJIB n.º 1/1998: «*no desconoce esta SALA la posibilidad (o quizás la conveniencia), «de lege ferenda», de que, en el futuro, mediante una Ley del Parlament Balear, pudiera incorporarse al texto de la Compilación Balear -siguiendo la pauta de la Compilación de Catalunya -una norma del tenor del art. 1320 del Código civil. Pero mientras ello no ocurra, es insoslayable que el art. 1320 Cc y la norma en él contenida son elementos extraños al Derecho mallorquín (...) Y, por ello, obviamente, son inaplicables*».

Arran d'aquesta stn. es va expressar (pàg. 18) en l'*Informe sobre la reforma de la Compilació de Dret civil de les Illes Balears* de la Comissió d'experts de 1998 (BOCAIB n.º 153 de 01-12-1998, p. 18512) que, pel que fa al règim matrimonial de separació i l'habitatge conjugal s'ha de regular tant si és per excloure expressament el règim d'exigència de consentiment de l'altre cònjuge, com si és per incorporar una regla similar a l'art. 1320 Cc.

desenvolupament d'una societat i no només en l'aspecte d'aturar la lliure circulació de capitals establerta a la Constitució i en el marc de la Comunitat Econòmica Europea. (...) aquesta prescripció pura i simple que nosaltres volem (...) no és més que un intent d'evitar aquestes pressions especulatives i aquest reconeixement anacrònic pro-senyorial». Tanmateix, l'any 1990 es va deixar la qüestió a l'espera d'una llei futura que tractés aquesta qüestió[37].

Més endavant, la Llei 3/2010, de 7 de juny, de censos i alous inactius, va recordar: «Han transcorregut gairebé vint anys i encara hi ha un estat d'opinió generalitzat que veu amb desfavor aquests drets, i fins i tot preses de posició d'entitats locals que de forma explícita proposen suprimir-los (...) Sobre la base d'aquests elements, s'aprova aquesta disposició legal, amb la qual es pretén alliberar el tràfic immobiliari dels obstacles constituïts per censos o alous inactius o sense titular conegut (…)».

Per tot això, és esperable que qualsevol reforma de la Compilació torni de nou a aquest tema, per la desídia legislativa en aquesta matèria, i així hi ha tornat la Llei 7/2017 dient: «Es tracta d'institucions jurídiques que no responen avui en dia a un interès social (...) continuant en la línia de la reforma de 1990 on es reduí la quantitat en concepte de lluïsme en cas que no s'hagués pactat, del 2% del valor de la finca a l'1%, que ara es passa de l'1% al 0,5%».

Per altra banda, hem d'observar en aquesta qüestió que de manera «sui generis», sense explicació en l'EM i sembla, segons el meu parer, que exhibint ignorància dels principis del dret patrimonial, a la negociació d'esmenes de la Llei 7/2017 es va introduir, per part del grup PI, un segon paràgraf a l'art. 63 CDCIB: «Quan l'alou s'hagi constituït sobre una finca rústica que posteriorment hagi esdevingut urbana, el càlcul del lluïsme es realitzarà sobre el valor de la finca com a rústica».

Per mi, es tracta d'un paràgraf desencaixat dins la regulació de l'alou perquè, en primer lloc, es refereix només al lluïsme per a la redempció, no afectant al pagament del lluïsme en la transmissió (art. 60 CDCIB)[38]. I en segon lloc, perquè aquest paràgraf suposa l'establiment d'una norma imperativa ja que, essent un paràgraf

[37] Llei que no va arribar mai, al contrari del que passà a Catalunya, on s'utilitzà aquesta matèria com a inici de la tècnica de descompilació (Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos): «La modernització de la regulació jurídica catalana respecte als drets reals, per a aconseguir un Dret immobiliari de Catalunya complet i modern, es manifesta especialment necessària en matèria de censos».

[38] La transmissió onerosa del domini útil genera un dret a lluïsme que, per remissió de l'art. 55 CDCIB a l'art. 1644.2 Cc, es basa en el «*precio de la enajenación*».

separat de l'anterior (que diu: «Si no consta que s'hagués pactat cap quantitat en concepte de lluïsme»), resulta que el contingut d'aquest segon paràgraf no admet l'autonomia de la voluntat, és a dir, el poder pactar altra cosa (en contra dels arts. 6.3 i 1255 Cc).

## III. Regulacions llibertàries del dret a l'herència que no prosperaren. La política legislativa del Projecte de llei 10512/2016, de 17 de juny

### *1. El pacte de renúncia de llegítima del cònjuge viudo: un cas més d'usurpació dels efectes econòmics del matrimoni*

Una de les novetats del Projecte de Llei 10512/2016 que donà lloc a la Llei 7/2017, era estendre el negoci successori de definició als cònjuges[39] per a, segons el meu parer, esborrar i controlar els efectes «*post mortem*» (l'usdefruit del viudo) del matrimoni, en particular del matrimoni de qui té descendència anterior, a dit matrimoni, amb una altra persona. Per tant, resultava que el Projecte de Llei contenia reformes de la Compilació, de caire llibertari, no esperades pel Govern, no només perquè requereixen d'una prèvia fonamentació sobre la seva constitucionalitat, sinó, des del punt de vista polític, perquè amaguen, en aquest cas, un moralisme que anomenaré «monogàmia successiva»[40].

En primer lloc, el Projecte de Llei, estigmatitzant el canvis de parella, des del prisma de tractar-ho com un problema enfront al model originari de matrimoni diu: «La problemàtica que s'ha suscitat, al llarg del temps, per mor de les segones núpcies (...) avui es presenta des d'un altre caire (...) del que s'anomenen, sociològicament, famílies reconstituïdes. Passar a posteriors núpcies comporta que el cònjuge viudo serà legitimari en la successió del seu consort premort».

En conseqüència, sembla que sigui un problema tornar-se a casar, quan és obvi que serà el cònjuge actual qui rebrà els efectes econòmics «*post mortem*» del matrimoni. Així que la reforma només evidenciava un moralisme: L'articulació oculta

[39] El Projecte afegia un paràgraf a l'article 50 CDCIB: «Els cònjuges també podran atorgar el pacte de definició regulat en els paràgrafs anteriors, per mitjà del qual qualsevol d'ells o ambdós renunciïn als drets successoris o únicament a la llegítima que, al seu dia, els pugui correspondre en la successió del seu consort de veïnatge civil mallorquí».

[40] Utilitz el terme «monogàmia successiva» per fer referència al fenomen que suposa que la llei, en aparença, permet la dissolució dels vincles afectius i l'inici de nous vincles; però, en el fons, ho fa imposant conseqüències negatives, subtils, opaques a aquells que volen rompre la seva convivència i volen començar-ne una altra.

del sistema matrimonial en la idea de matrimoni indissoluble. Per què sinó tota l'explicació basada en l'etiqueta de «famílies reconstituïdes» que evoca ruptura matrimonial i s'usa de forma equivalent a fracàs? Fracàs respecte a què? Si no és que el legislador pensa en un exemple moralment superior.

En segon lloc, el prejudici, el càstig de l'ordenament jurídic a qui es casa tenint fills d'una altra persona s'evidencia quan l'EM del Projecte parla d'«organitzar la successió pròpia al marge de la relació matrimonial nova que s'ha format».

Resulta que nova o no la relació matrimonial, l'aplicació de l'article que es volia modificar seria la mateixa, ja que aquest només introduïa la paraula «cònjuge». Els prejudici i categories (primer, segon, únic, cinquè, vell, jove ... cònjuge) només ho introdueix l'EM i no té cabuda a l'article, la qual cosa du a la pregunta: Per què tanta explicació de l'EM si aquesta no es connecta amb la reforma de l'articulat? És a dir, sabem, per l'EM, que es vol perjudicar o dificultar l'usdefruit del viudo quan el consort difunt tingui fills anteriors, però la norma no diu res de tot això; per tant, on és la trampa?

Continuant, i en tercer lloc, la trampa esdevindria pel fet que, sense relacionar-ho a l'EM i de manera similar a les «clàusules sorpresa», s'elimina de l'art. 48 CDCIB la remissió a l'art. 840 Cc (que resultaria, així, inaplicable al dret successori del Llibre I).

En definitiva, és aquesta modificació allò que evidencia el prejudici del legislador sobre el matrimoni de qui ja té fills, ja que l'eliminació de l'aplicació per remissió de la facultat de l'art. 840 Cc (en lloc d'actualitzar-la, a dia d'avui) servirà per a pressionar al cònjuge, casat amb algú que ja té fills, a fer definició o renúncia. El resultat de l'eliminació de la remissió a l'art. 840 Cc serà privar al viudo de poder demanar als hereus, només fills del cònjuge causant, que, enlloc d'un usdefruit, li donin una pensió. Així, si s'elimina aquesta remissió, resulta que el viudo –mallorquí i menorquí- només podrà tenir l'usdefruit (i no podrà exigir un canvi per pensió o béns). Sabent això, i amb aquesta pressió de no poder canviar l'usdefruit –que és incòmode per la relació amb els fills només del cònjuge difunt- per pensió o béns, agafarà sentit la renúncia, entre vius, a la llegítima, conformant-se.

En definitiva, el moralisme amagat, basat en estereotips sobre les persones que es casen tenint ja fills no comuns, aconseguirà la utilitat planejada.

En quart lloc, dins tota aquesta desafortunada regulació, es fa una apel·lació a la Història («En el dret civil de Mallorca, pel privilegi concedit per Jaume I el 4 de març de 1274, que regulen els vigents articles 50 i 51 de la Compilació de dret civil, es permet la renúncia a la llegítima futura, o millor, al seu suplement, atorgada pels descendents respecte als ascendents, sempre que siguin legitimaris»), quan

aquesta apel·lació a la Història el que fa és desautoritzar la desnaturalització de la definició.

En conclusió, em deman: Si és legítim desvirtuar la definició per buidar de contingut el matrimoni de qui té fills anteriors amb una altra persona; malmenant, a més, un contingut essencial del matrimoni com són els efectes econòmics «*post mortem*». Si el fet que la renúncia pugui ser només d'un dels cònjuges no obre a la possibilitat d'utilització abusiva de la renúncia a un dret legal, a un efecte «*ex lege*» del matrimoni. Si això no presenta cap tipus de problema d'ordre públic constitucional; i, finalment, si es pot transaccionar sobre la llegítima vidual o és un efecte «*ex lege*» del matrimoni.

*2. L'estigmatització de les famílies d'una persona incapacitada. Impost familiar per pagar la incapacitat?*

Una altra pretesa novetat del Projecte de Llei 10512/2016 que suposen, per a mi, retrocedir socialment, és el fet de declarar, a dia d'avui, tangible la llegítima dels descendents però només en les successions on un dels descendents legitimaris sigui una persona incapacitada.

Aquesta suposada novetat és, per a mi, un exemple que convida a qüestionar-se quin sentit té tenir competència legislativa pròpia basada en la legitimitat històrica de tenir un sistema legitimari diferent, quan les reformes que es plantegen, en matèria successòria, són copiar un article del Cc, sense tornar-lo a pensar des de la diferència i l'evolució social; sense analitzar ni justificar la seva bondat i utilitat.

Declarava l'EM del Projecte de Llei, sense donar cap justificació ni argument que: La «incapacitat preval sobre el principi d'intangibilitat de la llegítima».

Aquesta és una afirmació molt lleugera[41] i feta sense fil argumental, que pretén crear una causa-efecte entre dos elements jurídics que no tenen perquè relacionar-se. Per altra banda, la conversió en tangible de la legítima dels germans o nebots

[41] En una línia similar, pensant en l'art. 808 Cc, diu Picazo/Gullón (*Sistema de derecho civil*. IV/2, pàg. 109) que: «*el juicio que la norma merece no es favorable. (...) debe observarse que es una fracción muy pequeña aquella en que la posibilidad dispositiva se admite (...) Por otra parte, se rompe, sin haber hecho previamente un estudio serio, el sistema legitimario del Código civil, en beneficio de un sistema que se va dibujando, que es el sistema de libertad de testar, lo cual, desde el punto de vista político-jurídico, tampoco resulta especialmente claro. (...) aunque la EM [Llei 41/2003] señale que la protección de los discapacitados debe hacerse con sus propios bienes y sin atender a prestaciones sociales, colocar parte de esta protección sobre las espaldas de los hermanos del incapacitado, desincentivando, de algún modo, el cuidado que deberían prestarle, no parece el mejor de los caminos*».

d'un incapacitat potser també vista com una opció de política legislativa basada en una estigmatització de la incapacitat, que no tindria justificació suficient per tal de trastocar el règim d'ordre públic que és la intangibilitat de la llegítima.

Dit d'una altra manera: No acaba aquesta norma imposant una discriminació; de manera que la llegítima és tangible si entre els legitimaris un és incapacitat i intangible per a la resta de ciutadans (de descendents legitimaris)? Per tant, no s'està tractant la incapacitat com un estigma per a la família fraternal, el patrimoni de la qual ha de ser gravat per tal de garantir l'atenció de la persona incapacitada?

Dubt que això encaixi amb la idea bàsica d'Estat social (art. 49 CE) perquè intenta, indirectament, que la cobertura de la gran dependència no es doni per part de l'Estat, mentre no s'esgoti tot el patrimoni familiar. No el propi del depenent, sinó també el que correspondria a la família col·lateral, que són els germans, si un d'ells no fos incapacitat. És una norma que és contraria a l'estat social quan el que es pretén és, de manera obscura, vincular tot el patrimoni «*post mortem*» d'uns pares, a l'atenció i consum d'un fill gran depenent, creant-los aquesta angoixa.

Consider necessari major fonamentació d'aquesta matèria per totes aquestes qüestions:

1. Es vol reformar la llegítima, amb aquesta finalitat (diu l'EM): «(...) donar instruments per poder atendre els fills o descendents legitimaris (...)».

   Per tant, en primer lloc, la finalitat del legislador amb l'expressió «instruments» (econòmics) és que la incapacitat sigui sufragada pel patrimoni privat de la mare i el pare de l'incapacitat «fins a la darrera legítima». En segon lloc, la finalitat del legislador és facilitar la cerca d'un cuidador familiar ja que quan l'EM del Projecte diu «atendre els fills o descendents» no es refereix a donar instruments a un pare o una mare que han de cuidar dels seus descendents dependents. La idea d'«atendre» fa referència al subjecte actiu que atén, a les germanes o germans, nebodes o nebots, que són els únics destinataris possibles de la finalitat indirecta d'aquesta regulació. En definitiva, les facilitats d'atendre es refereixen a les facilitats d'aconseguir un cuidador familiar, és a dir, són fórmules indirectes per potenciar la determinació d'un cuidador familiar.
2. L'imaginari jurídic en relació amb la incapacitat en les polítiques socials ha canviat des la Llei 41/2003 (de patrimoni protegit). L'esperit de la Llei 39/2006 (de dependencia) és un altre: «*un derecho subjetivo que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano*».

3. L'EM del Projecte de Llei 10512/2016 diu: «(...) la persona amb capacitat modificada judicialment és fiduciari i els legitimaris, fideïcomissaris».

   Gravar amb una substitució fideïcomissària tot un patrimoni i deixar-lo a la gestió d'un fiduciari incapacitat i, per tant, sotmès a tutela, no suposa cap benefici pràctic, sinó una trava antieconòmica. Agreujada, a més, la seva antieconomia ja que el fiduciari, en aquest cas, no gestionarà el patrimoni per treure profit i transmetre'l a la seva mort (com és la idea de la substitució fideïcomissària genuïna), sinó que serà gestionat pel tutor per a consum del gran depenent amb una fórmula poc productiva. A més a més, probablement, la substitució fideïcomissària que es preveurà permetrà al fiduciari alienar i gravar béns per atendre a les seves necessitats i, per tant, això serà garantia que tot el patrimoni familiar ha de servir per pagar la dependència.

   Així, indirectament, té una finalitat persuasiva que durà a la renúncia per part dels hereus i és garantia per l'Estat que tot el patrimoni familiar sigui per a sufragar la dependència, estereotipant-la com una càrrega per a la societat que ha de cobrir la família, en sentit extens (els germans). He dit «indirectament», perquè la Llei 39/2006 obliga a tenir en compte el patrimoni privat per a rebre les ajudes («*de forma progresiva en función de su capacidad económica*»). Patrimoni que legítimament pertocava, en part, a la resta de legitimaris, si no hi hagués hagut un germà incapacitat.
4. Aquesta regulació es basa en una idea estàtica de família (on tots els fills són germans de pare i mare) i, per això, desconeix que entre els germans hi pot haver gran diferència d'edat podent, per això, perjudicar a menors d'edat (descendents fideïcomissaris)[42]. En resum, aquesta regla suposarà que l'administració (tutelar de la incapacitat) gaudirà d'uns béns abans que uns menors d'edat (descendents fideïcomissaris) que mereixen la mateixa protecció econòmica que un incapacitat.

   A més, una regla com aquesta pot ajudar a encobrir un desheretament injust ja que, per exemple, pot forçar a la renúncia a l'herència dels germans de

[42] Si s'hagués d'acceptar una regla d'aquestes característiques hauria de ser en aquesta línia: «Quan algun dels fills amb dret a llegítima sigui una persona amb capacitat modificada judicialment, el testador pot establir una substitució fideïcomissària sobre la quota legitimària que correspongui d'acord amb l'article 42; són fiduciaris els fills amb dret a llegítima amb capacitat modificada judicialment i fideïcomissaris per parts iguals, la resta de fills legitimaris que siguin germans de doble vincle del legitimari fiduciari, i sempre que tots els legitimaris fideïcomissaris fills siguin majors d'edat en el moment de l'obertura de la successió i que no procedeixi l'aplicació del dret de representació a favor de descendents menors d'edat d'algun dels legitimaris fideïcomissaris».

vincle simple, entre els quals hi pot haver molta diferència d'edat amb un germà petit incapacitat.

5. El fet que les normes proposades siguin dispositives, és a dir, basades en la llibertat de fer-ho o no, és un pur engany. La reforma proposada podria encobrir una actuació no lliure: El finançament privat de la incapacitat -no sabem, fins a quin punt, les institucions informaran i dirigiran la llibertat perquè tots els béns siguin gravats amb una substitució fideïcomissària amb poder de disposició (de nou, la norma crearà angoixa i càrrega als pares)-.
6. El Projecte de Llei 10512/2016 no diu perquè en el Llibre III la llegítima seguiria sent intangible per a tots els germans. Un nyap de política legislativa.

Finalment, vull desvetllar que amb tècniques indirectes (com la pretesa protecció de la incapacitat i la còpia de la causa catalana[43] de desheretament) per a suprimir la llegítima dels descendents, convertint-la en tangible el que s'aconsegueix és desplaçar el fonament[44] de la llegítima des de l'interès familiar (la condició de parent) a la solidaritat assistencial familiar (postulat de l'anàlisi econòmic del dret).

Per això, s'ha de fer transparent el resultat que s'aconsegueix, dins l'ordenament civil, quan s'abandona la condició de parent com a fonament de la llegítima i, en conseqüència, la relació de filiació en l'edat adulta. Les reformes apel·lant a la llibertat llibertària porten, des dels postulats del Dret civil liberal, al desmantellament de l'estat social (la solidaritat intergeneracional passa a ser privada) i, des del dret civil progressista, al nihilisme que esdevé quan s'han reduït a l'absurd els valors d'un sistema: Per exemple, el fet de prescindir de la mera condició de parent com a fonament d'efectes jurídics farà necessari acceptar la superació del darrer tabú del matrimoni: les relacions incestuoses en l'edat adulta.

«*he de demostrar tanta fe en la semilla verdadera y oculta de mi humanidad, que no debo tener miedo de ver la humanización por dentro*».
Clarice Lispector, *La pasión según G.H.*

[43] Article 451-17.2 CCcat: «e) L'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el causant i el legitimari, si és per una causa exclusivament imputable al legitimari». Una esmena del PI a la Llei 7/2017 pretenia, sense més ni manco, copiar a la Compilació la causa catalana de desheretament del complex CCcat, quan la Compilació no s'integra amb el CCcat ni es pot complementar amb la jurisprudència del TSJCat. La regulació de les causes de desheretament estan remeses (arts. 46 i 70 CDCIB) al Cc (art. 853).

[44] VAQUER ALOY, Antoni, "Acerca del fundamento de la legítima". *InDret*, octubre 2017.

rjib16

ESTUDIS

# LA REGULACIÓN ACTUAL DE LA ACTIVIDAD DE LAS ASOCIACIONES CANNÁBICAS Y LOS CLUBES SOCIALES Y TERAPÉUTICOS DE CANNABIS

***Jesús García Garriga***
Abogado
Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

**I. Introducción. II. Del marco normativo vigente.** *1. Marco normativo en materia de drogas y estupefacientes. A. A nivel internacional. B. A nivel interno.* a) El Derecho estatal. b) El Derecho autonómico y local. *2. Marco normativo en materia de asociaciones.* **III. De la jurisprudencia. IV. De las iniciativas legislativas en otras Comunidades Autónomas.** *1. Ley Foral de Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra. 2. Ley del País Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias. 3. Ley de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis.* **V. De las competencias estatales y de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en relación con esta materia. Conclusiones.**

**RESUMEN**

En este estudio se analiza, ante el debate y la existencia real en la sociedad de las asociaciones de consumidores de cannabis —tanto para un uso social como terapéutico—, el actual marco normativo y la doctrina jurisprudencial dictada al respecto, a los efectos de concluir si en el vigente Ordenamiento Jurídico existe la posibilidad o no de promover una regulación en el marco de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

**Palabras clave:** asociaciones de consumidores de cannabis, marco normativo, doctrina jurisprudencial, regulación en diferentes Comunidades Autónomas.

**RESUM**

En aquest estudi s'analitza, pel debat i l'existència real en la societat de les associacions de consumidors de cannabis —tant per a un ús social com a terapèutic—, el marc normatiu actual i la doctrina jurisprudencial dictada al respecte, als efectes de concloure si en l'ordenament jurídic vigent existeix la posibilitat o no de promoure una regulació en el marc de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.

**Paraules clau:** associacions de consumidors de cannabis, marc normatiu, doctrina jurisprudencial, regulació a diferents comunitats autònomes.

**ABSTRACT**

This study analyses, considering the debate and the actual existence of cannabis consumer associations in society —both for a social and therapeutic use—, the current regulatory framework and jurisprudential doctrine dictated in this regard, in order to conclude if in the current Legal System exists the possibility or not to promote a regulation within the framework of the Autonomous Community of the Balearic Islands.

**Key words:** cannabis consumer associations, regulatory framework, jurisprudential doctrine, regulation in different Autonomous Communities.

## I. Introducción

La realidad social durante los últimos años en relación con el uso social y terapéutico del cannabis y la generación de asociaciones de consumidores ha engendrado un amplio debate en diferentes ámbitos, tanto jurídicos, como normativos, por un lado; y terapéuticos y sociales, por otro. Derivado de ello, la regulación o no de las asociaciones o clubes cannábicos tiene un primer impedimento que ha forjado este controvertido debate, que tiene su origen en la base de lo legal o no de dicha actividad —tanto en el consumo compartido, como, especialmente, en el denominado cultivo compartido—. A este respecto, la legislación vigente muestra una zona que va desde la consideración de dicha conducta como ilícita penal hasta atípica o alegal, en función de las características y circunstancias que rodeen esa actividad. Por tanto, ante la falta de seguridad jurídica de los usuarios, y antes de analizar los intentos de regulación actual en diferentes Comunidades Autónomas con base en diferente doctrina jurisprudencial, repasaremos el marco normativo vigente, para finalizar en la posibilidad o no de su regulación en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en relación con esta materia.

## II. Del marco normativo vigente

Dentro del marco normativo vigente, al hablar de asociaciones cannábicas, debemos desarrollar dos aspectos: por un lado, el marco general, relativo a las drogas y sustancias estupefacientes; y, por otro, el relativo a la creación de las asociaciones.

### *1. Marco normativo en materia de drogas y estupefacientes*

En este ámbito debemos distinguir diferentes niveles normativos, pues, además de incidir la presente materia en el Derecho interno, no puede dar la espalda a la existencia de una política supranacional, de la que España no escapa, pues está inmersa en la misma y de la que el Estado es agente y parte.

#### *A. A nivel internacional*

a) En primer lugar, es de cita obligada la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes, enmendada por el Protocolo de 1972, de Modificación de la Convención Única, de Naciones Unidas. Según ésta, «la toxicomanía

constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad». Por tanto, el cannabis está inequívocamente incluido entre las sustancias cuyo consumo se pretende combatir.

Tanto esa Convención Única de 1961 (art. 36), como la posterior de Viena de 1988 (art. 3) obligan a los países firmantes a adoptar las medidas necesarias para que el cultivo y la producción, fabricación, extracción, preparación, posesión, ofertas en general, ofertas de venta, distribución, compra, venta, despacho de cualquier concepto, corretaje, expedición, expedición en tránsito, transporte, importación y exportación de estupefacientes, no conformes a las disposiciones de la Convención o cualesquiera otros actos que en opinión de la Parte puedan efectuarse en infracción de las disposiciones de la anterior, se consideren como delitos si se cometen intencionalmente y que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras de privación de libertad.

b) En segundo lugar, en el ámbito de la Unión Europea, instrumento básico es la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas. El proceso de revisión a que está sometida en la actualidad esa norma no afecta a lo que es determinante para abordar la cuestión que aquí debemos estudiar.

   A los efectos que nos interesan ahora y la punibilidad resulta esencial la lectura de su art. 2.[1] Aunque también es cierto que su párrafo segundo habilita

[1] «1. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a Derecho:

a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas;
b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis;
c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a);
d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines.

a los Estados para excluir los casos en que los autores actúan con fines de consumo personal tal como lo defina la legislación nacional; lo que permite a las legislaciones internas que puedan amplificar más o menos lo que significa actuar con fines de consumo personal y excluir dicha punibilidad.

Y, por tanto, existe la no persecución en algunos países miembros de la Unión Europea de supuestos asimilables (Países Bajos, significativamente), que en determinadas circunstancias es posible a causa y en base a un principio de oportunidad que rige en su proceso penal y por la forma de funcionamiento de su Fiscalía. Los comportamientos que se desarrollan en un *coffee shop* están regulados en el art. 11 de la *Dutch Opium Law* en condiciones severas. El art. 2, párrafo 2, de la Decisión Marco sirvió a Holanda para evitar la rectificación de su política de drogas (producción máxima de 5 plantas de cannabis para uso personal, o posesión de 5 g cannabis) lo que ha permitido incluso la apertura de clubes sociales de cannabis con reglamentación muy estricta. Las reglas e instrucciones previstas en la *Opium Law* deben ser respetadas. El suministro y la producción son perseguibles en todo caso (Bélgica ofrece otros ejemplos).

c) En tercer lugar, el necesario abordaje global que se ha mencionado justifica hacerse eco aunque sea someramente de algunas otras tendencias en el derecho comparado. No se desconoce la despenalización del comercio de cannabis en algunos países:

   – En Uruguay, la reciente Ley n.º 19.972, regula la producción, distribución y venta de cannabis. Se tolera su plantación, cultivo y cosecha doméstica, entre otros fines, para el consumo personal o compartido. Como tal se entiende el cultivo de hasta seis plantas y el producto de la recolección hasta un máximo de 480 gramos. Queda igualmente legitimada la plantación, cultivo y cosecha de plantas por clubes de membresía, que funcionarán bajo control del denominado Instituto de Regulación y Control del Cannabis. Deben estar autorizados por el Poder Ejecutivo de acuerdo con la legislación y en las condiciones definidas reglamentariamente. El número de socios no puede sobrepasar los 45. Podrán plantar hasta 99 plantas de cannabis de uso psicoactivo y obtener como producto de recolección un máximo de acopio

2. Las conductas expuestas en el apartado 1 no se incluirán en el ámbito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo defina la legislación nacional».

proporcional al número de socios y conforme a la cantidad que se estableciere para el consumo no medicinal de dicha sustancia —40 gramos mensuales por usuario—.

- Cuatro Estados de USA —Colorado, Washington, Oregón y Alaska— han legalizado el uso recreativo de la marihuana. Otros veinte lo habían hecho, desde 1996, para exclusivo uso medicinal. Las normas respectivas presentan diferencias. Coinciden en fijar un límite a la cantidad de sustancia que puede ser cultivada, vendida o transportada legalmente. En Oregón (donde la normativa entró en vigor en julio de 2015) se permite el cultivo de 4 plantas y se exige licencia para la producción, tratamiento y venta de marihuana. Este tipo de autorización específica se impone también en el Estado de Colorado, donde el número de plantas que se pueden cultivar se eleva a 6. Una onza es la cantidad máxima que se puede portar o entregar gratuitamente a un tercero (siempre que sea mayor de 21 años).

  En todo caso, la distribución y venta ilegal de marihuana sigue conformando un delito federal de acuerdo con la *Controlled Substances Act (CSA)*. El Departamento de Justicia publicó el 29 de agosto de 2013 una guía dirigida a los Fiscales Federales en la que se incluyen los criterios a seguir ante esta realidad, confiando en que los controles establecidos por las respectivas normas estatales protegerán debidamente los intereses federales en juego.
- A nivel europeo es digna de mención alguna reciente iniciativa en Alemania (aunque el grupo que la promueve y el marco normativo europeo imperante hacen presagiar fundadamente que no llegará a puerto) destinada a regular el consumo de marihuana mediante una Ley específica (*Cannabis kontroll gesetz*).

*B. A nivel interno*

a) El Derecho estatal

En segundo lugar, a nivel interno, y dentro del Derecho estatal, tenemos varios ámbitos, el penal y el administrativo:

- Desde el punto de vista penal, el art. 368 del Código Penal (CP, en adelante) castiga el tráfico de drogas tóxicas o sustancias estupefacientes o psicotrópicas con una amplitud que ha sido justamente tildada de desmesurada e inmatizada: «Los que ejecuten actos de

cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines […]». Se quiere abarcar todo el ciclo de la droga diseñándose un delito de peligro abstracto.

- En la esfera de la normativa administrativa estatal hay que atender a las disposiciones de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes, y adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de las Naciones Unidas. Según su art. 2 «se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de mil novecientos sesenta y uno de las Naciones Unidas, sobre estupefacientes y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional, con arreglo a dicho Convenio y en el ámbito nacional por el procedimiento que reglamentariamente[2] se establezca».

  Con meridiana claridad, el art. 8.1 de la Ley prohíbe su producción: «Ninguna persona natural o jurídica podrá dedicarse al cultivo y producción indicados, ni aún con fines de experimentación, sin disponer de la pertinente autorización». El art. 9 excepciona tan solo el cultivo de cannabis destinado a fines industriales siempre que carezca de principio activo. Su propaganda u oferta están igualmente prohibidas (art. 18) a salvo las correspondientes autorizaciones.

  Por su parte, en el art. 36 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana,[3] se recoge como infracción grave el consumo en lugares públicos. Así, su punto 16 establece que: «El consumo o la tenencia ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, aunque no estuvieran destinadas al tráfico, en lugares, vías, establecimientos públicos o transportes colectivos, así como el abandono de los instrumentos u otros efectos empleados para ello en los citados lugares».

b) El Derecho autonómico y local

A nivel autonómico y local el cuadro normativo se ha enriquecido en términos no siempre armonizables, al menos en apariencia, con la legislación estatal.

[2] Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto.

[3] Con igual redacción que el art. 25 de la derogada por ésta LO 1/1992, de 21 de febrero.

Así, deben incluirse las siguientes referencias:

- ✓ La Ley Foral de Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis de Navarra. Tal norma (arts. 22 y 23) proporcionaba cobertura legal a la distribución de cannabis entre los agrupados en una asociación. Ahora bien, interpuesto por el Presidente del Gobierno ante el Tribunal Constitucional Recurso de Inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley (RI n.º 1534/2015), éste ha sido recientemente resuelto mediante Sentencia n.º 144/2017, de 14 de diciembre, que ha estimado el mismo y ha declarado que la Ley es inconstitucional y nula.
- ✓ La Ley del País Vasco 1/2016, de 7 de abril, de Atención Integral de Adicciones y Drogodependencias, que da soporte legal a las asociaciones para el consumo colectivo y responsable de las personas asociadas (art. 83); precepto que también ha sido objeto de suspensión por el Tribunal Constitucional, como consecuencia de la interposición del Recurso de Inconstitucionalidad n.º 231/2017, también recientemente resuelto mediante Sentencia n.º 29/2018, de 8 de marzo, que desestimando el mismo declara que no es inconstitucional el art. 83 pero condicionado siempre que se interprete que las asociaciones se limiten a prever que deben cumplir ciertas funciones de colaboración con la Administración sanitaria.
- ✓ La Ley de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis, que ha devenido pionera al regular de una forma muy completa las normas generales para la constitución, organización y funcionamiento de estas asociaciones y sus clubes, que hasta ahora se amparaba en su ámbito territorial en regulaciones municipales. Esta Ley también ha sido objeto del Recurso de Inconstitucionalidad n.º 5003/2017, admitido por el Tribunal mediante Providencia de 28 de noviembre de 2017.
- ✓ La Resolución SLT/32/2015, de 15 de enero, del Departamento de Salud de la Generalitat de Cataluña, por la que se aprobaron (con anterioridad a la aprobación de la Ley 13/2017 referenciada) criterios en materia de salud pública para orientar a las asociaciones cannábicas y sus clubes sociales y las condiciones del ejercicio de su actividad para los ayuntamientos de tal comunidad es otra referencia aunque de nivel muy inferior.
- ✓ Y, por último, varias Ordenanzas Municipales (Ayuntamiento de San Sebastián, Girona, etc.), que regulan la ubicación de clubs sociales de cannabis y las condiciones de ejercicio de su actividad.

*2. Marco normativo en materia de asociaciones*

La realidad social desde hace ya varios años en España es que las asociaciones promotoras del consumo de cannabis se crean en forma de asociaciones sin ánimo de lucro.

El derecho fundamental de asociación, reconocido en el art. 22 CE, ha sido desarrollado por la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación (en lo sucesivo, LODA), estableciendo un régimen general de este derecho compatible con la normativa especial de las modalidades asociativas específicas con relevancia constitucional —partidos políticos (art. 6 CE), sindicatos (arts. 7 y 28 CE), confesiones religiosas (art. 16 CE), asociaciones de consumidores y usuarios (art. 51 CE) y organizaciones profesionales (art. 52)—. El derecho de asociación se desarrolla en la LODA bajo los principios de libertad en la constitución de asociaciones y voluntariedad en la pertenencia a las mismas, sin perjuicio de las condiciones que para su ejercicio establece la legislación vigente. Se otorga a las asociaciones personalidad jurídica con plena capacidad de obrar, destacando en este aspecto la posibilidad de establecer su propia organización a través de sus estatutos, así como su inscripción registral. En desarrollo de este último aspecto, mediante el Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, se aprobó el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones, en el que se establece que el Registro Nacional de Asociaciones «estará bajo la dependencia orgánica del Ministerio del Interior». En el ámbito competencial de las respectivas Comunidades Autónomas también existen registros autonómicos de asociaciones, estableciéndose la obligación de éstos de comunicar al Registro Nacional de Asociaciones los asientos de inscripción y disolución de las asociaciones de su territorio.

La inscripción registral de las asociaciones tiene carácter meramente declarativo (art. 10.2 LODA), toda vez que para su constitución se requiere únicamente un acuerdo de tres o más personas físicas o jurídicas legalmente constituidas, formalizado mediante un acta fundacional, en documento público o privado. Sin embargo, se establecen ciertos efectos de la inscripción sobre el régimen de responsabilidad de las asociaciones. La falta de inscripción de las asociaciones tiene como consecuencia la atribución personal y solidaria a sus promotores de la responsabilidad por las obligaciones contraídas con terceros (art. 10.4 LODA).

Al amparo del expresado marco normativo se están constituyendo numerosas asociaciones cuya finalidad u objeto según sus Estatutos es promover el consumo de cannabis mediante el cultivo y la distribución de esta sustancia entre sus socios.

Los órganos administrativos encargados de la gestión de los diferentes Registros que reciben solicitudes de inscripción de asociaciones han de dar traslado al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente de la documentación presentada al efecto, en los supuestos en que aprecien indicios de ilicitud penal en la constitución (párrafo 1.º) o en la propia actividad (párrafo 2.º) de la asociación, en virtud de lo previsto en el apartado cuarto del art. 30 LODA.[4]

Y, en este marco, la actuación del Ministerio Fiscal se adapta a lo previsto en la Instrucción 2/2013, de 5 de agosto, del Fiscal General del Estado, sobre algunas cuestiones relativas a asociaciones promotoras del consumo de cannabis. En dicha Instrucción, siendo conocida la legalidad vigente, tanto desde el punto de vista penal como sancionador, se concluye que «recibida la documentación [en el Registro competente de Asociaciones que dará traslado al Ministerio Fiscal], los Sres. Fiscales incoarán diligencias de investigación penal […] dirigidas a concretar la efectiva actividad de la asociación solicitante de la inscripción. […] Y si la asociación estuviera realizando actividades de cultivo de cannabis y distribución entre sus socios deberán realizarse las actuaciones complementarias que se estimen procedentes conducentes a la presentación de denuncia o querella ante el órgano jurisdiccional competente, siempre que se sobrepasen los límites establecidos por la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto de la atipicidad del autoconsumo compartido de drogas».

Ahora bien, se debe destacar que, respecto al cultivo de cannabis, así como la posesión de esta planta o de sus derivados, aunque sean para uso privado, la propia Instrucción señala en su Conclusión Sexta que constituyen actividades

[4] «4. Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la constitución de la entidad asociativa, por el órgano competente se dictará resolución motivada, dándose traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada, quedando suspendido el procedimiento administrativo hasta tanto recaiga resolución judicial firme.

Cuando se encuentren indicios racionales de ilicitud penal en la actividad de la entidad asociativa, el órgano competente dictará resolución motivada, dando traslado de toda la documentación al Ministerio Fiscal o al órgano jurisdiccional competente, y comunicando esta circunstancia a la entidad interesada».

ilícitas, salvo que se cuenten con las correspondientes autorizaciones administrativas. Por tanto, aun en el caso de que no se aprecie relevancia penal, deberán acordar o, en su caso, instar la deducción de testimonios para su remisión a la correspondiente Delegación o Subdelegación de Gobierno a los efectos procedentes en el ámbito administrativo.

Por tanto, una primera conclusión es que la legalidad vigente, sin perjuicio de discusiones de competencias estatales o autonómicas (como veremos en un punto posterior), difícilmente permite dar seguridad jurídica a los contornos de lo que constituye la actividad de las asociaciones de cannabis, tanto en lo que se refiere al consumo compartido como, especialmente, al cultivo compartido y la distribución compartida —aunque sea desde la perspectiva de la salud pública—.

## III. De la jurisprudencia

El verdadero problema que implica la pretensión de una regulación autonómica de las asociaciones de cannabis, al margen de los riesgos de la sanción administrativa (que se evitan desde el momento en que el consumo se produce en espacios cerrados), es la relevancia penal o no de la actividad en sí misma.

El art. 368 CP no sanciona el consumo, pero sí toda actividad que lo promueve. El cultivo es una de las acciones expresamente mencionadas en dicho art. 368 CP. Cuando su objetivo es ese consumo contrario a la legalidad se convierte en conducta típica. Ahora bien, no es delictivo al igual que todas las actuaciones personales destinadas al propio consumo (ilegal, pero no penalmente prohibido). Por ello, el cultivo es atípico cuando no se detecte alteridad, presupuesto de la intervención penal: «facilitar o favorecer el consumo de otros». Así, el cultivo para el exclusivo consumo personal es contrario a la legalidad, pero carece de relevancia penal.

Pues bien, del mismo modo que el consumo individual o autoconsumo es impune al estar excluido del radio de acción del art. 368 CP, el autoconsumo colectivo, que no deja de ser una modalidad de consumo, pero acompañado, también lo está por extensión lógica y natural de aquella premisa.

Así, siendo conocida por los Tribunales la realidad, así como el debate social y político y no siendo función de éstos ni del Tribunal Supremo legislar, sí que es práctica del más Alto Tribunal el establecimiento de requisitos precisos para delimitar las conductas típicas en normas que definen comportamientos demasiado abiertos.

A estos efectos, es importante destacar lo dicho en diferentes pasajes de la Sentencia n.º 484/2015, de 7 de septiembre, de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo,[5] dictada en Pleno, en la que se establece la doctrina al respecto:

- Así, en primer lugar, se dice en su Fundamento de Derecho Noveno lo siguiente: «[…] Repasemos las directrices de esa doctrina de la mano de la STS 360/2015, de 10 de junio [RJ 2015, 2516], muestra bien reciente de ella. Su proximidad temporal invita a seleccionar esa de entre las muy abundantes que con unos matices u otros, con el acento puesto en unas cuestiones o en otras, se atienen a las líneas maestras de esa enseñanza jurisprudencial:

  "Es doctrina reiterada de esta Sala, que de la misma forma que el autoconsumo de droga no es típico, el consumo compartido o autoconsumo plural entre adictos no constituye una conducta penalmente sancionable (STS 1102/2003, de 23 de julio [RJ 2003, 5392], 850/2013, de 4 de noviembre [RJ 2013, 7339] y 1014/2013, de 12 de diciembre [RJ 2014, 329], entre otras).

  La atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial y que constituye una consecuencia lógica de la atipicidad del autoconsumo, es aplicable cuando concurren cuatro circunstancias o requisitos:

  1º) Que se trate de consumidores habituales o adictos que se agrupan para consumir la sustancia. Con esta limitación se pretenden evitar supuestos de favorecimiento del consumo ilegal por terceros, que es precisamente la conducta que sanciona expresamente el tipo, salvo los que ya fuesen consumidores habituales de la sustancia en cuestión.

  2º) El consumo de la misma debe llevarse a cabo 'en lugar cerrado'. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la difusión de la sustancia a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

  3º) Deberá circunscribirse el acto a un grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser éstos identificables y determinados.

[5] Resuelve el Recurso de Casación n.º 1765/2014 por infracción de Ley interpuesto contra la Sentencia n.º 42/2014, de 16 de junio, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

4º) No se incluyen en estos supuestos las cantidades que rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato. En consecuencia, solo se aplica a cantidades reducidas, limitadas al consumo diario.

En términos similares se pronuncian la Sentencia 1472/2002, de 18 de septiembre [RJ 2002, 8152] o la STS 888/2012, de 22 de noviembre [RJ 2012, 11378], en las que se señalan seis condiciones para apreciar este supuesto de atipicidad, que en realidad son los mismos requisitos ya mencionados, aunque alguno se desdobla: […]".

En realidad la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto.

En definitiva, lo que se sanciona es la promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal, y los actos de cultivo, elaboración o tráfico no son más que modos citados a título ejemplificativo, pero no exhaustivo, de realizar esta finalidad típica, a la que también puede estar destinada la posesión, aunque no necesariamente. O bien cualquier otro modo idóneo para alcanzar esta finalidad o resultado, como la donación o el transporte que lógicamente también seria "típico"».

Por tanto, esos son los criterios consolidados desde hace ya casi dos décadas de la atipicidad del consumo compartido. Pero ahora se ha dado un paso más, la pretensión del cultivo y favorecimiento compartido, que en la misma STS dictada en Pleno establece por qué criterios no es admisible, de conformidad con lo estipulado en sus Fundamentos de Derecho Décimo y Undécimo, en los siguientes términos:

«DÉCIMO. […] Hay un salto cualitativo y no meramente cuantitativo, como pretende el Tribunal *a quo*, entre el consumo compartido entre amigos o conocidos —uno se encarga de conseguir la droga con la aportación de todos para consumirla de manera inmediata juntos, sin ostentación ni publicidad—; y la organización de una estructura metódica, institucionalizada, con vocación de permanencia y abierta a la integración sucesiva y escalonada de un número elevado de personas. Esto segundo —se capta intuitivamente— es muy diferente. Aquello es asimilable al consumo personal. Esta segunda fórmula, en absoluto. […]

Ningún pronunciamiento jurisprudencial, ni aun los más flexibles, han amparado el aprovechamiento colectivo de una plantación fuera de los estrictos términos antes expuestos. No puede convertirse una asociación de esa naturaleza en una suerte de cooperativa de distribución de la sustancia estupefaciente prohibida. No lo consiente el ordenamiento jurídico globalmente considerado. Precisamente por ello podrían generarse llamativas paradojas: negar la incardinación de supuestos como éste en el art. 368, a lo mejor llevaría a aflorar otras tipicidades (legislación especial de contrabando).

UNDÉCIMO. El anterior desarrollo no obsta a que puedan quedar al margen del derecho penal acciones que en una primera aproximación encajarían —como el consumo compartido— en los amplísimos contornos de la descripción típica del art. 368 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777] pero en las que, como en éste, no se detecten las razones que motivan esa punición por faltar la *alteridad*. Se trataría, como en el *consumo compartido*, de actuaciones asimilables al autoconsumo, aunque se prediquen de una colectividad. No quiere decir ello que tales conductas se acomoden a la legalidad. Entre la atipicidad o irrelevancia penal de una conducta y su licitud desde el punto de vista de la globalidad del ordenamiento jurídico media un trecho. Hay conductas ilícitas —el cultivo de estas sustancias lo es siempre que no se cuente con la debida autorización (art. 8.1 de la Ley 17/1967 [RCL 1967, 706] ya citada que también evoca el Fiscal en su recurso)— que pueden quedar fuera del ámbito de lo punible en esta como en tantas otras materias. De la falta de trascendencia penal no puede derivarse sin más la conformidad con el ordenamiento jurídico.

> En primer lugar hay que proclamar que la actividad desarrollada por los conocidos como clubs sociales de cannabis, asociaciones, grupos organizados o similares no será constitutiva de delito cuando consista en proporcionar información; elaborar o difundir estudios; realizar propuestas; expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia; promover tertulias o reuniones o seminarios sobre esas cuestiones.
>
> Sí traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio, o adquisición de marihuana o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar. También cuando la economía del ente se limite a cubrir costes.
>
> La filosofía que late tras la doctrina jurisprudencial que sostiene la atipicidad del consumo compartido de sustancias estupefacientes también puede alcanzar, en otro orden de cosas, a la decisión compartida de cultivo de la conocida como marihuana para suministro en exclusiva a ese grupo de consumidores en condiciones congruentes con sus principios rectores que hacen asimilable esa actividad no estrictamente individual al cultivo para el autoconsumo […]».

Pues bien, en esta Sentencia se indica que esa filosofía que inspira la atipicidad de la «compra compartida» puede proyectarse sobre supuestos de cultivo colectivo, aunque con referencia al caso concreto, sin que pueda crearse un establecimiento seriado de requisitos tasados.

No obstante dicha afirmación, la propia Sentencia apunta unos indicadores que podrían favorecer la apreciación de la atipicidad tales como: el reducido número de personas que se agrupan informalmente con esa finalidad; el carácter cerrado del círculo; sus vínculos y relaciones que permiten conocerse entre sí y conocer sus hábitos de consumo y además alcanzar la certeza más allá del mero compromiso formal exteriorizado; de que el producto se destina en exclusiva a ese consumo individual de quienes se han agrupado, con la razonable convicción de que nadie va a proceder a una redistribución o comercialización por su cuenta; así como los hábitos de consumo en recinto cerrado. Quedaría definitivamente ratificada esa estimación, aunque no sea este dato imprescindible, si el cultivo compartido va seguido de un consumo compartido. Por tanto, la ausencia de cualquier

vestigio de espíritu comercial u obtención de ganancias por alguno o por varios; la absoluta espontaneidad y por supuesto voluntad libre e iniciativa propia de quienes se agrupan son variables o actores de ponderación.

Y, en definitiva, en el supuesto analizado por la Sala del TS, vistos los indicadores referenciados, se consideró la existencia del tipo penal. Eso sí, se aplicó de forma atenuada por considerar que concurría el denominado error de prohibición vencible.[6]

- No obstante lo anterior, resulta más que interesante el Voto Particular del Magistrado Excmo. Sr. D. Cándido Conde Pumpido Tourón, al que se adhirieron en su totalidad el Excmo. Sr. D. Joaquín Giménez García y la Excma. Sra. D.ª Ana Ferrer García, y parcialmente, el Excmo. Sr. D. Andrés Martínez Arrieta. En este Voto Particular (que no crea doctrina), tras afirmar que la función actual del TS, más allá de su papel tradicional de intérprete de la Ley, de mero guardián de la norma, se ha transformado en una misión de interés más general: hacer evolucionar el derecho, adaptarlo a los cambios sociales y garantizar la seguridad jurídica unificando la jurisprudencia; se dice en sus puntos Quinto y Sexto lo siguiente, por lo que aquí interesa:

  «Quinto. En el Pleno jurisdiccional de esta Sala de ocho de julio de 2015, se propusieron y debatieron una serie de criterios o requisitos para la aplicación de la doctrina del consumo compartido a los supuestos de cultivo compartido de cannabis, que a nuestro entender permitirían una

[6] Recientemente, mediante la STC n.º 146/2017, de 14 de diciembre (BOE [Sec. TC] núm. 15, de 17 de enero de 2018), resolviendo el Recurso de amparo n.º 1569/2016, contra la Sentencia del TS referenciada, se han declarado vulnerados los derechos de los recurrentes a un proceso con todas las garantías y a la defensa; y, por tanto, se ha declarado la nulidad de dos Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2015 y de un posterior Auto de 26 de enero de 2016, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones —todas estas Resoluciones dictadas en el Rollo de Casación núm. 1765/2014—, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la primera de las Sentencias, para que el Tribunal Supremo proceda de modo respetuoso con los derechos fundamentales reconocidos.

Con respecto a esta Sentencia del TC, debemos destacar que no afecta a la doctrina del TS en relación con los criterios del consumo compartido y el ámbito de competencias a analizar objeto del presente estudio, sino con la vulneración de los derechos particulares de los condenados por el TS a un proceso con todas las garantías (anteriormente absueltas en la primera instancia), pues debieron haber sido oídas por el más Alto Tribunal en perfecta garantía del derecho de defensa y a tener un proceso con todas las garantías, en los términos desarrollados en los Fundamentos de Derecho sexto a octavo de la referenciada STC.

aplicación más segura de la persecución y sanción penal en esta materia, y por ello estimamos conveniente explicitar.

A) La atipicidad del consumo compartido, doctrina de creación jurisprudencial […].

B) Al amparo de esta doctrina han proliferado agrupaciones de consumidores de hachís, que se dedican al autocultivo para autoconsumo, formando clubs de consumidores.

   Este tipo de agrupaciones, muy consolidadas en la realidad social, han dado lugar a supuestos abusivos, en los que por el elevado número de los asociados, la modalidad de suministro del hachís, la posibilidad de distribución a terceros o las cantidades de droga manejadas, se exceden notoriamente los límites razonables de nuestra doctrina jurisprudencial, incurriéndose en conductas idóneas para perjudicar la salud pública porque promueven, favorecen o facilitan el consumo ilegal de hachís fuera del círculo de los consumidores habituales que se agrupan para el consumo compartido.

   Se hace necesario, por ello, establecer limitaciones que, adaptando la doctrina del consumo compartido a la realidad social actual, eviten sin embargo la posibilidad de supuestos abusivos, notoriamente excluidos del espíritu y finalidad de la mencionada doctrina jurisprudencial.

C) En consecuencia, puede establecerse como criterio general que solo podrían ampararse en nuestra doctrina jurisprudencial sobre la atipicidad del consumo compartido:

   1º) Aquellas agrupaciones constituidas para evitar el recurso al tráfico ilícito como vía de autosuministro, que reúnan a quienes fuesen previamente consumidores habituales, siempre mayores de edad y en pleno uso de sus facultades, estableciendo un período de carencia prolongado desde la incorporación a la agrupación a la adquisición del derecho a compartir la substancia, para evitar el favorecimiento del consumo ilegal por terceros que se incorporen ocasionalmente para el consumo inmediato.

   2º) Aquellos supuestos en los que el consumo se lleve a cabo exclusivamente en el interior de la agrupación, es decir “en lugar cerrado”, como exige la doctrina del consumo compartido. La finalidad de esta exigencia es evitar la promoción pública del consumo y la posibilidad de compartir, comerciar o difundir la

sustancia que se entregue para consumir fuera a quienes no forman parte de los inicialmente agrupados.

3º) Aquellos supuestos en que se circunscriba el consumo a un grupo reducido de adictos, identificables y determinados, por lo que estas agrupaciones no deberían sobrepasar un número limitado de miembros, que en ningún caso debería exceder de la treintena.

4º) Aquellas agrupaciones que suministren a sus miembros cantidades que no rebasen la droga necesaria para el consumo inmediato, sin superar el consumo diario.

El autocultivo debería, en consecuencia, limitarse a una producción que no supere el consumo previsible del número reducido de miembros que integren la agrupación, quedando excluido el ánimo de lucro pues los socios únicamente pueden compartir los gastos.

Estos criterios o requisitos, que constituyen una adaptación a la realidad actual de las agrupaciones de consumidores, de los requisitos establecidos tradicionalmente por nuestra jurisprudencia para el consumo compartido, pueden a nuestro entender complementar la doctrina de la sentencia mayoritaria, con el fin de garantizar la seguridad jurídica, y evitar en el futuro la posibilidad de errores de prohibición.

Sexto. En conclusión, estimamos que el fallo de la sentencia mayoritaria debió ser absolutorio, en aplicación del error de prohibición invencible, y que en todo caso la sentencia debió incluir los requisitos precisos para aplicar al cultivo compartido la doctrina del consumo compartido, en los términos anteriormente expresados».

Por tanto, la misma Sentencia en Pleno, estableciendo unos criterios e indicadores en sus Fundamentos de Derecho décimo y undécimo, también es criticada en el presente Voto Particular, señalando que el TS podría haber aprovechado para establecer claros requisitos, que se desarrollan en el mismo, y que pondrían punto de inicio para proyectar esa posible regulación y dar la necesaria seguridad jurídica a las asociaciones que se puedan constituir de futuro.

- Y, a continuación, la misma STS añade otro Voto Particular, que defiende que se podría haber aplicado el error de prohibición invencible, dadas las circunstancias concretas del contenido de los Estatutos, contrato de previsión de consumo, el acuerdo de cultivo colectivo y el Reglamento de régimen interno.

> De hecho, en la posterior Sentencia de la Sección 1.ª de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo núm. 536/2016, de 27 de junio, se absuelve a los organizadores de la asociación, porque entiende aplicable el error de prohibición invencible, al considerar que concurre el mismo en la creencia de los promotores de actuar conforme a la legalidad vigente por existir en la inscripción de la Asociación en el Registro competente el Informe no desfavorable del Ministerio Fiscal. Con ello, y advirtiendo los Magistrados que dictaron esta Sentencia que no se salen de la doctrina fijada en la anterior dictada en Pleno, sin embargo, sí consideran que, a pesar de existir antijuricidad y tipicidad en la conducta, concurría un error de prohibición invencible (excluye la existencia de culpabilidad de los autores), al tener el informe del Ministerio Fiscal no desfavorable, que dio esa creencia de legalidad a los promotores de la Asociación; señalando, por tanto, en la propia Sentencia, que esto no supone una contradicción con lo decidido en la Sentencia dictada en Pleno.

Por tanto, y en conclusión, tenemos una jurisprudencia que ha analizado e interpretado el art. 368 CP declarando impune el autoconsumo y el consumo compartido desde hace más de dos décadas, siempre que se cumplan determinados requisitos. Y, por otro lado, se han marcado recientemente indicadores o criterios para que tampoco sea punible el cultivo compartido; que si acudimos al Voto Particular indicado, también permitiría fijar unos requisitos claros.

Con todo ello, si se pretendiera en el ámbito de cualquier Comunidad Autónoma elaborar una regulación para dar seguridad jurídica a las asociaciones cannábicas —y a falta de descripción y detalle expreso en el tipo penal—, en todo caso —y al margen de cuestiones competenciales que veremos a continuación—, deberían tenerse en cuenta estos criterios o requisitos jurisprudenciales, por un lado, para el autoconsumo compartido; y, por otro, los indicadores[7] para el autocultivo; sin perjuicio de que para este último sería más conveniente acudir directamente a los requisitos sugeridos en el Voto Particular referenciado.

## IV. De las iniciativas legislativas en otras Comunidades Autónomas

En la actualidad, como se ha adelantado en el segundo punto de este estudio, independientemente de la regulación supranacional, y la estatal en materia penal y

[7] Destáquese el matiz jurídico, dado que en un caso son requisitos y en el otro indicadores.

administrativa, existen varios ejemplos de CC. AA. que han dado un paso adelante y han procedido a la regulación en la materia. Así, podemos analizar cada una de ellas de forma sucinta, pues han pretendido reflejar en sus normas los criterios o indicaciones jurisprudenciales mencionados.

*1. Ley Foral de Navarra 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra*

Esta Ley, tal y como establece en su Exposición de Motivos, «pretende insertar en la legislación actual a los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra o clubs de consumidores y consumidoras de cannabis, aportando seguridad jurídica tanto a las personas que componen dichos colectivos como a la sociedad en general, beneficiándose, de esta manera, la protección de la salud pública». Y, tras realizar un análisis de la normativa actualmente vigente y de la jurisprudencia, en particular, con respecto a que el consumo escapa del tipo penal, se continúa diciendo en su Exposición de Motivos: «Esta ley foral regulará, por tanto, la constitución de los clubes como colectivos privados de usuarios de cannabis sativa, respetando siempre los límites impuestos por la ley y la jurisprudencia.

[…]

Tanto los fines y objetivos como la organización interna de los clubes deberán respetar siempre los límites establecidos por la jurisprudencia, garantizando que las personas que integren el club sean ciertas y determinadas, que todas ellas sean consumidoras con anterioridad a la entrada en el club, que el consumo de la sustancia se lleve a cabo en lugar cerrado y de manera conjunta, que las cantidades de sustancia sean pequeñas y no excedan del consumo personal, y evitando en cualquier caso que las sustancias puedan llegar a terceros ajenos al club […]».

Pues bien, el contenido de esta Ley, en la búsqueda de los objetivos señalados, viene a recoger los requisitos jurisprudenciales del autoconsumo compartido. Ahora bien, sin establecer las limitaciones de miembros y sin regular el denominado por la jurisprudencia analizada como autocultivo colectivo.

No obstante, independientemente de ello, la Ley, cuya entrada en vigor se produjo a los veinte días de su publicación —a falta de mención expresa en la misma—, fue impugnada en su totalidad por el Gobierno del Estado mediante el Recurso de inconstitucionalidad n.º 1534/2015,[8] que, admitido a trámite, supuso la inmediata suspensión de la vigencia de dicha norma —desde el 16 de marzo de

[8] BOE núm. 246, de 14 de octubre.

2015 para las partes del proceso y desde el 17 de abril de 2015 para los terceros, mediante Providencia del TC de 14 de abril de 2015—; y, transcurrido el plazo que prevé el art. 161.2 CE de 5 meses, se mantuvo la suspensión mediante Auto del TC n.º 170/2015, de 7 de octubre.

En el íter de los trámites acaecidos en el proceso, precisamente este Auto del TC, sin entrar sobre el fondo del asunto, ya nos daba unas pistas sobre la conformidad o no con el ordenamiento jurídico de la regulación realizada por la Comunidad Foral de Navarra.

De esta Resolución, con carácter previo, interesaba destacar las alegaciones formuladas por el Letrado del Parlamento reflejadas en el Quinto de sus Antecedentes, que en este sentido y en defensa de la legalidad de la norma, especificó que el objeto de la Ley era establecer una regulación general para la constitución y funcionamiento de los clubes de cannabis para el uso personal controlado al amparo de sus competencias, sin que con ello se pretendiera contravenir las competencias estatales ni el CP ni la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana.[9]

[9] Estas alegaciones en el Auto del TC n.º 170/2015, de 7 de octubre, son:

«[…] b) Seguidamente señala que el objeto de la Ley Foral es establecer las normas generales para la constitución, organización y funcionamiento de los clubes de personas consumidoras de cannabis, para lo que Navarra tiene competencias al amparo del art. 44.19 de la Ley Orgánica de reintegración y amejoramiento del régimen foral de Navarra para regular las asociaciones de carácter docente, cultural, artístico, benéfico, asistencial y similares que desarrollen principalmente sus funciones en Navarra. El particular colectivo de usuarios, al que se dirige la Ley Foral, se engloba dentro del término genérico "y similares" al que alude el precitado artículo. La Ley Foral trata únicamente de regular estas asociaciones, que se están constituyendo al amparo del derecho de asociación en Navarra y otras Comunidades Autónomas. Subraya que en ningún caso pretende legalizar total o parcialmente el consumo de cannabis, para lo que efectivamente Navarra carece de competencias.

c) El Letrado señala que la Ley Foral simplemente pretende predeterminar unas normas generales sobre la constitución, organización y funcionamiento de los clubes de personas consumidoras de cannabis, que ya están funcionando legalmente al amparo del derecho de asociación: […]. Partiendo de esta realidad, la Ley Foral pretende dotar a estas asociaciones de un marco legal respecto al consumo de cannabis para uso personal pero controlado y dentro de una existencia permitida, no por esta Ley Foral, sino por la legislación estatal de aplicación (Código penal y Ley Orgánica 1/1992 [RCL 1992, 421], de seguridad ciudadana).

Por tanto, se defendía que se trata de una regulación sobre un tipo de asociaciones sin ánimo de lucro, destacando que se normativizan una serie de requisitos, que vienen a coincidir con los previstos en la jurisprudencia sin que, por tanto, se incurra en infracción de competencias estatales,[10] tal y como se alega, por el contrario, por el Abogado del Estado.

Pues bien, en este punto, el TC en su función de ponderar los intereses y perjuicios irreversibles que se pudieran generar para resolver el incidente cautelar de suspensión, y sin entrar en el fondo del recurso, ya resolvió el mismo adelantando que no pueden ignorar en su decisión la legislación aplicable ni la interpretación que el Tribunal Supremo en el orden penal realiza al respecto. A estos efectos, concluyó la necesaria suspensión de la norma, pues consideró que el marco de la Ley prevé situaciones subsumibles en el tipo penal contemplado en el art. 368 CP, en concreto, respecto a que no prevé la Ley limitación alguna en cuanto al número de personas que puedan integrar los clubes y, por otro lado, que no se garantiza que las cantidades de cannabis retiradas por día por los miembros de la asociación no terminen siendo accesibles a terceras personas, lo que se fundamenta de forma expresa y concreta en su Fundamento de Derecho Quinto.[11]

---

d) En cuanto a la alegada infracción del art. 149.1.6, 16 y 29 CE [RCL 1978, 2836], el Letrado del Parlamento de Navarra señala que la Ley Foral se limita a desarrollar, desde su competencia, unas normas concretas para la constitución, organización y funcionamiento de unos clubes, y no como afirma el recurrente, a regular el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis; los preceptos autonómicos tampoco contravienen ni modificación materia penal ni de seguridad pública de competencia estatal, sino que parten de una realidad permitida tanto por el CP como por la Ley Orgánica 1/1992, de seguridad ciudadana. Por las mismas razones, señala el Letrado, no debe impugnarse la totalidad de la Ley Foral 24/2014».

[10] Competencias estatales que se concretan en las previstas en los siguientes apartados 6 (legislación penal), 16 (bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos) y 29 (seguridad pública) del art. 149.1 CE.

[11] «[…] A este Tribunal solo le corresponde valorar, en el marco del presente incidente, los perjuicios que puedan derivarse del mantenimiento o la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados. En dicha tarea, no obstante, no podemos ignorar ni la legislación aplicable ni la interpretación que el Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior en el orden penal, haya podido sentar en sus pronunciamientos.

[…] No obstante, debe subrayarse que si bien la conducta típica básica del art. 368 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777] como delito contra la salud pública adopta múltiples manifestaciones abarcando a las que, de cualquier modo, "promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas", la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que la

promoción, favorecimiento o facilitación afecta a la salud pública como bien jurídico tutelado en tanto que tales conductas se sitúan en una cadena de tráfico o de favorecimiento mediante una difusión indiscriminada de las sustancias prohibidas hacia destinatarios indeterminados. Por ello, cuando quede excluido el riesgo típico para la salud pública porque no exista posibilidad de difusión, de facilitación o de promoción del consumo por terceras personas indeterminadas o indiscriminadamente, aquellas conductas, que no despliegan peligro para la salud de terceros, son consideradas penalmente atípicas (entre otras, SSTS de 16 de julio de 1994 [RJ 1994, 6462], de 5 de febrero de 1996 [RJ 1996, 793] y de 23 de febrero de 2011 [RJ 2011, 1973]). En este ámbito de conductas penalmente inocuas se marcan las prácticas de consumo compartido de drogas no gravemente nocivas para la salud en lugares determinados, cerrados a la presencia de terceros, de manera que se excluya la participación en un circuito de difusión de las sustancias estupefacientes.

Recientemente el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre un caso de asociación de consumidores de cannabis considerando que incurre en la conducta prohibida en el art. 368 CP [RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777], precisando que "la filosofía que inspira la doctrina sobre atipicidad del consumo compartido no es extrapolable a un supuesto como el que se está analizando", en referencia a aquella concreta asociación. A tal efecto, precisa que el consumo compartido "atípico" deberá circunscribirse a un "grupo reducido de adictos o drogodependientes y ser estos identificables y determinados" (STS 484/2015, de 7 de septiembre [RJ 2015, 4178]). Con la cautela propia de este incidente, no puede afirmarse con contundencia que la regulación de los clubes de consumidores de cannabis contenida en la Ley navarra excluya la posibilidad de que a su amparo se desborden los contornos de la doctrina del autoconsumo compartido, como conducta penalmente atípica conforme a la interpretación jurisprudencial señalada. De una parte, la estructura y el funcionamiento de tales clubes es susceptible de rebasar el marco de las invitaciones o donaciones asiduas entre consumidores en el ámbito de una relación de convivencia, de amistad o de recreación común, que ha aceptado la jurisprudencia como elemento esencial de la doctrina del autoconsumo compartido. Así, no se prevé limitación alguna en cuanto al número de personas que pueden integrar esos clubes, al exigirse solo la condición de consumidor, es decir, que la decisión de consumir droga se haya tomado y ejecutado con anterioridad a la integración en la asociación. Incluso aunque la interacción social gire en torno al interés en consumir droga en condiciones seguras y socialmente normalizadas, el carácter potencialmente ilimitado del número de personas que se pueden integrar en esos clubes no parece compadecerse con las notas definitorias del autoconsumo compartido que se desprenden de la jurisprudencia. De otra parte, la Ley impugnada faculta a cada uno de los miembros de la asociación a retirar la cantidad por persona y día que establezca aquella (art. 23), en principio para su consumo personal fuera de los locales del club, pero sin garantía de que las cantidades retiradas por esta vía terminen siendo accesibles a terceras personas que la adquieran y la circulen para su consumo ilegal. En definitiva, la regulación de los clubes de consumidores de cannabis contenida en la Ley navarra ampara conductas que no permiten descartar la posibilidad de

Pues bien, esos antecedentes, han derivado en la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional, n.º 144/2017, de 14 de diciembre,[12] dictada en Pleno, resolviendo el Recurso de inconstitucionalidad n.º 1534/2015. En ésta, el TC, tras un previo análisis de los antecedentes referenciados y la normativa que le puede ser de aplicación, centra el debate en una cuestión de naturaleza exclusivamente competencial, y tras analizar de nuevo el "panorama legislativo" —en términos del propio Tribunal—, analiza los títulos competenciales esgrimidos en el orden ya fijado por la propia doctrina constitucional. Así, y derivado de lo anterior, concluye que debe de analizarse si la Ley Foral 24/2014 tiene cobertura en el título competencial autonómico sobre asociaciones o si invade la competencia exclusiva estatal en materia penal del art. 149.1.6 CE. Para concluir, en definitiva, en su Fundamento Jurídico Quinto que esta Ley «invade la competencia exclusiva estatal en materia de legislación penal, puesto que efectivamente regula, con incidencia sobre el tipo penal definido en la legislación estatal, el consumo, abastecimiento y dispensación de cannabis, en el marco de las asociaciones de usuarios a las que se refiere». Y añade que «la competencia autonómica en materia de asociaciones (única invocada en apoyo de la Ley Foral 24/2014) en las Comunidades Autónomas cuyos estatutos se la atribuyen (como es el caso de Navarra) no incluye, desde luego, la legitimación de fines o medios que sean delictivos. En este caso, ya el artículo 22.2 CE dice qué asociaciones son ilegales […]». Y, con todo ello, finalmente, estimando el Recurso de inconstitucionalidad, declara la Ley inconstitucional y nula en su totalidad.[13]

---

que resulten penalmente relevantes y subsumibles en la previsión típica del art. 368 CP, como delito contra la salud pública.

En suma, una vez acreditada la existencia de una relación causal entre la vigencia de la Ley impugnada, que regula las actividades de unas asociaciones constituidas en torno a la práctica del consumo de cannabis, y la posible realización en el marco de sus previsiones, de conductas que podrían ser subsumibles en el tipo penal contemplado en el art. 368 CP, este Tribunal debe concluir que la vigencia de la Ley autonómica tendría un impacto claramente negativo no solo en la seguridad y salud públicas, sino también en la seguridad jurídica, al permitir que se crearan situaciones de hecho que dificultarían gravemente la restauración de la legalidad penal si las conductas contempladas por la Ley fueran después calificadas como infracciones penales, produciendo con ello perjuicios importantes e irreversibles o difícilmente reversibles en los intereses públicos».

[12] BOE núm. 15, de 17 de enero de 2018.

[13] Si bien, en el mismo FJ 5 *in fine* matiza que: «Aunque algunos de sus preceptos, aisladamente considerados, pudieran efectivamente disociarse de la regulación del consumo y la puesta a disposición de los socios del cannabis o sus derivados y en sí mismos no incurrirían en

En consecuencia, esta regulación, a pesar de que *a priori* pretendía dar una seguridad jurídica a los usuarios de las asociaciones de cannabis (y que repasada la jurisprudencia del Supremo ya adolecía de falta de límite de socios en las asociaciones ni regulaba qué requisitos debía aplicar la asociación en casos de autocultivo o de autoabastecimiento), de ninguna forma impedía, en su caso, la debida aplicación de las normas sancionadoras o represivas estatales, sin perjuicio de que su declaración de inconstitucionalidad y de nulidad detiene cualquier posibilidad de regulación en esta materia por las Comunidades Autónomas.

*2. Ley del País Vasco 1/2016, de 7 de abril, de atención integral de adicciones y drogodependencias*

En este segundo caso, la Ley del País Vasco, incluye muchos más aspectos que la Ley de Navarra, dado que no se focaliza en el ámbito del cannabis, sino en cualquier sustancia o comportamiento que genere adicción; característica que se desarrolla en su propia Exposición de Motivos.[14] Que, en el marco concreto del cannabis dice expresamente que: «Es también especialmente novedoso el reconocimiento de los derechos y el establecimiento de deberes y obligaciones, no solo como personas usuarias de los servicios sociales o de salud, sino también en aceptación de la libertad personal. Así, nadie podrá ser objeto de discriminación por razón de su circunstancia ante las adicciones, reconociéndose expresamente esta consideración para las personas mayores de edad que formen parte de entidades de consumidores y consumidoras de cannabis, entidades que son objeto de regulación en el apartado de la ley referido a la iniciativa social.

[…]

---

tacha alguna de inconstitucionalidad, deben correr la misma suerte que los preceptos que reconocen a los clubes de usuarios de cannabis funciones de adquisición y distribución de dicha sustancia, pues carecería de cualquier efecto y podría inducir a confusión dejar vigentes algunos preceptos aislados en el seno de una Ley cuya finalidad es, como se deduce de su propio título, proporcionar cobertura legal a comportamientos que el legislador penal considera delictivos (en este sentido, SSTC 143/2012, de 2 de julio, FJ 7, y 51/2017, de 10 de mayo, FJ 7)».

[14] «[…] Esta ley multidisciplinar se sitúa en el marco de las competencias de las que es titular la Comunidad Autónoma de Euskadi, siendo título competencial relevante el de salud, al que vienen a confluir otros tantos como el de educación, cultura, juventud y deporte, inclusión social, política comunitaria, seguridad, higiene y salud laborales, medio ambiente, régimen local, comercio interior, Administración de Justicia e instituciones penitenciarias, publicidad y medios de comunicación, urbanismo, juego, estadística e investigación […]».

Finalmente, la iniciativa social supone el reconocimiento de la importante labor realizada en la materia por personas y entidades privadas, y regula las condiciones para la colaboración con ellas. En este apartado, es destacable la referencia a las entidades legalmente registradas y sin ánimo de lucro constituidas por personas mayores de edad consumidoras de cannabis, las cuales serán objeto del debido desarrollo reglamentario dentro de nuestro marco competencial y atendiendo a la legislación vigente».

Ahora bien, en el articulado de la Ley, y por lo que aquí respecta en relación con las asociaciones de cannabis, éstas únicamente se citan en su art. 83,[15] dado que para el contenido detallado de su regulación, se remite a un posterior desarrollo reglamentario.

En este caso, igualmente, la Ley 1/2016 ha sido impugnada por el Gobierno del Estado, mediante Recurso de inconstitucionalidad n.º 231/2017.[16] Ahora bien, no contra la totalidad de la norma, sino, evidentemente, únicamente frente a su art. 83, declarado suspendido desde el 13 de enero de 2017 para las partes en el proceso y desde el 4 de febrero de 2017 para los demás, por providencia del TC de 31 de enero de 2017; y manteniendo la suspensión de la vigencia y aplicación de este precepto por Auto del TC n.º 77/2017, de 9 de mayo.

En este sentido, las objeciones de la Administración central son conocidas. Los Ministerios de Justicia e Interior las hicieron llegar al Parlamento Vasco durante la tramitación de la ley, que fue aprobada sin cambios en su art. 83 en abril de 2016, pese a las advertencias de inconstitucionalidad que pesaban sobre su contenido. El Gobierno del Estado defiende que la regulación de los clubes de consumidores de cannabis es una materia de competencia exclusiva del Estado. Es decir, que la

[15] «Artículo 83. Entidades de personas consumidoras de cannabis

1. En aras al objetivo de protección de la salud y reducción de daños se regularán mediante reglamento las entidades —legalmente registradas y sin ánimo de lucro— constituidas por personas mayores de edad consumidoras de cannabis. Estas entidades incluirán entre sus objetivos asociativos la colaboración con la Administración, en el cumplimiento efectivo de la normativa vigente, así como en la prevención de las adicciones y en la promoción del consumo responsable del cannabis y otras sustancias.

2. Únicamente podrán acceder a sus locales las personas mayores de edad. Reglamentariamente se determinarán las condiciones de admisión a personas socias y las garantías para que quienes formen parte de estas entidades cuenten con la información suficiente para hacer un uso responsable e informado del cannabis, así como las facultades de la Administración sanitaria en materia de inspección y control sobre los locales y las actividades de las entidades de personas consumidoras de cannabis».

[16] BOE núm. 115, de 15 de mayo de 2017.

norma aprobada por la Cámara vasca vulnera el orden constitucional de reparto de atribuciones establecido entre el poder central y el autonómico.

Considera además que la Ley colisiona con el Código Penal y supone una despenalización «de facto» del cultivo y el tráfico de cannabis, actualmente prohibidos. «Si cultivar y traficar con cannabis es delito […] ¿cómo, dónde y a través de quién o de quiénes van a comprar esta sustancia las entidades de personas consumidoras?», reflexionaba el autor del informe remitido a la Cámara vasca desde el Ministerio del Interior.

Así, en el texto que recurre el art. 83 se hace constar que el citado precepto es «inconstitucional por invadir las competencias del Estado relativas a la legislación de productos farmacéuticos, Legislación Penal y Seguridad Pública».

Ahora bien, en el presente supuesto, y aunque en su fundamento de derecho 2 ya se adelanta que el recurso presenta un objeto que, por el contenido de las normas recurridas y por las alegaciones de las partes, es semejante al resuelto por la STC n.º 144/2017, de 14 de diciembre, se asumen las consideraciones hechas en aquélla. No obstante, y a diferencia del caso anterior, mediante Sentencia dictada en Pleno n.º 29/2018, de 8 de marzo, el Tribunal Constitucional ha resuelto desestimar el recurso y declarar que no es inconstitucional el art. 83 de la Ley siempre que se interprete que, sin predeterminar el tipo de asociación que son las entidades de personas consumidoras de cannabis, se limita a prever que deben cumplir ciertas funciones de colaboración con la Administración sanitaria, tal como se expone en el fundamento jurídico 3. En esta interpretación, el encuadre competencial del precepto resulta completamente ajeno a la legislación penal, pero también a la legislación en materia de medicamentos y de seguridad pública, debiendo reconducirse exclusivamente a la materia protección de la salud, ámbito en el que, como se razonó en el fundamento jurídico 2 de esta resolución, juega tanto la competencia estatal sobre las bases de la sanidad interior (art. 149.1.16 CE) como la competencia autonómica de desarrollo de dichas bases asumida por la Comunidad Autónoma del País Vasco en el art. 18.1 del Estatuto de Autonomía del País Vasco.

### *3. Ley de Cataluña 13/2017, de 6 de julio, de las asociaciones de consumidores de cannabis*[17]

En tercer lugar, la reciente Ley de Cataluña resulta la más concreta en la materia, que trata el tema de forma más específica y completa, tratando de regular

[17] Publicada en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* el 13 de julio de 2017 y con entrada en vigor al día siguiente de su publicación.

tanto la constitución y funcionamiento de estas asociaciones o clubes, así como el cultivo compartido o autoabastecimiento.

Ésta tiene como antecedente previo la Resolución SLT/32/2015, de 15 de enero, por la cual se aprobaron criterios en materia de salud pública para orientar las asociaciones cannábicas y sus clubes sociales y las condiciones del ejercicio de su actividad por los Ayuntamientos de Cataluña, dictada desde el Departamento de Salud de la Generalitat, por el Secretario de Salud Pública, en atención de la Moción 77/X, sobre seguridad ciudadana, aprobada el 17/02/2014 por el Parlamento de Cataluña, la cual aprobaba los criterios en materia de salud pública para orientar a las asociaciones cannábicas, sus clubes y las condiciones del ejercicio de su actividad. Esta Resolución, en el fondo, únicamente recopilaba una serie de condiciones de acceso de los socios (edad, ser consumidor, etc.), así como el establecimiento de requisitos a cumplir por la asociación: oferta de servicios de información y asesoramiento, formación en reducción de riesgos y daños asociados al consumo de cannabis, condición de salubridad del local, limitación horaria, limitaciones de su ubicación con respeto de distancia mínima entre clubes y centros educativos y servicios sanitarios, etc. Por tanto, en este caso, a pesar de definir unos criterios que se aproximaban a los fijados por el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, tampoco existía una regulación que pudiera considerarse que diera seguridad jurídica frente a posibles ilícitos penales o administrativos.

Derivado de este antecedente, la Ley 13/2017 pretende dar seguridad jurídica a esa realidad social que sigue los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y que se dicta, tal y como indica en su propia Exposición de Motivos —y con el fin evidente de evitar Recursos de inconstitucionalidad futuros— con fundamento en el propio encuadre competencial que permite el Estatuto de Autonomía de Cataluña. En este sentido, se remite al derecho de las personas que tienen al libre desarrollo de su personalidad y capacidad personal (art. 15); el derecho a la protección de la salud de los consumidores y usuarios y el derecho a disfrutar de un régimen de garantías de los productos adquiridos (art. 28); así como el deber de los poderes públicos de garantizar la protección de la salud, la seguridad y la defensa de los derechos y los intereses legítimos de los consumidores y usuarios (art. 49).

Pues bien, con esta pretensión competencial, esta Ley fija las normas generales para la constitución, organización y funcionamiento de estas asociaciones y sus clubes, que hasta ahora se amparaban en regulaciones municipales. En el texto se indica que los socios de los clubes deberán ser

personas mayores de edad que tendrán que inscribirse en un libro de registro a fin de contabilizar las cantidades de cannabis adquiridas y las fechas correspondientes. Fijando, además, y como novedad legislativa, la limitación del cultivo por parte de la asociación en un máximo de 150 kilogramos por año, que sólo se podrá vender a los socios, siendo que el consumo personal de éstos se fija en un máximo de 20 gramos al mes para los que tengan una edad comprendida entre los 18 y los 21 años, y de 60 gramos al mes para los mayores de 21 años —cantidades que pueden aumentar por motivos terapéuticos—. En la norma se prevé, asimismo, la creación de una comisión de seguimiento de la aplicación de la ley, el establecimiento de medidas de control higiénico y sanitario de las actividades de las asociaciones y para la prevención de riesgos, y se incluye además un estricto régimen sancionador de carácter administrativo.

No obstante, y a pesar de los esfuerzos por el legislador catalán para adaptar esta normativa a los criterios jurisprudenciales, en tiempo y forma, ya el pasado 13 de octubre de 2017, el Consejo de Ministros[18] anunció la aprobación del Acuerdo por el que se solicitaba del Presidente del Gobierno la interposición de Recurso de inconstitucionalidad en relación con esta Ley, por entender el ejecutivo, igualmente, que esta norma vulneraba competencias exclusivas del Estado. En concreto, por los mismos motivos por los que se recurrió la Ley Foral de Navarra y el art. 83 de la Ley del País Vasco referenciadas, dado que se entiende que la Comunidad Autónoma carece de competencias para la aprobación de una norma con este contenido, que no puede ampararse ni en el derecho de asociación, ni en la protección de los consumidores, ni en la protección de la salud, y que trata de regular y dar amparo legal a actividades que están tipificadas como delito en el Código Penal. En su consecuencia, el Gobierno del Estado impugnó esta Ley mediante Recurso de inconstitucionalidad n.º 5003/2017,[19] declarada suspendida desde el 13 de octubre de 2017 (fecha de interposición del recurso) para las partes en el proceso y desde el 4 de diciembre de 2017 para los demás, por Providencia del TC de 28 de noviembre de 2017, y manteniendo la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley por Auto del TC n.º 33/2018, de 21 de marzo (BOE n.º 75, de 27 de marzo).

[18] Previo Dictamen del Consejo de Estado n.º 489/2017, de 5 de octubre (en iguales términos a los dos anteriores Dictámenes n.º 165/2015, de 12 de marzo y 1046/2016, de 20 de diciembre, respecto a la impugnación de las dos leyes autonómicas estudiadas anteriormente), que propone la impugnación a la totalidad de la Ley.

[19] BOE núm. 294, de 4 de diciembre de 2017.

En consecuencia, y en conclusión, no habiendo en la génesis del presente estudio Comunidad Autónoma que tuviera una regulación vigente en la materia —por estar suspendidas por el TC—, el suceder de los trámites procesales ha confirmado que el Alto Tribunal ya ha declarado la inconstitucionalidad de la primera de estas normas al considerar que invade competencias del Estado por tener incidencia innegable sobre la delimitación del tipo penal correspondiente, a pesar de que se hubiera pretendido por las respectivas Comunidades Autónomas la regulación de una normativa autorizadora o habilitante; y en el segundo caso se ha condicionado su constitucionalidad a que las asociaciones no se excedan de cumplir ciertas funciones de colaboración con la Administración sanitaria.

## V. De las competencias estatales y de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears en relación con esta materia.[20] Conclusiones

Derivado de la realidad social y los precedentes normativos de las referenciadas Comunidades Autónomas, como último punto de análisis del presente estudio, debemos acercarnos —aunque sea de forma sucinta, pues ya han sido resueltas las controversias jurídicas habidas entre Estado – CC. AA.— al ámbito competencial del Estado y de las Comunidades Autónomas en esta materia, en particular con respecto a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. En este sentido, y con carácter previo, debemos destacar que esta Comunidad Autónoma, a través de su Parlamento, y visto el debate creciente en los últimos tiempos, con fecha del pasado 15 de marzo de 2017, mediante su Comisión de Salud, aprobó un Plan de Trabajo de la Ponencia para el estudio de la regulación de los clubes sociales de cannabis y el uso terapéutico del cannabis, con tres objetivos,[21] el segundo de los cuales tenía por finalidad

[20] Como se ha apuntado, el origen del presente trabajo tuvo lugar durante el mes de junio de 2017, momento en el cual la realidad jurídica y *sub iudice* era distinta a la actual —fase previa a su publicación—. En su consideración, ha sido necesario adaptar este epígrafe y sus conclusiones a la nueva realidad derivada de la STC n.º 144/2017, que, como hemos visto, declara la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley Navarra 24/2014; y de la STC n.º 29/2018, que si bien declara constitucional el art. 83 de la Ley 1/2016 del País Vasco, está condicionada.

[21] Objetivos de la Ponencia: 1) Evaluar el reconocimiento y la posibilidad de utilizar como uso terapéutico del cannabis en determinadas personas y enfermedades, así como la eventual formación y atención en el sistema sanitario público; 2) Promover una regulación específica de la actividad de las asociaciones cannábicas y los clubes sociales de cannabis; 3) Desarrollo

promover la regulación en esta materia; y cuyas sesiones de estudio se celebraron entre los meses de marzo a junio de 2017.[22]

Pues bien, dicho lo anterior, el análisis competencial Estado – Comunidades Autónomas debía partir, por un lado, de la normativa enumerada en el primer apartado de este estudio, de carácter supranacional y estatal y, por otro, de las posturas de las diferentes CC. AA. referenciadas frente a los Recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra sus respectivas leyes. De dicha controversia, parecía claro *a priori* que cualquier regulación aperturista o permisiva con las asociaciones cannábicas o clubes de cannabis era susceptible de invadir competencias estatales —en concreto las alegadas por el Gobierno del Estado, previstas en los apartados 6 (legislación penal), 16 (bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre los productos farmacéuticos) y 29 (seguridad pública), del art. 149.1 CE—.

Ahora bien, y a pesar de que las tres regulaciones anteriores iban encaminadas a seguir los criterios o indicadores fijados por la jurisprudencia del TS, especialmente la regulación catalana, difícilmente podrían dar la seguridad jurídica absoluta que requiere la norma con respecto a los ciudadanos, dado que las normas penales y sancionadoras administrativas seguirían vigentes; y ninguna de ellas autoriza el autocultivo colectivo. Debate que ha quedado finiquitado desde el punto de vista competencial desde el momento en que el Tribunal Constitucional ha sido tan clarificador respecto a la Ley Foral Navarra 24/2014.

Por tanto, llegados a este punto, carece de todo sentido preguntarnos si la Comunidad Autónoma de las Illes Balears podría dictar una normativa con rango legal que regulara la actividad de las asociaciones cannábicas y los clubes sociales y terapéuticos de cannabis. Pues siendo hace unos meses una pregunta no sencilla de responder, con sus claroscuros, actualmente, ya tenemos una respuesta: su destino estaría encaminado a ser declara inconstitucional y, por tanto, nula.

No obstante, no es menos cierto que la Ley catalana 13/2017 ha hecho un esfuerzo mayúsculo por tratar de adaptar los criterios o indicadores jurisprudenciales a la norma aprobada. Ahora bien, y sin perjuicio de ser la más completa y rigurosa con los criterios jurisprudenciales de la Sala Segunda del

---

de programas de información, prevención y promoción de la salud en drogodependencias, especialmente entre la población joven.

[22] El debate y votación de las conclusiones tuvo lugar el 21 de marzo de 2018 (Diari de Sessions de la Comissió de Salut del Parlament de les Illes Balears núm. 62, IX legislatura de 21 de marzo).

Tribunal Supremo, cabe presumir que el Tribunal Constitucional, siguiendo el planteamiento competencial expuesto, considerará irremediablemente la inconstitucionalidad y nulidad de la Ley.

Por todo ello, y en conclusión, y a pesar de los esfuerzos de estudio y objetivos de la Ponencia del Parlamento Balear, vista la actual situación competencial y las regulaciones supranacional y estatales, así como la reciente nulidad de la primera de las leyes autonómicas, a falta de instrumentos legislativos propios, por ausencia de competencias para ello, no puede omitirse el valorar la utilización de mecanismos tendentes para instar al Estado a que proceda a la regulación pertinente en la materia, ya sea a través de una iniciativa legislativa ante el Congreso de los Diputados (art. 185 del Reglamento del Parlamento de las Illes Balears) o por una iniciativa dirigida al Gobierno del Estado para que promueva la modificación de la regulación penal y una regulación de asociaciones de cannabis.

De hecho, para finalizar, debemos destacar que, paralelo a estas inquietudes normativistas en determinadas CC. AA., desde el punto de vista estatal el Grupo de Estudios de Políticas sobre el Cannabis (GEPCA), integrado por más de una decena de expertos en derecho, farmacología o psiquiatría, ha diseñado desde el año 2015 un modelo de regulación del cannabis que va a hacer llegar a todos los partidos políticos para que se discuta en el Congreso de los Diputados con la intención de que se convierta en una proposición de Ley. Este modelo de regulación fue presentado de forma pública el pasado 19 de junio de 2017 con la intención de que se permitan plantaciones personales, clubes sociales de cannabis y un circuito comercial sometido a fuertes controles. El modelo que propone GEPCA, similar al del tabaco y el alcohol aunque atendiendo a las peculiaridades del cannabis, abarca la regulación de todo el ciclo, desde su cultivo hasta el consumidor final, y se centra en tres ejes fundamentales —derivados de la propia doctrina jurisprudencial—: en primer lugar, permitir el autocultivo con límites de cantidades destinadas al autoconsumo y teniendo prohibida la venta; en segundo lugar, creando un mercado regulado tutelado administrativamente, y, por último, con una regulación exhaustiva de las asociaciones o clubes de cannabis.

Con todo ello, y vista la reciente actualidad derivada de las resoluciones del Tribunal Constitucional, debemos aguardar a lo que nos depare, en su caso, una futura regulación estatal.

rjib16

ESTUDIS

# L'EVOLUCIÓ JURÍDICA DEL «DESCOMPTE DE RESIDENT» (1987-2017)

***Miquel Pons-Portella***

Advocat

**I. Introducció. II. La Decisió de la Comissió Europea de 22 de juny de 1987. III. El segon desenvolupament reglamentari del «descompte de resident»: el Reial decret 255/1989, de 17 de febrer. IV. Les modificacions del «descompte de resident» durant els anys 1997 i 1998. V. El «descompte de resident» en el règim especial de les Illes Balears. VI. El Reial decret 1291/1999, de 23 de juliol: l'acreditació de la condició de resident mitjançant el document nacional d'identitat. VII. El tercer desenvolupament reglamentari.** *1. El Reial decret 1316/2001, de 30 de novembre. 2. La incorporació dels sistemes electrònics i informàtics en la gestió del «descompte de resident» del transport marítim.* **VIII. La introducció de les declaracions d'obligació de servei públic. IX. Les dues proposicions no de llei de la tardor de 2004 i les seves seqüeles: l'augment del «descompte de resident» fins al 50% (2005-2007).** *1. Primer increment (2005). 2. Segon increment (2006). 3. Tercer increment (2007).* **X. La reforma del desenvolupament reglamentari.** *1. El Reial decret 1340/2007, d'11 d'octubre. 2. La nova regulació de la subvenció autonòmica complementària: el Decret 43/2008, d'11 d'abril.* **XI. Les innovacions del «descompte de resident» durant els anys 2012 i 2013.** *1. Les «modificacions puntuals» del Reial decret llei 1/2014, de 24 de gener. 2. La Sentència del Tribunal Constitucional núm. 164/2014, de 7 d'octubre.* **XII. Les dues reformes frustrades del règim especial de les Illes Balears i la darrera actualització del «descompte de resident». XIII. Conclusió: problemes actuals del «descompte de resident».** *1. Les actualitzacions successives del «descompte de resident» enfront de les obligacions de servei públic. 2. L'acreditació de la condició de resident i les seves conseqüències. 3. La necessitat d'una nova regulació del «descompte de resident».*

**RESUM**

Després de la seva creació per la Llei 46/1981, de 29 de desembre, l'anomenat «descompte de resident» —la reducció parcial del preu del transport marítim i aeri per als residents a les Illes Balears— ha experimentat una evolució constant fins a convertir-se en una institució veritablement fonamental per a les Balears del segle XXI. En aquest treball s'estudia la vessant jurídica d'aquesta evolució, posant èmfasi en les successives normes que han regulat el «descompte de resident» i en els canvis que ha sofert el seu règim jurídic.

**Paraules clau:** descompte de resident, subvencions, transport marítim i aeri, Illes Balears, insularitat.

**RESUMEN**

Tras su creación por la Ley 46/1981, de 29 de diciembre, el llamado «descuento de residente» —la reducción parcial del precio del transporte marítimo y aéreo para los residentes en las Islas Baleares— ha experimentado una evolución constante hasta convertirse en una institución verdaderamente fundamental para las Baleares del siglo XXI. En este trabajo se estudia la vertiente jurídica de esta evolución, poniendo énfasis en las sucesivas normas que han regulado el «descuento de residente» y en los cambios que ha sufrido su régimen jurídico.

**Palabras clave:** descuento de residente, subvenciones, transporte aéreo y marítimo, Islas Baleares, insularidad.

**ABSTRACT**

After its creation by Law 46/1981, of December 29, the so-called «resident discount» —the partial reduction of the sea and air transport price for Balearic Islands residents— has undergone a constant evolution until to become a truly fundamental institution for the Balearic Islands of the 21st century. In this work we study the legal aspect of this evolution, emphasizing the successive norms that have regulated the «resident discount» and the changes that have undergone its legal regime.

**Key words:** resident discount, subsidies, sea and air transport, Balearic Islands, insularity.

## I. Introducció

La Llei 46/1981, de 29 de desembre, relativa al desplaçament a la Península dels residents a les Illes Balears,[1] i el Reial decret 3269/1982, de 12 de novembre, regulador de les certificacions de residència i liquidacions per a subvencions al trànsit regular entre la Península, Canàries i Balears,[2] constitueixen la primera regulació positiva de l'anomenat «descompte de resident», és a dir: la reducció del preu del transport a què tenim dret els ciutadans residents a l'arxipèlag balear.

En el número anterior d'aquesta Revista,[3] tinguérem ocasió d'estudiar amb tot detall aquestes dues normes, origen últim d'una ajuda pública que és essencial per entendre en molts aspectes l'esdevenir de les Illes Balears de la Transició ençà. Així les coses, reprenent el fil d'aquell article, en aquest nou treball analitzarem quina ha estat l'evolució jurídica que ha experimentat el «descompte de resident» des de la seva creació, fa prop de quatre dècades, fins al dia d'avui.

## II. La Decisió de la Comissió Europea de 22 de juny de 1987

D'ençà de l'adhesió de l'Estat espanyol a la Unió Europea, l'estiu de 1985, el nostre ordenament jurídic —tal i com afirmà el Tribunal Constitucional en la seva primerenca Sentència núm. 28/1991, de 14 de febrer[4]— «se halla vinculado al Derecho de las Comunidades Europeas, originario y derivado, el cual —por decirlo con palabras del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas— constituye un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus órganos jurisdiccionales (Sentencia Costa/ENEL, de 15 de julio de 1964)» (FJ 4). La introducció a Espanya del dret de la Unió Europea, precisament, va ésser la causa de la transcendental reforma introduïda en el règim jurídic del «descompte de resident» —que des de l'aprovació de la Llei 46/1981 havia romàs inalterat— arran de la Decisió de la Comissió de 22 de juny de 1987 «relativa a

[1] BOE núm. 312, de 30 de desembre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement retrospectiu núm. 3, any 1981.

[2] BOE núm. 287, de 30 de novembre.

[3] «Estudi de la Llei 46/1981, de 29 de desembre: l'origen del "descompte de resident"». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 15 (2017), pàg. 221-243.

[4] BOE núm. 64, de 15 de març, Suplement del Tribunal Constitucional.

las reducciones de tarifas de los transportes aéreo y marítimo reservadas exclusivamente a los residentes españoles en las Islas Canarias y Baleares».[5]

La Comissió Europea, en efecte, havia tingut notícia durant l'any 1986 —a través de queixes «reiterades» i fins i tot per una «denúncia oficial»[6]— de l'existència d'aquest «règim preferencial de transport» que contravindria, segons el seu criteri, l'art. 90.1 de Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea[7] en relació amb el primer paràgraf del seu art. 7. De conformitat amb l'art. 90.1 del Tractat de referència, «los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas[8] y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive». Al seu torn, l'art. 7 contenia, en el primer paràgraf, la prohibició —«en el ámbito de aplicación del presente Tratado»— de «toda discriminación por razón de la nacionalidad».[9]

En el raonament de la seva Decisió, la Comissió posa especial èmfasi en el fet que les «reduccions de tarifes» regulades pel Decret llei 22/1962, de 14 de juny,[10] i per la Llei 46/1981 només eren aplicables als residents a les Canàries i a les Balears que fossin nacionals espanyols; aspecte —afegeix en el considerant 5— que «se ha precisado más claramente en el art. 1 del Real decreto 3269/1982, de 30 de noviembre».

---

[5] DOUE núm. L194, de 15 de juliol.

[6] El procediment seguit per la Comissió consta en els considerants 6 i 9 de la Decisió:

«6. Considerando que, en reiteradas ocasiones, tanto particulares como miembros del Parlamento Europeo se han quejado ante la Comisión por este régimen preferencial de transporte a que también se ha presentado a la misma una denuncia oficial».

«9. Considerando que la Comisión intervino el 23 de diciembre de 1986 ante el Gobierno español sosteniendo la incompatibilidad del régimen e invitándole a comunicar sus observaciones a este respecto; que esta posición fue reiterada el 5 de febrero de 1987 y reafirmada el 4 de marzo de 1987 después de que la Comisión tuviese conocimiento de las observaciones de las autoridades españolas […]».

[7] BOE núm. 1, d'1 de gener de 1986. Aquesta és la versió aplicada per la Comissió Europea a la qual, per tant, ens referirem en endavant.

[8] En els considerants 9 i 11 de la Decisió, la Comissió justifica el caràcter d'«empreses públiques» d'Iberia i Transmediterránea, principals aplicadores de la subvenció controvertida.

[9] Ambdós preceptes es mantenen en el Tractat vigent: art. 106.1 i 18, respectivament.

[10] BOE núm. 143, de 15 de juny. Aquesta norma regulava «[la] subvención a los enlaces aéreos con las provincias de Canarias, Ifni y Sáhara Español».

A partir d'aquí, la Comissió Europea argumenta el següent:

«7. […] España, al reservar el beneficio del régimen de transportes aéreo y marítimo con precio reducido a los nacionales españoles que residen en las Islas Canarias y Baleares, les concede una ventaja cierta con respecto a los nacionales de los demás Estados miembros que también disponen del mismo estatuto de residente.

8. […] La importancia económica […] del régimen de transportes practicado por España [es manifiesta], habida cuenta del número de nacionales de los demás Estados miembros que residen en las islas, del coste de los transportes entre estas islas y la España continental y de la intensidad de la reducción concedida únicamente a los residentes españoles.

14. […] España ha seguido aplicando después del 1 de enero de 1986, su régimen preferencial de transporte, a pesar de que no se prevé ninguna cláusula de excepción en las medidas transitorias del Acta de adhesión y que resulta necesario poner fin a la discriminación ejercida por razón de la nacionalidad».

Així és: la Comissió Europea considerà que el reconeixement del «descompte de resident» només als nacionals espanyols era una mesura discriminatòria per raó de nacionalitat, de manera que quedava prohibida per l'aplicació conjunta dels art. 90.1 i 7 del Tractat Constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea, aleshores en vigor. Tot plegat comportà la declaració d'incompatibilitat del Decret llei 22/1962 (art. 1), la Llei 46/1981 (art. 1) i el Reial decret 3269/1982 (art. 1) amb les disposicions de referència del Tractat Constitutiu «en la medida en que reserven la aplicación de las reducciones de tarifas de transporte previstas en las mismas únicamente a los nacionales españoles residentes en las provincias de Baleares, Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife, excluyendo de este beneficio a los nacionales de los demás Estados miembros residentes en estas islas». La Comissió, en virtut de l'art. 2 de la Decisió, concedí a Espanya un termini de dos mesos per corregir la situació.

Tot i que fora de temps, la Llei 33/1987, de 23 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 1988,[11] mitjançant l'apartat 2 de la disposició

[11] BOE núm. 307, de 24 de desembre. En un altre ordre de coses, durant la vigència d'aquests pressupostos, s'hagueren de concedir sengles crèdits extraordinaris per compensar la *Compañía Trasmediterránea, SA* pels «descomptes de resident» meritats durant els exercicis 1984 i 1985 (Llei 30/1988, de 19 d'octubre, publicada en el BOE núm. 262, d'1 de novembre) i 1986 (Llei 40/1988, de 28 de desembre, publicada en el BOE núm. 314, de 31 de desembre). La fórmula es repetiria els exercicis 1987 (Llei 12/1990, de 12 de novembre, publicada en el BOE núm. 272, de 13 de novembre), 1988 (Llei 13/1991, de 29 d'abril,

addicional 1a («Bonificaciones en el transporte marítimo y aéreo a los residentes no peninsulares»), efectuà l'extensió de «los beneficios contenidos en la Ley 46/1981, de 29 de diciembre» a «los ciudadanos de los demás Estados miembros de la Comunidad Económica Europea que tengan su residencia en el archipiélago balear». Així mateix, l'apartat 1 amplià la subvenció aplicable a les Illes Canàries, per una banda, al transport marítim, que no hi estava inclòs segons el vigent Decret llei 22/1962; i, per l'altra, a les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, com ja s'havia demanat durant l'elaboració parlamentària de la Llei 46/1981.

## III. El segon desenvolupament reglamentari del «descompte de resident»: el Reial decret 255/1989, de 17 de febrer

La mateixa disposició addicional 1a de la Llei de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 1988 —ja esmentada— habilità el Govern, amb l' apartat 3, perquè regulés, «en el plazo de seis meses, el otorgamiento de la certificación, a estos efectos, de la condición de residente y el procedimiento de liquidación, a las empresas concesionarias de los servicios de transporte, de las bonificaciones aplicadas. Hasta la aprobación de dichas normas, se aplicarán las vigentes actualmente».

Així les coses, el Consell de Ministres de dia 17 de febrer de 1989 aprovà el Reial decret 255/1989, de 17 de febrer,[12] el qual mantingué, en línies generals, la regulació continguda en el Reial decret 3269/1982 —que fou derogat expressament (disposició final 1a)— i, per tant, la diferència de tracte entre les Balears (art. 2) i les

publicada en el BOE núm. 103, de 30 d'abril) i 1989 (Llei 4/1992, de 20 de març, publicada en el BOE núm. 71, de 23 de març). Per a l'exercici 1996 seria aprovada, al seu torn, la Llei 39/1998, de 27 de novembre, que concedí un nou crèdit «para completar el pago a diversas compañías navieras» (BOE núm. 285, de 28 de novembre). En aquelles mateixes dates, veuria la llum també la Llei 45/1998, de 15 de novembre, «sobre concesión de varios créditos extraordinarios, por importe de 8.070.673.205 pesetas, para abonar a las compañías aéreas, las bonificaciones aplicadas en las tarifas de pasajes aéreos durante los ejercicios 1995 y 1996» (BOE núm. 300, de 16 de desembre). Durant tota aquesta època, el Consell d'Estat no es cansà d'insistir que «la excepcionalidad con que la Ley reviste a las modificaciones presupuestarias aconseja que, en supuestos de gastos habituales, como son las bonificaciones de la clase a que este expediente se refiere, se doten suficientemente las consignaciones correspondientes» (Dictamen núm. 1040/1998, de 2 d'abril).

[12] BOE núm. 61, de 13 de març.

Canàries (art. 3) pel que fa als vols amb la Península: en el primer cas, el «descompte de resident» seria només del 25%, mentre que, en el segon, pujaria fins al 33%, i, pel que fa als vols entre illes, es mantindria en tots els casos una subvenció del 10%.

Les principals novetats del Reial decret 255/1989 foren aquestes:

- Es concretà, mitjançant l'art. 4, el concepte de «trajecte directe».
- La tropa professional i el personal que realitzés el servei militar fou assimilat als funcionaris públics als efectes d'acreditar la residència, de conformitat amb els apartats a) i b) de l'art. 5.1.
- S'establí, mitjançant el primer paràgraf de l'art. 7, l'obligació d'entregar «copia diligenciada del certificado de residencia» en ésser expedit el bitllet o passatge.
- El segon paràgraf del mateix art. 7 estipulà, per últim, un mecanisme addicional de control: «las compañías aéreas o navieras efectuarán, con carácter periódico, comprobaciones, en el momento del embarque, de la identidad de la persona cuyo nombre figure en el billete o pasaje, con su documentación personal, independientemente de la comprobación que se pueda llevar a cabo por los servicios oficiales o autoridades competentes».

## IV. Les modificacions del «descompte de resident» durant els anys 1997 i 1998

Després d'un llarg període sense novetats, l'art. 165 de la Llei 13/1996, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social,[13] facultà el Govern de l'Estat «para que modifique la cuantía de las subvenciones al transporte aéreo para residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla actualmente vigentes, o reemplace dicho régimen por otro sistema de compensación en función de la evolución del mercado de servicios de transporte aéreo». Aquesta mesura es prengué, llegim en el preàmbul del posterior Reial decret 200/1997, de 7 de febrer,[14] que veurem tot seguit, «con la finalidad de controlar la evolución de esta partida de gasto».[15]

[13] BOE núm. 315, de 31 de desembre.

[14] BOE núm. 37, de 12 de febrer.

[15] L'any venidor, el Reial decret 1746/1998, de 31 de juliol, que tractarem més endavant, també es referiria a «la conveniencia de que, al menos en sus aspectos cuantitativos, [la subvención] se adecue, con la periodicidad necesaria, a la evolución del mercado de servicios del transporte aéreo, de manera que no pueda imputarse al propio sistema una disminución en el nivel de la ayuda prestada ni tampoco la posibilidad de un deterioro en la calidad del servicio».

Així, l'art. 165 de la Llei 13/1996 disposà que, a partir de l'1 de gener de 1997, l'import màxim a què es podria aplicar el percentatge de la subvenció del trajecte entre les Illes Balears i la Península seria de 2.800 o 5.600 pessetes, en funció de si el bitllet era d'anada i/o de tornada. Però, tot just en data 12 de febrer de 1997, entraren en vigor els nous màximums aprovats pel Consell de Ministres l'anterior dia 7 mitjançant l'al·ludit Reial decret 200/1997, a saber: 5.000 i 10.000 pessetes, respectivament.[16]

El mateix dia 7 de febrer de 1997, emperò, el Consell de Govern de les Illes Balears aprovà el Decret 25/1997, pel qual es regula el règim transitori i extraordinari de subvencions al transport aeri per a residents a les Balears,[17] en el qual —tenint en compte, hi llegim, «el cost que la insularitat suposa per als ciutadans d'aquestes Illes»— es volia «compensar la diferència de subvenció compresa entre l'1 de gener de 1997 i l'entrada en vigor de la nova normativa estatal», o sigui, el Reial decret 200/1997. Aleshores, els únics beneficiaris de la subvenció de caràcter «transitori i extraordinari» regulada pel Decret 25/1997 serien «els residents de les Illes Balears que hagin utilitzat aquest mitjà de transport durant el període de temps comprès entre l'1 de gener de 1997 i l'entrada en vigor de la norma aprovada pel Consell de Ministres per la qual s'augmenta la subvenció a 5.000 pessetes per trajecte» (art. 1). Segons l'art. 2 del Decret de referència, aquesta «subvenció compensatòria» seria «igual al 25% del cost del transport aeri, menys la subvenció que ja s'hi hagi aplicat després de l'entrada en vigor de la Llei 13/1996. En cap supòsit, la subvenció total del trajecte, és a dir, l'estatal rebuda més la que subvenciona el Govern balear, no serà superior a 5.000 pessetes per trajecte». L'art. 3, per últim, indicava que fins al 30 de juny de 1997 es podrien presentar les sol·licituds per beneficiar-se d'aquesta bonificació compensatòria.[18] Poques setmanes més tard, el Decret 35/1997, de 7 de març,[19] modificà el Decret 25/1997 a fi de facultar els consellers de Foment i d'Economia i Hisenda, respectivament, per dictar les normes precises per al seu desenvolupament.

[16] Aquest Reial decret també era aplicable a les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla, mentre que l'actualització de les quanties aplicables a les Illes Canàries es fixà pel posterior Reial decret 254/1997, de 21 de febrer (BOE núm. 54, de 4 de març).

[17] BOCAIB núm. 24, de 25 de febrer.

[18] És per això, per l'evident caràcter temporal del Decret, que sembla si més no prescindible la derogació expressa que se n'efectuà mitjançant l'art. 4, en relació amb l'annex 3, 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. 44, de 28 de març).

[19] BOIB núm. 38, de 29 de març.

L'art. 165 de la Llei 13/1996 va ésser recorregut davant el Tribunal Constitucional per part del Parlament de Canàries. La impugnació —resolta, amb notable retard, per la Sentència núm. 67/2005, de 17 de març[20]— se sustentava en el fet que l'al·ludit precepte contravenia la disposició addicional 3a CE i la seva normativa de desenvolupament «al modificar el régimen especial en materia económica y fiscal reconocido a Canarias sin haberse solicitado el informe preceptivo que ello exige» (FJ 1).[21] L'Alt Tribunal, després d'un llarg exordi sobre «la evolución normativa de las ayudas al transporte regular de pasajeros en nuestro ordenamiento jurídico» (FJ 2), conclou que «es pertinente declarar en este caso la pérdida de objeto del presente recurso de inconstitucionalidad por la razón que pasamos a exponer […] Siendo innegable —llegim en un passatge al final de la Sentència— que al aprobarse el art. 165 de la Ley 13/1996 no se cumplimentó el trámite de audiencia al Parlamento canario que las invocadas normas constitucional y estatutaria prevén, también lo es que dicho art. 165 ha perdido toda su vigencia tras la aprobación del art. 102 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, primero, y del art. 2 del Real decreto 1316/2001, de 30 de noviembre, después. Además resulta decisivo comprobar que el Estado ha cumplimentado el trámite de informe previsto en la disposición adicional tercera CE y en el art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias, en algunos casos hasta por dos veces (a petición del Congreso y, posteriormente, del Senado), en todas las leyes de medidas fiscales, administrativas y de orden social en las que ha regulado esta materia. En efecto, así ha sucedido, concretamente, en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre», a la qual nosaltres ens referirem tot seguit. «Por todo lo hasta aquí indicado —acaba el Tribunal Constitucional— resulta que la controversia competencial que está en la base del presente recurso de inconstitucionalidad ha decaído, no sólo en razón de la pérdida de vigencia de la norma impugnada, sino también en atención al reconocimiento *de*

[20] BOE núm. 93, de 19 d'abril, Suplement del Tribunal Constitucional.

[21] En efecte, la disposició addicional 3a de la Constitució Espanyola de 1978 estipula que «la modificació del règim econòmic i fiscal de l'arxipèlag canari requerirà un informe previ de la Comunitat Autònoma o, en el seu cas, de l'òrgan provisional autonòmic». Posteriorment, l'art. 46.3 de la Llei orgànica 10/1982, de 10 d'agost, de l'Estatut d'autonomia de les Canàries (BOE núm. 195, de 16 d'agost; Suplement retrospectiu núm. 4, any 1982), modificada per la Llei orgànica 4/1996, de 30 de desembre (BOE núm. 315, de 31 de desembre; Suplement núm. 18, any 1996), reiteraria que «el règim economicofiscal de les Canàries només es pot modificar d'acord amb el que estableix la disposició addicional 3a de la Constitució, amb l'informe previ del Parlament canari que, per ser favorable, l'han d'aprovar les dues terceres parts dels seus membres».

*facto* por el Estado de la procedencia del informe cuya falta de solicitud denunció el Parlamento canario» (FJ 4).

### V. El «descompte de resident» en el règim especial de les Illes Balears

Entre 1995 i 1998 es va tramitar i aprovar l'anomenat règim especial de les Illes Balears, avui vigent en virtut de la Llei 30/1998, de 29 de juliol.[22]

L'originària Proposició de Llei del Règim Fiscal i Econòmic Especial de les Illes Balears, presentada dia 31 de gener de 1995 pel Grup Parlamentari PP-UM davant el nostre Parlament autonòmic,[23] disposava en l'art. 57.1, paràgraf primer, que «Als ciutadans espanyols i dels altres estats de la Unió Europea, residents a les Illes Balears, se'ls aplicarà una reducció en les tarifes dels serveis de transport aeri del 33% per als trajectes entre les Illes Balears i la resta del territori nacional, com també per als trajectes interinsulars a l'arxipèlag balear». Val a recordar que, en aquell moment, aquest precepte suposava un notable augment del «descompte de resident» pel que fa, en exclusiva, als viatges en avió. Certament, l'art. 2 del Reial decret 255/1989 —aleshores en vigor— havia optat per mantenir la subvenció estudiada en els mateixos valors fixats, gairebé dues dècades enrere, per la Llei 46/1981: un 25% per als viatges a la Península i un 10% per als trajectes entre illes. Per tant, aquella Proposició implicava un augment en ambdós casos, mentre que deixava inalterat el «descompte» aplicable al transport per mar. El segon paràgraf del mateix art. 57.1, com dèiem, establia: «S'autoritza el Govern de la Nació, oït el Govern Balear, perquè modifiqui la quantia de les subvencions establertes a l'apartat anterior o reemplaci aquest règim per un altre sistema de compensació. Aquesta modificació o canvi en cap cas suposarà una disminució de l'ajuda prestada o un deteriorament en la qualitat del servei». Per últim, l'art. 57.3 precisava: «Les reduccions a què es refereixen els dos apartats anteriors s'articularan per mitjà d'un sistema de compensació de preus per a l'efectivitat dels quals els Pressupostos Generals de l'Estat de cada any consignaran les oportunes partides pressupostàries».

[22] BOE núm. 181, de 30 de juliol. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement núm. 5, de 29 d'agost.

[23] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 168, de 3 de febrer.

Després de la corresponent tramitació parlamentària, dia 30 de març de 1995, el Parlament de les Illes Balears aprovà aquesta Proposició de llei[24] amb tres canvis substancials en relació amb la versió del text presentada mesos abans: primer, la reducció del 33% «per als trajectes entre les Illes Balears i la resta del territori nacional» passava a ser aplicable, també, al transport marítim; segon, «la reducció de les tarifes aèries i marítimes en els serveis interinsulars» seria, en tot cas, d'un 50%, i, tercer, s'establia un règim especial per a l'illa de Formentera, on existiria «una bonificació addicional del 10% a la reducció establerta per als residents de la resta d'illes d'aquesta comunitat autònoma sobre les tarifes dels serveis de transport aeri, tant per als trajectes entre les Illes Balears i la resta del territori nacional, com per als trajectes interinsulars a l'arxipèlag balear».

El Parlament de les Illes Balears remeté la Proposició, en els termes que s'acaben d'explicar, al Congrés dels Diputats la primavera de 1995.[25] Però, en finalitzar poc temps després la V legislatura, la iniciativa legislativa hagué d'ésser «traslladada» d'ofici a la Cambra venidora «al objeto de que por ésta se inicie su tramitación y sin que, por consiguiente, sea necesaria su nueva presentación ante el Congreso de los Diputados, teniendo en cuenta que la misma fue remitida por una Asamblea Legislativa autonómica».[26] En efecte, el Congrés dels Diputats de la VI legislatura admeté a tràmit la Proposició el mes d'abril de 1996[27] i, a més a més, n'ordenà de bell nou la publicació.[28] La seva tramitació fou encomanada per la Mesa de la Cambra a la Comissió d'Economia, Comerç i Hisenda,[29] com veurem tot seguit, encara que després el Ple acordaria l'avocació tant del debat com de la votació final.[30]

L'1 d'abril de 1998, la Ponència encarregada per l'al·ludida Comissió de redactar l'informe sobre la Proposició presentada acordà «aprobar únicamente la incorporación de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Popular al texto original de la Proposición de Ley, quedando las demás enmiendas pendientes

[24] Ibíd. núm. 179, de 21 d'abril. Vegi's l'art. 47 de la Proposició aprovada.

[25] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B) núm. 132-1, de 19 de maig. Vegi's l'art. 47 de la Proposició.

[26] Ibíd., sèrie B, núm. 132-2, de 31 de gener.

[27] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 39, de 30 d'abril.

[28] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B), núm. 9-1, d'11 d'abril. Vegi's l'art. 47 de la Proposició.

[29] Ibíd., sèrie B, núm. 9-3, de 23 de maig.

[30] Ibíd., sèrie B, núm. 9-10, d'1 d'octubre.

para su debate en Comisión».[31] Així, pel que fa al «descompte de resident», s'acceptaren, per una banda, l'esmena núm. 177 —de supressió de l'art. 47— i, per l'altra, les esmenes núm. 178, 179 i 180 —amb les quals el contingut del precepte suprimit passà, «por razones de coherencia, unidad interna del texto normativo y adecuación a la normativa comunitaria», als nous art. 3, 4 i 5.[32] Tot i que hi hagué un cert debat en la Comissió sobre aquestes disposicions,[33] finalment serien aprovades sense més modificacions en el Dictamen que s'elevà, com hem dit, al Ple del Congrés dels Diputats.[34] El debat i la votació finals es verificaren en la sessió de dia 21 de maig de 1998, sense que els preceptes a què ens venim referint fossin objecte de discussió més enllà d'una breu referència del diputat socialista Antoni Costa, que criticà que «en esta ley quedan demasiadas inconcreciones y faltan reglas que sean exigibles ante el Gobierno».[35]

Remès el text aprovat al Senat,[36] es plantejaren diverses esmenes per a modificar els art. 3 i 4, relatius —com queda indicat— a les subvencions del «preu del transport»,[37] però cap d'elles no fou acceptada per la Ponència, «sin perjuicio —matisà aquesta— de su estudio posterior y del acuerdo definitivo que sobre las mismas adopte la Comisión General de las Comunidades Autónomas».[38] Aquesta, emperò, també mantingué el text original,[39] de manera que el debat sobre les esmenes formulades sobre el «descompte de resident» s'acabà traslladant —

[31] Ibíd., sèrie B, núm. 9-13, de 20 d'abril.

[32] Ibíd., sèrie B, núm. 9-12, de 22 d'octubre.

[33] *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Comisiones) núm. 430, de 21 d'abril. En concret, es referiren al «descompte de resident» durant les seves intervencions els diputats Antoni Costa (Grup Socialista), Francesc Homs (Grup Català) i María Luisa Cava de Llano (Grup Popular).

[34] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B) núm. 9-14, de 5 de maig.

[35] La cita es troba en la pàg. 8626 del *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Pleno) núm. 162, de 21 de maig. El text aprovat seria publicat en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B), núm. 9-15, de 26 de maig.

[36] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado, sèrie III B) núm. 24 (a), de 28 de maig.

[37] Ibíd., sèrie III B, núm. 24 (b), d'11 de juny. Es tracta de les emenes núm. 2 del Grup Parlamentari Socialista, núm. 23 i 24 de José Fermín Román Clemente (Esquerra Unida) i núm. 42 i 43 de Pilar Costa Serra (Eivissa i Formentera al Senat).

[38] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado, sèrie III B) núm. 24 (d), de 19 de juny.

[39] Ibíd., sèrie III B, núm. 24 (c), de 15 de juny.

mitjançant els corresponents vots particulars[40]— al plenari del Senat celebrat dia 24 de juny de 1998.[41] Al final, emperò la Cambra alta aprovà la Proposició de Llei «sin introducir variaciones en el texto remitido por el Congreso de los Diputados».[42]

Així les coses, la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears, dedica tot el seu títol I a «Transports i comunicacions», perquè —com llegim en un passatge de l'exposició de motius— «un element molt rellevant del cost d'insularitat […] és el relatiu al cost del transport».[43] D'entrada, l'art. 3 de la Llei 30/1998 eleva fins al 33% —com havia estat la idea original dels proponents de la Llei 46/1981— la «reducció a les tarifes dels serveis de transport marítim i aeri […] per als trajectes directes entre les Illes Balears i la resta del territori nacional». En canvi, l'art. 4 es limita a reconèixer que «la reducció a les tarifes dels serveis de transport marítim i aeri per als trajectes interinsulars a l'arxipèlag balear» serà «l'aplicable amb caràcter general als arxipèlags de l'Estat espanyol». Per últim, seguint la línia de la Llei 13/1996, l'art. 5 autoritza el Govern de la Nació, després de consultar el Govern balear, perquè modifiqui la quantitat de les subvencions que estableix l'apartat anterior o, si hi manca, reemplaci aquest règim per un altre sistema de compensació».[44] Val a dir que el títol I de la Llei 30/1998 inclou també altres disposicions relatives a tarifes portuàries (art. 6), transport de mercaderies (art. 7),[45] sector nàutic (art. 8), promoció turística (art. 9) i transport ferroviari (art. 10).

---

[40] Ibíd., sèrie III B, núm. 24 (c), de 15 de juny.

[41] *Diario de Sesiones del Senado* (Pleno) núm. 95, de 24 de juny.

[42] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado, sèrie III B) núm. 24 (e), de 29 de juny.

[43] En un altre fragment de la mateixa exposició també s'explica que el règim especial de les Illes Balears s'aprova per «fer realitat el mandat constitucional relatiu a l'especificitat del fet insular [en al·lusió a l'incís final de l'art. 138.2 CE] i establir mesures que, sense implicar cap privilegi, coadjuvin a corregir o compensar el conjunt de desavantatges» que pateix l'arxipèlag per aquesta circumstància.

[44] L'art. 5 de la Llei 30/1998 té dos paràgrafs més, que disposen: «Aquesta modificació o canvi en cap cas no ha de suposar una disminució de l'ajut prestat o un deteriorament en la qualitat del servei.

En cap cas no es pot bonificar el major import que sobre les tarifes ordinàries impliquin els preus dels bitllets de classe preferent o superior».

[45] L'apartat 1 d'aquest precepte contempla l'establiment, mitjançant «una consignació anual en els Pressupostos generals de l'Estat», d'«un sistema de compensacions que permeti abaratir el cost efectiu del transport marítim i aeri de mercaderies interinsular i entre les Illes Balears i la península», així com «les exportacions dirigides a la Unió Europea». Aquesta «compensació al transport marítim i aeri de mercaderies, amb origen o destí a les Illes Balears», es regula pel Reial decret 1034/1999, de 18 de juny (BOE núm. 157, de 2 de juliol),

Per entendre plenament la nova regulació del «descompte de resident» per la Llei 30/1998 —sobretot el seu art. 4—, és precís que tinguem en compte que el Consell de Ministres de 31 de juliol de 1998, després de constatar la urgència d'adequar «las cuantías de las reducciones tarifarias subvencionadas a las necesidades reales de utilización del transporte y, en particular, por lo que se refiere a las rutas interinsulares del archipiélago», incrementà —mitjançant l'art. 1 del Reial decret 1746/1998[46]— la bonificació dels vols entre illes fins a un 33%.[47] El fonament d'aquesta decisió ragué en l'art. 102.1 de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social,[48] que «reiterà» al seu torn l'art. 165 de la Llei 13/1996, al qual hem fet referència anteriorment.[49]

---

avui encara vigent després d'haver estat modificat parcialment pel Reial decret 101/2002, de 25 de gener (BOE núm. 32, de 6 de febrer), i després que el Reial decret 776/2011, de 3 de juny (BOE núm. 133, de 4 de juny), va suprimir la Comissió mixta creada pel seu art. 13. També s'ha de tenir en compte que l'apartat 3 de la disposició addicional 129a de la Llei 3/2017, de 27 de juny, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2017 (BOE núm. 153, de 28 de juny), a la qual ens referirem més endavant, incrementà els percentatges previstos en els art. 2 i 3 del Reial decret 1034/1999, tot i que sense modificar-ne el seu contingut.

[46] BOE núm. 206, de 28 d'agost. Pel que fa a les Illes Canàries, la mateixa decisió es va prendre amb el Reial decret 1745/1998, de 31 de juliol (ibíd., pàg. 29381 i 29382).

[47] Amb l'art. 2 del Reial decret 1746/1998 es creà una Comissió de Seguiment, de composició ministerial, amb la finalitat de vigilar «la evolución del número de títulos de transporte con derecho a subvención, así como del importe total de las bonificaciones», i informar la Comissió Delegada del Govern per a Assumptes Econòmics «en el caso de que se produjeran variaciones importantes que pudieran dar lugar a una insuficiencia de crédito en la partida de gasto correspondiente de los Presupuestos Generales del Estado».

[48] BOE núm. 313, de 31 de desembre.

[49] A diferència d'aquest precedent, però, l'art. 102.1 de la Llei 66/1997 precisà que «esta modificación o cambio nunca podrá suponer una disminución de la ayuda prestada o un deterioro en la calidad del servicio». En realitat, la STC núm. 67/2005, també comentada, es preocupà justament d'advertir que «la autorización al Gobierno de la Nación para modificar la cuantía de las subvenciones al transporte aéreo» continguda en l'art. 165 de la Llei 13/1996 s'anà reproduint durant els anys següents «en las sucesivas Leyes estatales de medidas fiscales, administrativas y del orden social». L'Alt Tribunal recordà que «así ha sucedido, concretamente, en el art. 102 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre; en el art. 85 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre; en el art. 61 de la Ley 55/1999, de 19 de diciembre; en la disposición adicional 19ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre; en la disposición adicional 7ª de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre; y también en la disposición final 1ª de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre. Finalmente la misma autorización se ha recogido en la disposición

El senador mallorquí Jaume Font Barceló, que s'encarregà de defensar les posicions del Partit Popular en relació amb la Llei 30/1998, tant a la Comissió General de les Comunitats Autònomes com al Ple del Senat, ja havia avançat en un discurs de data 16 de juny «que en estos días se ha llegado a un acuerdo en relación con el tema de descuentos en los trayectos entre islas del 33 por ciento, un ocho por ciento más, pues ahora tenemos el 25 por ciento».[50] Al poc temps, dia 24 de juny, Font Barceló també precisaria que «se está preparando una normativa específica, por vía reglamentaria, con arreglo a la cual se establece un 33 por ciento para los descuentos interinsulares y, les repito, que para los ciudadanos de Formentera hay un compromiso claro de un 10 por ciento más.[51] Esta subvención se vinculará al proceso que debe ser aprobado por la Unión Europea de obligación de servicio público, por lo cual, cualquier modificación que se estableciera en este

adicional 43ª de la reciente Ley 2/2004, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2005» (FJ 2).

[50] *Diario de Sesiones del Senado* (Comisiones) núm. 310, de 16 de juny.

[51] En la intervenció del 16 de juny, el senador Jaume Font ja es referí al 10% de reducció addicional per als residents a Formentera: «está presente aquí el conseller de Economía y Hacienda del Gobierno balear, que ha anunciado hace más de un mes que el coste de este diez por ciento será asumido por su Gobierno. A partir de ahí, no le vamos a aceptar esta enmienda». *Diario de Sesiones del Senado* (Comisiones) núm. 310, de 16 de juny. En aquest sentit, l'art. 23 del Decret 39/1997, de 14 de març, pel qual es regulen mesures especials i transitòries per a l'illa de Formentera (BOCAIB núm. 41, de 5 d'abril) ja havia previst que «la Conselleria de Foment articularà un règim de subvenció els beneficiaris del qual seran les persones físiques amb veïnatge civil a l'illa de Formentera que utilitzin el transport marítim regular en els desplaçaments entre les illes de Formentera i Eivissa, i viceversa. En tot cas, la subvenció que s'ha de concedir serà complementària de qualsevol altre règim d'ajudes que hi hagi o que hi pugui haver». Però no seria fins tres anys més tard quan, en desplegament d'aquest precepte, s'aprovà el Decret 115/2000, de 21 de juliol (BOE núm. 94, d'1 d'agost), l'art. 2 del qual fixà una subvenció «sobre les tarifes dels trajectes entre Formentera i Eivissa, i viceversa, en els serveis de transport marítim de viatgers en línia regular que es realitzin amb les corresponents llicències d'explotació, en la quantia que resulti de restar del 72% del preu del bitllet, la subvenció estatal regulada en el Reial decret 255/1989 i la subvenció autonòmica establerta en el Decret 57/1999». Aquest «descompte» addicional, a part d'ésser complementari «de qualsevol altre règim d'ajudes que hi hagi o que hi pugui haver», es reconeixia a tots els «ciutadans espanyols i de la resta d'Estats membres de la Unió Europea o d'altres Estats signants de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu, residents a l'illa de Formentera» (art. 1) i quedava sotmès, en tota la resta del seu règim jurídic, a l'al·ludit Reial decret 255/1989 (art. 3).

momento podría ser más un inconveniente que una ventaja. Respecto al transporte de pasajeros con el continente será ahora, con este proyecto, del 33 por ciento»,[52] com hem vist, efectivament, en estudiar l'art. 3 de la Llei 30/1998.

Ara bé, totes les novetats introduïdes per la Llei 30/1998 i pel Reial decret 1746/1998 havien deixat inalterada la quantia del «descompte de resident» aplicable al transport marítim entre illes. Certament, mentre que els trajectes amb la Península estarien en tot cas bonificats fins al 33% de conformitat amb l'art. 3 de la Llei 30/1998 i, com hem acabat de veure, l'art. 1 del Reial decret 1746/1998 augmentava fins aquesta quantitat la subvenció per als vols entre illes, per als viatges per mar dins l'arxipèlag romania en vigor, encara, l'art. 2 de la Llei 46/1981, que fixava el «descompte» —com hem vist— en el 10%. Per això, amb l'objectiu de «seguir avançant» en el «camí» de corregir o compensar «el conjunt de desavantatges que genera el fet de la insularitat balear», el Govern balear aprovà —mitjançant el Decret 57/1999, de 28 de maig[53]— «un règim de subvenció per als residents a les Illes Balears que utilitzin el transport marítim regular en els desplaçaments interinsulars». Amb un caràcter marcadament complementari de

[52] *Diario de Sesiones del Senado* (Pleno) núm. 95, de 24 de juny. Tot seguit afegí, amb un to més polític, que «el que se pida ahora el 50 por ciento es, bajo nuestro punto de vista, cuando lo pide el Grupo Mixto, un agravio con Canarias, y cuando lo pide el Grupo Socialista, algo extremadamente demagógico y poco realista debido a que durante los años de gobierno socialista tuvieron tiempo —incluso a golpe de real decreto— de dar curso a la petición del Parlament Balear sobre un régimen especial y pasar del 25 al 50 por ciento y no lo hicieron. Por eso, vamos a votar en contra de estas enmiendas». Cap al final del seu torn, el mateix senador Jaume Font Barceló encara faria les següents afirmacions: «si yo preguntara a esta Cámara cuántas veces desde la aprobación de la Constitución se ha hecho algo por el hecho insular balear —no hablaré del hecho insular canario o de la problemática de Ceuta y Melilla— que quede negro sobre blanco o que sea dinero, que quede fijo siempre para los ciudadanos de Formentera, Ibiza, Mallorca y Menorca, la respuesta sería —ustedes lo recordarán— que solamente dos veces —ésta puede ser la tercera—: el día que se aprobó la Constitución, que allí se reconoce en negro sobre blanco, y en el año 1981, cuando el Gobierno de la UCD aprobó el descuento del 25 por ciento. Pero desde el año 1981 hasta aquí, Senadora Costa, no ha habido nadie, no ha habido ningún gobierno que haya hecho algo más, aunque sea pequeñito —a usted le parece pequeñito y a mí me parece grande—, para los ciudadanos de Baleares. Y el Gobierno del Partido Popular lo va a hacer. Éste es un dato tan claro, tan contundente, como que la Constitución reconoce el hecho insular y como que en 1981 obtuvimos un 25 por ciento de bonificación sobre los descuentos y nada más. Ahora el Gobierno del Partido Popular va a conseguir que los ciudadanos tengan en vez del 25 el 33».

[53] BOIB núm. 70, de 3 de juny.

l'ordenament estatal, l'art. 3 d'aquest Decret estipulà una ajuda pública «igual al 33 per cent del cost del transport aeri menys la subvenció que ja s'hagués aplicat en virtut del que disposa art. 4 de la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears». És així com quedà restablerta la igualtat percentual del «descompte de resident» en tots els supòsits en què aquest pot aplicar-se.[54]

## VI. El Reial decret 1291/1999, de 23 de juliol: l'acreditació de la condició de resident mitjançant el document nacional d'identitat

L'al·ludida Llei 66/1997 contemplà —en la seva disposició addicional 34a— una altra novetat molt rellevant sobre el règim jurídic de la subvenció del transport per als residents a les Illes Balears: permetre que l'acreditació de la condició de resident en els vols entre illes es pogués efectuar «mediante fotocopia del documento nacional de identidad y la declaración de responsabilidad del viajero acerca de la vigencia del domicilio que figura en el mismo. En este caso, la compañía o agencia expendedora del billete deberá solicitar la exhibición del original del documento nacional de identidad». Aital simplificació administrativa era realment notable si tenim en compte, com hem vist, que aleshores el Reial decret 255/1989 encara exigia l'exhibició d'un certificat municipal *ad hoc* per justificar la residència.

La important reforma es va escometre mitjançant el Reial decret 1291/1999, de 23 de juliol,[55] que modificà els arts. 1, 2, 3, 4, 5 i 7 del Reial decret 255/1989.[56] La

[54] Poc temps abans, la primavera de 1999, el Consell d'Estat —en el Dictamen núm. 1126/1999, de 22 d'abril— havia fet notar l'absurditat de mantenir «la diferencia actualmente existente, por razón del medio de transporte empleado, en la cuantía de la subvención que se concede al transporte interinsular de personas en cada uno de los archipiélagos». Segons aquest mateix Dictamen, «tal discriminación, cuya conexión con cualesquiera objetivos de política medioambiental o económica […] [no consta], puede llegar a distorsionar la competencia entre las empresas de transporte interinsular aéreo y marítimo […]. Por su parte, el art. 4.3 de la Ley de ordenación de los transportes terrestres [es refereix a la Llei 16/1987, de 30 de juliol, publicada en el BOE núm. 182, de 31 de juliol] exige buscar "la armonización de las condiciones de competencia entre los distintos modos […] de transporte". Todo ello hace oportuno un reexamen de la conveniencia de mantener la diferencia de trato recogida en las normas vigentes».

[55] BOE núm. 190, de 10 d'agost.

[56] Perquè el Reial decret 1291/1999 també tenia per objectiu —segons el seu preàmbul— adequar «la regulación del Real decreto 255/1989 a lo dispuesto en el Real Decreto 766/1992,

major innovació va raure en l'art. 5.2, segons el qual, «en el caso de viajes interinsulares tanto dentro del archipiélago canario como del balear, podrá sustituirse la acreditación de residencia mediante los certificados […] por la presentación, ante la compañía o agencia expendedora del billete o pasaje, de fotocopia del documento nacional de identidad, o de la tarjeta de residencia […], siempre que al mismo tiempo declare el viajero que continúa la vigencia del domicilio en el término municipal que figure en dicho documento nacional de identidad o tarjeta de residencia, correspondiente al supuesto de bonificación de que se trate».[57] El mateix art. 5.2 afegia, en els seus paràgrafs finals, la doble obligació de la companyia o agència de confrontar la fotocòpia amb l'original i verificar, així mateix, la vigència del domicili que constés en el document nacional d'identitat; en cas que es comprovés la seva falta de certesa, «el beneficiario quedará sujeto a la responsabilidad que corresponda de conformidad con lo dispuesto para el incumplimiento de condiciones en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones públicas».

El Consell d'Estat havia fet notar, en el Dictamen núm. 1126/1999, de 22 d'abril, que d'aquesta manera el Reial decret 1291/1999 no es limitaria «a simplificar "la acreditación de la condición de residente en el tráfico aéreo interinsular"», com resultava d'una «interpretació literal» de la disposició addicional 34a de la Llei 66/1997, sinó que tindria per efecte estendre «tal simplificación al tráfico marítimo interinsular. Ninguna objeción formula a ello este Alto Cuerpo Consultivo, pues la extensión mencionada no resulta contraria a la finalidad perseguida por la norma de

---

de 26 de junio, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, modificado parcialmente por el Real Decreto 737/1995, de 5 de mayo, y el Real decreto 1710/1997, de 14 de noviembre, y con carácter supletorio en el Real decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Asimismo, se adaptan las referencias de nacionalidad como consecuencia de la entrada en vigor, el 1 de enero de 1994, del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, firmado en Oporto el 2 de mayo de 1992, y ratificado por España el 26 de noviembre de 1993». Així, en virtut de l'art. 1 del Reial decret 255/1989, segons la seva redacció pel Reial decret 1291/1999, el «descompte» seria aplicable «a los ciudadanos españoles y de los demás Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que justifiquen residir en las Islas Baleares, Islas Canarias, Ceuta y Melilla».

[57] Per als viatges a la Península, en canvi, la regla general seguia essent —segons el novíssim art. 5.1 del Reial decret 255/1989— el certificat de resident, que s'hauria d'expedir, per cert, de conformitat amb el nou formulari introduït per l'annex del Reial decret 1291/1999.

rango legal, y no parece existir razón de oportunidad alguna para establecer requisitos diversos para acreditar la condición de residente según cuál sea el medio de transporte elegido. Por el contrario, esta diferenciación, que distorsionaría las decisiones económicas de los usuarios, podría perjudicar a la eficiencia del sistema de transportes».

## VII. El tercer desenvolupament reglamentari

### *1. El Reial decret 1316/2001, de 30 de novembre*

Al cap d'uns pocs mesos, la Llei 55/1999, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social[58] insistí, per una banda, que el Govern estava autoritzat per modificar la subvenció durant l'any 2000 (art. 61),[59] i, per l'altra, en el fet que, «per tal d'assolir més facilitat i accessibilitat», s'acceptaria «l'acreditació de la condició de resident mitjançant la utilització del document nacional d'identitat o un document equivalent per a ciutadans de la Unió Europea» (art. 62). El segon paràgraf de l'art. 62 disposà, a més a més, que «reglamentàriament, en el termini de sis mesos», es determinaria «el procediment adequat» per aconseguir-ho.

En aquest marc fou aprovat, amb notable retard, el Reial decret 1316/2001, de 30 de novembre,[60] amb el qual es procedí, «por razones de sistemática y claridad en la regulación, [a] refundir en un solo texto reglamentario el régimen jurídico de las bonificaciones al transporte regular de pasajeros». El preàmbul de la nova norma posava l'accent, en efecte, en la «dispersió normativa» que, tot i estar justificada en

[58] BOE núm. 312, de 30 de desembre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement núm. 1, de 20 de gener.

[59] Mereix ésser destacada, tot i així, la limitació imposada per l'art. 61.2: «En tot cas, per a les comunitats autònomes de les Canàries i de les Balears cal atenir-se al que regula l'article 6 de la Llei 19/1994, de 6 de juny, de modificació del règim econòmic i fiscal de les Canàries, així com l'article 5 de la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears, respectivament». L'autorització de l'art. 61 de la Llei 55/1999 seria «ampliada» a l'any 2001 per la disposició addicional 19a de la Llei 14/2000, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social (BOE núm. 313, de 30 de desembre; Suplement núm. 3, de 30 de gener), el segon paràgraf de la qual afegí: «Aquesta modificació mai no pot suposar disminució de l'ajuda prestada o un deteriorament de la qualitat del servei, ni increment dels crèdits assignats a aquesta finalitat».

[60] BOE núm. 300, de 15 de desembre.

origen, havia acabat per generar «diferencias carentes hoy de justificación». Així, el Reial decret 1316/2001 derogà expressament el Reial decret 255/1989[61] i la seva modificació pel Reial decret 1291/1999, així com també els diversos reials decrets que havien actualitzat el «descompte de resident» en el període 1997-1998, per regular «el procedimiento de acreditación de la residencia mediante la utilización del documento nacional de identidad o de la tarjeta de residencia, […] [armonizar] el sistema de determinación del importe de las bonificaciones, suprimiendo los anteriores límites cuantitativos, y […] [determinar] con mayor rigor los sistemas de comprobación y control de la liquidación de las ayudas». L'objectiu era aconseguir, en paraules del Consell d'Estat en el seu Dictamen núm. 2579/2001, de 25 d'octubre, «una regulación unitaria, coherente y sistemática».

Així les coses, el Reial decret 1316/2001 —avui encara vigent— es divideix en tres capítols: per una banda, el primer es dedica a les «disposicions generals», relatives a l'àmbit d'aplicació (art. 1), l'import de la bonificació (art. 2), l'acreditació de la condició de resident (art. 3), els òrgans competents per a la gestió, la inspecció i el control de la subvenció (art. 4) i les responsabilitats del beneficiari (art. 5); per l'altra, el segon i el tercer tracten, respectivament, del «transport aeri» i el «transport marítim», als efectes de regular l'emissió dels bitllets, el procediment de liquidació del «descompte» i els diversos mecanismes de control, inspecció i comprovació, entre d'altres qüestions.

En relació amb el capítol I del Reial decret 1316/2001, mereixen ésser destacades les novetats següents:

- L'art. 1.2 defineix el concepte de «resident», de manera que ho són els «ciutadans» que estiguin inscrits «en el padrón municipal en cualquiera de los municipios comprendidos en el ámbito de aplicación de esta norma» [apartat a)] o que estiguin «prestando el servicio militar en, o ser Diputado o Senador electo por, alguna de dichas circunscripciones» [apartat b)].

[61] En realitat, com afirmà el Consell d'Estat en el Dictamen núm. 1126/1999, de 22 d'abril, aquest Reial decret ja havia estat «tácita y parcialmente modificado, en cuanto a la determinación que en él se hacía de la cuantía de determinadas subvenciones al transporte no interinsular, por normas posteriores: en particular, la Ley 30/1998, de 29 de julio, del régimen especial de las Illes Balears, eliminó las diferencias existentes hasta entonces entre ambos archipiélagos en cuanto al porcentaje subvencionado del precio del transporte. Por su parte, los Reales decretos números 1745 y 1746/1998, de 31 de julio, elevaron dicho porcentaje del 10 al 33% "en las tarifas de los servicios regulares del transporte aéreo de viajeros, cuando se trate de rutas interinsulares dentro de dicho archipiélago"».

- L'art. 2.1 b) manté com a quantia general de la subvenció el 33% de l'import, excepte per als trajectes entre illes per via marítima, que serà del 10%. Aquest article, en successius apartats, concreta l'expressió «trajecte directe» i determina quines tarifes són subvencionables.
- L'art. 3.1 converteix en regla general, aplicable en tot tipus de viatges, l'acreditació de la condició de resident amb el document nacional d'identitat o la targeta de residència; adverteix, en l'incís final, que «la exhibición de los mismos se entenderá como declaración de responsabilidad del beneficiario sobre la vigencia de sus datos y su condición de residente». Es mantenen, tot i així, la possibilitat del certificat de resident (art. 3.2) i el règim específic d'acreditació aplicable als diputats i als senadors (art. 3.3) introduït pel comentat Reial decret 1291/1999.
- L'art. 4 estableix una doble regla de competència administrativa: la gestió de la bonificació que regula el Reial decret 1316/2001 s'atribueix a la Direcció General de la Marina Mercant i a la Direcció General d'Aviació Civil, ambdues ubicades orgànicament en el Ministeri de Foment (art. 4.1); mentre que «la inspección y control del cumplimiento de las prescripciones exigidas en este Real Decreto para la percepción y reintegro a las empresas aéreas y marítimas de las bonificaciones que en el mismo se contemplan corresponderá a los Ministerios de Hacienda y de Fomento» (art. 4.2).
- L'art. 5, més enllà de reiterar l'aplicació de la normativa en matèria de subvencions als supòsits d'incompliment de condicions per part dels beneficiaris del «descompte de resident» (art. 5.3), estipula que «quienes viajen con billete aéreo o pasaje marítimo bonificado deberán ir provistos del documento que acredite su identidad, ya sea el documento nacional de identidad o tarjeta de residencia» (art. 5.1). Així, quan un passatger, després d'haver estat oportunament requerit, no pugui demostrar la seva identitat i la seva residència o aquestes dades no coincideixin amb les del titular del bitllet subvencionat, «no podrá efectuar el viaje correspondiente con dichos títulos de transporte, sin perjuicio de las restantes responsabilidades en que haya podido incurrir» (art. 5.2).[62]

[62] És ben interessant, en aquest sentit, el supòsit litigiós resolt per la Secció 5a de l'Audiència Provincial de Palma en la seva Sentència núm. 303/2008, de 14 d'octubre (recurs d'apel·lació núm. 327/2008). L'Audiència, en aquesta ocasió, rebutja el dret d'una família a ésser indemnitzada per no haver-li estat aplicat, en un trajecte marítim, el «descompte de resident» perquè «sólo son abonables o deducibles las sumas indebidamente percibidas, o no

*2. La incorporació dels sistemes electrònics i informàtics en la gestió del «descompte de resident» del transport marítim*

En una útil previsió de futur, la disposició addicional única del Reial decret 1316/2001, sota la rúbrica «Utilización de medios informáticos», establí que «el Ministerio de Fomento podrá establecer procedimientos de control, inspección y verificación, mediante sistemas electrónicos o informáticos, que sustituyan total o parcialmente los previstos en este Real Decreto para el transporte marítimo». Així, amb l'Ordre FOM/2554/2006, de 27 de juliol,[63] s'establí un «procedimiento de control, inspección y verificación mediante sistemas electrónicos e informáticos, que será de aplicación para el reintegro a las empresas navieras del importe de las bonificaciones en las tarifas de los servicios regulares del transporte marítimo que se contemplan en el Real decreto 1316/2001» (art. 1).

Els viatges interinsulars quedaren exclosos de la versió original de l'Ordre FOM/2554/2006, en tractar-se de trajectes amb «bonificaciones concurrentes por parte del Estado y de las Comunidades Autónomas», per la qual cosa se'ls havien d'aplicar els art. 11 i 12 del Reial decret 1316/2001 (art. 2.2). Ara bé, l'aplicació d'aquest procediment féu palesa «la necesidad de que los datos de los embarques que han de ser facilitados por las empresas navieras para la bonificación [de] los trayectos interinsulares, que no están regulados por la Orden FOM/2554/2006, se asimilen íntegramente a los que se facilitan para los trayectos con la Península, cuyas especificaciones sí están contenidas en la referida Orden.[64] Por tanto, lo que

bonificadas, como en el caso de descuento por familia numerosa, pero no el descuento por residencia, en tanto la legislación aplicable exige la previa acreditación a la obtención de las bonificaciones, presentando fotocopia del DNI o el certificado de residencia […] y los que viajan deben ir provistos del documento acreditativo y del DNI». «Los actores —prossegueix la Sentència— conocían tales requisitos, reconociendo que habían realizado anteriormente viajes en condiciones similares, y que se les exigía la exhibición de tales documentos […], sin perjuicio de que debían exigírseles al momento de emitir los billetes bonificados o registrar los datos correspondientes, y en cuanto los actores deben acreditar su condición de residente al momento de facturación previo al embarque, y les fue advertido en este momento, sin que procedieran a acreditar tal condición» (FJ 2).

[63] BOE núm. 185, de 4 d'agost.

[64] Es refereix a l'annex 1 de l'Ordre FOM/2554/2006, al qual es remetia l'apartat a) del seu art. 3.1. Per Resolució de 8 de setembre de 2006, de la Direcció General de la Marina Mercant, aquest va ésser modificat «con vistas a completar el contenido […] relativo al porcentaje de bonificación por familia numerosa» (BOE núm. 228, de 23 de setembre).

ahora se pretende —llegim en el preàmbul de la posterior Ordre FOM/2427/2012, de 29 d'octubre[65]— para garantizar un mejor control de las bonificaciones en los trayectos interinsulares de las Comunidades Autónomas de las Illes Baleares y Canarias es establecer la obligatoriedad para las empresas navieras de presentar ficheros informáticos para los referidos trayectos, cuyo contenido debe cumplir las mismas especificaciones que las reguladas en la Orden FOM/2554/2006 para los trayectos con la península». Així, l'art. 3 d'aquesta nova Ordre estipulà que, «dentro del procedimiento de liquidación de bonificaciones, las empresas navieras remitirán a la Dirección General de la Marina Mercante del Ministerio de Fomento, junto con la certificación que indica el art. 11 del Real Decreto 1316/2001 y demás documentación especificada, un fichero en soporte informático que contenga la relación de los embarques correspondientes a billetes bonificados referidos a la totalidad de la certificación». En tota la resta, preveia la disposició addicional única de l'Ordre FOM/2427/2012, se seguiria aplicant «el procedimiento de inspección, verificación y control de las bonificaciones al transporte marítimo» regulat, com queda dit, pels art. 11 i 12 del Reial decret 1316/2001. Les especificacions tècniques del nou fitxer informàtic quedaren determinades per l'annex d'aquesta darrera Ordre.

Al cap de poc temps, però, mitjançant una Resolució de 8 d'abril de 2013, de la Direcció General de la Marina Mercant,[66] es modificaren els annexos tant de l'Ordre FOM/2554/2006 com de l'Ordre FOM/2427/2012 pels dos motius que s'expliquen a continuació: primer, perquè «durante el tiempo transcurrido desde la aprobación de ambas órdenes, se han producido modificaciones en la normativa que regula las bonificaciones al transporte regular de pasajeros residentes […] [que] hacen necesario modificar las especificaciones técnicas de los ficheros informáticos entregados por las compañías navieras con la relación de embarques de billetes bonificados, de manera que queden incorporados los datos adicionales necesarios para seguir realizando el control de las certificaciones de bonificaciones que sean presentadas por las empresas navieras en el marco de las nuevas disposiciones»; i, segon, perquè, «dado que en las referidas órdenes ministeriales se establecieron especificaciones técnicas diferentes para los ficheros relativos al tráfico con la Península, cuyos embarques de residentes perciben únicamente bonificaciones estatales, y al tráfico interinsular, cuyos embarques de residentes reciben tanto

[65] BOE núm. 273, de 13 de novembre.

[66] BOE núm. 92, de 17 d'abril.

bonificaciones estatales como autonómicas, lo que obliga a utilizar en sus respectivos procesos de control de liquidaciones dos conjuntos de datos no uniformes, se impone la conveniencia de unificar ambas especificaciones con el objeto de permitir la implementación de sistemas informáticos de control que operen sobre una única base de datos homogénea».

La disparitat normativa originada per l'Ordre FOM/2554/2006 i l'Ordre FOM/2427/2012, amb les seves respectives modificacions, constituïa una evident disfunció que resolgué l'Ordre FOM/1658/2015, de 24 de juliol:[67] «una vez que ya se había conseguido la uniformidad de la información que han de presentar las compañías navieras, se hacía evidente la conveniencia de unificar también los procedimientos de inspección y control que han de emplearse para verificar los embarques reales producidos en ambos tráficos». Per això es modificà l'Ordre FOM/2554/2006 —«por prevalencia en el tiempo, por la mayor amplitud de su contenido y porque su título permite una mejor identificación de la norma», però també «por razones de técnica normativa y de claridad y seguridad jurídicas»— i se li donà la redacció actualment en vigor: els trajectes interinsulars foren agregats al seu àmbit d'aplicació [art. 2 d)] i el contingut de l'Ordre FOM/2427/2012 fou incorporat al seu annex I.

### VIII. La introducció de les declaracions d'obligació de servei públic

L'art. 103 de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, que ja hem citat en diverses ocasions anteriorment, disposà en el paràgraf 3r que «el Gobierno procederá a la declaración de obligaciones de servicio público con los tráficos aéreos interinsulares y, en su caso, en los tráficos aéreos de los archipiélagos con el territorio peninsular». En el cas particular de Menorca, el Consell de Ministres va declarar obligacions de servei públic, per Acord de 21 de novembre de 2003,[68] les rutes amb Mallorca i amb

[67] BOE núm. 188, de 7 d'agost.

[68] BOE núm. 290, de 4 de desembre. Aquest Acord seria modificat mitjançant l'Ordre FOM/1085/2008, de 7 d'abril (BOE núm. 95, de 19 d'abril), per tal de substituir les «tarifes màximes» per «tarifes de referència».

Eivissa; i, per Acord de 15 de juny de 2012,[69] els vols amb Madrid durant la temporada baixa.

Actualment, les obligacions de servei públic en l'àmbit del transport es regulen per l'art. 95 de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible,[70] que les defineix com aquells serveis de transport «que les empreses operadores no prestarien si tinguessin en compte exclusivament el seu propi interès comercial i que siguin necessaris per assegurar el servei de transport, a través de qualsevol modalitat de transport, entre diferents localitats o per garantir-ne la prestació en condicions raonablement acceptables de freqüència, preu, qualitat o universalitat» (apartat 1). En tota la resta, aquest mateix art. 95, en l'apartat 4, es remet «als reglaments comunitaris sobre establiment d'obligacions de servei públic en el transport terrestre, el marítim i l'aeri». Concretament, per tant, haurem de tenir en compte els art. 16, 17 i 18 del Reglament (CE) núm. 1008/2008 del Parlament Europeu i del Consell, de 24 de setembre de 2008, sobre normes comunes per a l'explotació de serveis aeris a la Comunitat.[71] L'art. 16.1 d'aquest Reglament europeu, de fet, determina que podran imposar obligacions de servei públic en aquells trajectes «entre un aeropuerto situado en la Comunidad [Europea] y un aeropuerto que sirva a una región periférica o en desarrollo de su territorio o en una ruta de baja densidad de tráfico que sirva a un aeropuerto de su territorio, cuando dicha ruta se considere esencial para el desarrollo económico y social de la región servida por el aeropuerto».

La implementació de les obligacions de servei públic ha tingut una incidència ben evident en l'àmbit del transport aeri a les Illes Balears, però no ha afectat en res l'existència i l'aplicació del «descompte de resident». Per això, deixarem aquesta assumpte simplement apuntat, com un potencial tema d'estudi,[72] a fi que el relat cronològic que seguim en aquest treball sigui del tot complet.

---

[69] BOE núm. 175, de 23 de juliol. Aquest Acord seria modificat per l'Acord de 21 de febrer de 2014 (BOE núm. 63, de 14 de març).

[70] BOE núm. 55, de 5 de març. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement al núm. 55, de 5 de març.

[71] DOUE núm. 293, de 31 d'octubre.

[72] En la bibliografia, sobre aquest afer, mereixen ésser citats MONTERO PASCUAL, J. J. (coord.). *Financiación de las obligaciones de servicio público: ayudas públicas a las telecomunicaciones, televisión, correos y transporte aéreo, marítimo y terrestre.* València: Tirant lo Blanch - UNED, 2009; i GONZÁLEZ SANFIEL, A. M. *Las obligaciones de servicio público en el transporte aéreo*. Madrid: Iustel, 2010.

**IX. Les dues proposicions no de llei de la tardor de 2004 i les seves seqüeles: l'augment del «descompte de resident» fins al 50% (2005-2007)**

El setembre de 2004, el Grup Parlamentari d'Esquerra Unida i Els Verds presentà al Parlament de les Illes Balears una proposició no de llei[73] «relativa a transport marítim a Formentera».[74] D'aquesta manera, es pretenia «instar» la Cambra autonòmica «a establir les obligacions de servei públic a les línies marítimes entre Formentera i Eivissa» (apartat 1) i «a estudiar la viabilitat de les connexions marítimes directes de Formentera amb la Península i la possibilitat de demanar del Govern de l'Estat la declaració d'obligacions de servei públic per a aquestes línies» (apartat 3). Per altra banda, es proposava exhortar el Govern a garantir que «el mateix descompte que s'apliqui en cada moment a les tarifes del transport aeri» també regeixi per al marítim (apartat 2).[75] Aquesta proposició va ésser debatuda per la Comissió d'Ordenació Territorial del Parlament en la seva sessió de 20 d'octubre de 2004.[76] El Grup Parlamentari Popular votà en contra de l'apartat 1,[77] de manera que només resultaren aprovats els altres dos. Aleshores, el Parlament de les Illes Balears demanà formalment al Govern autonòmic que assegurés —com hem vist— «per a tots els ciutadans de les Illes Balears el mateix descompte que s'apliqui en cada moment a les tarifes del transport aeri per a les tarifes del transport marítim».[78]

[73] En la recent Sentència núm. 23/2015, de 16 de febrer (BOE núm. 64, de 16 de març), el Tribunal Constitucional ha recordat que «la relevancia de las proposiciones no de ley para el ius in officium de los representantes ha sido reconocida reiteradamente por la doctrina de este Tribunal, insistiendo en que se trata de una facultad que pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria y que se configura "como un instrumento para poner en marcha la función de impulso político y control del Gobierno, pero, también, como una vía adecuada para forzar el debate político y obligar a que los distintos Grupos de la Cámara y esta misma tengan que tomar expresa posición sobre un asunto o tema determinado» (FJ 7). En la doctrina, vegi's MUÑOZ ARNAU, J. A. «Las proposiciones no de ley». *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 3 (1997).

[74] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 55, d'1 d'octubre.

[75] Ibíd. núm. 55, d'1 d'octubre.

[76] *Diari de Sessions del Parlament de les Illes Balears* (Comissió d'Ordenació territorial) núm. 14, de 20 d'octubre.

[77] Ibíd. núm. 14, de 20 d'octubre. El diputat Joan Font i Rosselló argumentà la seva oposició que «encara, almanco a nosaltres, no queda molt clar si realment aquesta figura [l'obligació de servei públic] existeix o s'hi pot arribar».

[78] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 61, de 5 de novembre.

Simultàniament, a finals d'octubre de 2004, tant Coalició Canària[79] com el Partit Socialista[80] presentaren al Congrés dels Diputats sengles proposicions no de llei sobre el «descompte de resident». Tot i les divergències que s'observen en la seva redacció i el seu plantejament, ambdues proposicions se centraven en «instar» el Govern de l'Estat a aplicar un «increment progressiu» del «descompte» —que en aquell moment era del 33%— fins que assolís, l'any 2007, el 50%.

La proposició del Grup Parlamentari Socialista recordava que «los territorios extrapeninsulares, las Illes Balears y Canarias, así como las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, requieren una atención singularizada que palie las desventajas que, en términos de movilidad, impone su propia posición geográfica». Entre les «evidents desigualtats» que genera el fet de la insularitat, aquesta proposició destaca «los desmesurados precios de los transportes regulares de viajeros —marítimos y aéreos— y en algunos casos la deficiencia de los servicios por inexistencia de la competencia pertinente». Per això, amb el temps «se ha consolidado el establecimiento de la aplicación de una reducción subvencionada en las tarifas de los servicios regulares de transportes para viajeros a los ciudadanos españoles y de los restantes Estados miembros de la Unión Europea, residentes en dichas islas y Ciudades Autónomas».[81] Ara bé, concloïa aquesta mateixa exposició de motius, «la subida del precio de los billetes, tanto en el transporte aéreo como marítimo, ha sido una constante desde hace años. Debido a ello, desde hace tiempo, dicha bonificación resulta insuficiente para paliar los altos costes que los citados ciudadanos y ciudadanas deben afrontar derivados del transporte, lo cual, además de significarles importantes desventajas, dificulta el camino hacia una verdadera cohesión social y el equilibrio adecuado y justo de los diferentes territorios de España». Per això, en definitiva, ambdós grups parlamentaris —com queda dit— proposaven que, de «forma progressiva», es procedís a revisar i augmentar el «descompte de resident».[82]

---

[79] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie D) núm. 90, de 22 d'octubre.

[80] Ibíd. núm. 95, de 29 d'octubre.

[81] La proposició presentada per Coalició Canària afirmava que «se contribuye así a la consecución de un equilibrio económico, adecuado y justo, entre las diversas partes del territorio español, tal y como consagra la Constitución Española en su art. 138».

[82] Coalició Canària específicament demanava que es modifiqués, «mediante los instrumentos adecuados (presentando un Proyecto de Ley, dictando un Real Decreto Ley o modificando los Reales Decretos vigentes), la normativa actual con efectos de 1 de enero de 2005, sin perjuicio del incremento gradual hasta llegar al 50 por ciento del coste del transporte».

Totes dues proposicions serien debatudes acumuladament —per tenir «identitat d'objecte»— en la sessió plenària del Congrés dels Diputats celebrada dia 2 de novembre de 2004.[83] Durant la discussió,[84] el Grup Parlamentari Socialista retirà la seva proposició en haver arribat totes les formacions involucrades —en paraules del diputat canari Paulino Rivero— a «un gran acuerdo en materia de incremento de la subvención del transporte, tanto de mercancías como de pasajeros».[85] Així les coses, la proposició no de llei[86] finalment aprovada «instava» el Govern en el sentit següent:

«1. Aplicar a los ciudadanos/as residentes en Illes Balears, Canarias, Ceuta y Melilla un incremento progresivo de la subvención de las tarifas de los servicios regulares del transporte de viajeros, marítimos y aéreos, tanto con la península como para los interinsulares, hasta alcanzar en el año 2007 el 50%, a tenor de:

1 de enero de 2005: 38% (incremento del 5%).

1 de enero de 2006: 45% (incremento del 7%).

1 de enero de 2007: 50% (incremento del 5%).

2. Modificar la normativa vigente en la actualidad reguladora de las subvenciones al transporte de viajeros con el fin de hacer efectivo el apartado anterior en todos sus términos, con la antelación suficiente para que entre en vigor el día 1 de enero de cada ejercicio».

---

[83] *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Pleno) núm. 45, de 2 de novembre.

[84] En la seva intervenció, la diputada Maria Salom Coll recordà que «hace ya 15 días, en el Pleno de esta Cámara el Partido Popular presentó una proposición no de ley que proponía dos cosas importantes. En primer lugar, incrementar los descuentos en el transporte, tanto aéreo como marítimo, para que alcanzaran el 50 por ciento, con la posibilidad de que los gobiernos autónomos y las ciudades autónomas pudieran adelantar este dinero a partir del día 1 de enero del año 2005, con la condición de que cuando al Gobierno central tuviera a bien aprobar el 50 por ciento de descuento, retornaran estas cantidades a los gobiernos autónomos y ciudades autónomas. Hace 15 días, a esa iniciativa del Grupo Popular, Coalición Canaria y el Grupo Socialista votaron que no. Y como en sus territorios causó un mal ambiente, como causó una reacción negativa en los ciudadanos que viven en Canarias, en Baleares, en Ceuta y en Melilla, hoy traen aquí esta iniciativa». Ibíd. núm. 45, de 2 de novembre, pàg. 2015.

[85] Ibíd. núm. 45, de 2 de novembre.

[86] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie D) núm. 104, de 16 de novembre.

La proposició es referia també a «los costes de la insularidad para el transporte de mercancías» (apartat 3), demanant una reducció del 50%, i a la possibilitat d'«analizar las posibles rutas, en las que esté justificada la Declaración o revisión de Obligaciones de Servicio Público por motivos de evidentes deficiencias en los servicios por falta de competencia» (apartat 4).

*1. Primer increment (2005)*

El Govern de les Illes Balears modificà amb el Decret 101/2004, de 23 de desembre,[87] la subvenció complementària creada pel Decret 57/1999 per al «transport marítim regular en els desplaçaments interinsulars»: en concret, l'Executiu autonòmic subvencionaria un 23% addicional en aquests trajectes, a fi que tots els viatges tinguessin un «descompte de resident» del 38%.

Alhora, la disposició addicional 43a de la Llei 2/2004, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2005[88] tornà a autoritzar el Govern per actualitzar el «descompte de resident». Així les coses, el Reial decret 207/2005, de 25 de febrer,[89] mitjançant la modificació de l'art. 2.1 b) del Reial decret 1316/2001, incrementà la subvenció fins al 38%, amb l'excepció —novament— de les rutes marítimes interinsulars, que gaudirien d'un 15% de «descompte» al qual s'hauria de sumar la bonificació complementària actualitzada pel Decret 101/2004.

Mentre que aquesta última novetat no oferí dificultats, perquè —com hem vist— l'art. 4 de la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears, havia optat per regular «la reducció a les tarifes dels serveis de transport marítim i aeri per als trajectes interinsulars a l'arxipèlag balear» per remissió al percentatge aplicable «amb caràcter general als arxipèlags de l'Estat espanyol» (recordem, en aquest sentit, el Reial decret 1746/1998, de 31 de juliol); en tota la resta, l'art. 2.1.b) del Reial decret 1316/2001, després de la modificació que estem estudiant, entrà en una evident contradicció amb l'art. 3 de la Llei 30/1998, que havia fixat en un 33% el «descompte de resident» dels «trajectes directes entre les Illes Balears i la resta del territori nacional». Si bé és cert que el vigent art. 5 de la Llei 30/1998 autoritza el

[87] BOIB núm. 185, de 28 de desembre. Amb aquest Decret 101/2004, també es modificà el Decret 115/2000, de 21 de juliol, de règim de subvencions al transport marítim regular pels residents a l'illa de Formentera.

[88] BOE núm. 312, de 28 de desembre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement núm. 1, d'1 de gener de 2005.

[89] BOE núm. 50, de 28 de febrer.

Govern central, «després de consultar el Govern balear, perquè modifiqui la quantitat de les subvencions» i que el Reial decret 207/2005 fou aprovat en virtut de l'habilitació continguda en la disposició addicional 43a de la Llei 2/2004, no ho és menys que una norma de rang reglamentari —el precitat Reial decret 207/2005— que en contradiu una de rang legal —l'art. 3 de la Llei 30/1998— infringeix el principi de jerarquia normativa garantit per l'art. 9.3 CE.[90] El precepte no va ésser recorregut davant la jurisdicció contenciosa administrativa, que hauria estat l'única manera de posar de manifest aquesta antinòmia,[91] però la següent modificació del Reial decret 1316/2001 —com veurem més endavant— suprimí del seu contingut positiu la quantificació concreta del «descompte de resident», que a partir d'aleshores passaria a ésser regulada sempre per normes de rang legal.

Per altra banda, la disposició transitòria única del Reial decret 207/2005 estipulà que «el incremento de la bonificación de las tarifas se aplicará también a los viajes realizados entre el 1 de enero de 2005 y la fecha de entrada en vigor de este real decreto», això és: l'1 de març de 2005. «El Ministro de Fomento —agregava la mateixa disposició— determinará la forma conforme a la cual el incremento de la bonificación de las tarifas se aplicará a los servicios de transporte realizados entre las citadas fechas». En efecte, l'Ordre FOM/491/2005, de 2 de març,[92] establí una sèrie de «regles transitòries» sobre el particular: d'entrada, el primer paràgraf de l'art. 1 reconegué el dret dels residents a les Illes Balears, així com als altres indrets de l'Estat on s'aplica aquest «descompte», «que hayan utilizado servicios regulares de transporte aéreo o marítimo para los trayectos directos entre dichos territorios y el resto del territorio nacional, así como para los trayectos interinsulares aéreos y marítimos, entre el 1 de enero y el 1 de marzo de 2005», al reemborsament «de la diferencia de la bonificación hasta el 38 por ciento para los trayectos directos y aéreos interinsulares y hasta el 15 por ciento en los interinsulares marítimos, en los términos establecidos en el citado real decreto»; per exercitar-lo, la sol·licitud de reemborsament s'hauria de formular en un termini de tres mesos a comptar des del 4 de març de 2005 (art. 1, darrer paràgraf) presentant a l'empresa transportista,

[90] Aquest principi es concreta en la molt coneguda regla de l'art. 1.2 Cc: «Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior».

[91] El Consell d'Estat, en el brevíssim Dictamen núm. 200/2005, de 17 de febrer, no féu cap consideració sobre aquest problema.

[92] BOE núm. 54, de 4 de març.

juntament amb el document nacional d'identitat o la targeta de resident, la documentació del viatge realitzat o, si més no, les seves dades (art. 2.1).[93]

A més a més, el Reial decret 207/2005 també modificà l'àmbit d'aplicació del Reial decret 1316/2001 —és a dir, l'art. 1.1— a fi d'incloure-hi els ciutadans de la Confederació Suïssa, «en virtud de dos acuerdos específicos de 1999 suscritos entre la entonces Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y Suiza, por otra, que hacen posible que los ciudadanos de dicho país puedan ser también beneficiarios de las bonificaciones establecidas».

*2. Segon increment (2006)*

Seguint la mateixa tònica que l'any anterior, el Decret 130/2005, de 23 de desembre,[94] i la disposició addicional 36a de la Llei 30/2005, de 29 de desembre, de pressupostos penerals de l'Estat per a l'any 2006[95] augmentaren el «descompte de resident», com estava previst, fins al 45%. En el cas particular del transport marítim entre illes, la bonificació passaria a ésser del 22%, de manera que la subvenció autonòmica complementària —en virtut de l'art. 3 del Decret 57/1999, en la redacció donada pel Decret 130/2005[96]— es mantindria en el 23%.

Podem considerar, per cert, que la referida disposició addicional 36a de la Llei 30/2005 derogà tàcticament l'art. 3 de la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears,[97] resolent d'aquesta manera la confusa situació

[93] L'art. 2.3 de l'Ordre FOM/491/2005 contemplava la possibilitat que les empreses transportistes adoptessin «procedimientos de reembolso que permitan efectuar directamente la devolución de las cantidades que procedan, sin necesidad de solicitud previa por parte de los interesados, así como acreditar que se ha efectuado el reintegro al beneficiario».

[94] BOIB núm. 193, de 27 de desembre.

[95] BOE núm. 312, de 30 de desembre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement núm. 1, de 2 de gener de 2006.

[96] Aquest Decret també modificà la regulació autonòmica del «descompte de resident» —és a dir: el Decret 57/1999 i el Decret 115/2000— a fi que se'n beneficiessin «els ciutadans espanyols, dels altres Estats membres de la Unió Europea, dels Estats signants de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu i els de Suïssa residents a les Illes Balears». Tot i que, com hem vist, el Reial decret 207/2005 ja havia definit d'aquesta mateixa manera l'àmbit subjectiu d'aplicació del «descompte» en l'àmbit estatal, l'al·ludida disposició addicional 36a de la Llei 30/2005 també reiterà que la bonificació era aplicable «als ciutadans espanyols, als dels altres Estats membres de la Unió Europea, dels Estats pertanyents a l'Espai Econòmic Europeu i de Suïssa residents a Canàries, Balears, Ceuta i Melilla».

[97] Segons l'art. 2.2 Cc, en efecte, la derogació «se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior».

normativa creada pel Reial decret 207/2005 que hem explicat en l'epígraf precedent. A partir d'aquest moment, com queda dit, les ulteriors actualitzacions del «descompte de resident» passarien a ésser regulades sempre per normes de rang legal.

*3. Tercer increment (2007)*

Finalment, per acabar de donar compliment a la proposició no de llei aprovada al Congrés dels Diputats dia 2 de novembre de 2004, la disposició addicional 44a de la Llei 42/2006, de 28 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2007[98] elevà fins al 50% el «descompte de resident». Com que es mantingué, així mateix, l'excepció del transport marítim interinsular, la bonificació del qual quedà fixada en el 25%, el Govern de les Illes Balears hagué d'aprovar el Decret 105/2006, de 15 de desembre,[99] a fi d'actualitzar la subvenció complementària regulada pel Decret 57/1999 i, en el cas de Formentera, pel Decret 115/2000.

Un any més tard, per cert, la disposició addicional 44a de la Llei 51/2007, de 26 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2008[100] reiterà l'augment del «descompte de resident» fins al 50% precisant, en aquest cas, que en endavant tindria «vigència indefinida».

## X. La reforma del desenvolupament reglamentari

*1. El Reial decret 1340/2007, d'11 d'octubre*

El Reial decret 1340/2007, d'11 d'octubre,[101] fent valer novament les habilitacions concedides per l'art. 62 de la Llei 55/1999 i per la disposició addicional 19a de la Llei 14/2000,[102] modificà en profunditat la normativa reglamentària del

[98] BOE núm. 311, de 29 de desembre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement núm. 1, d'1 de gener de 2007.

[99] BOIB núm. 185, de 26 de desembre.

[100] BOE núm. 310, de 27 de desembre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement núm. 41, de 28 de desembre.

[101] BOE núm. 248, de 16 d'octubre.

[102] Així s'explica en el Dictamen del Consell d'Estat núm. 1626/2007, de 6 de setembre: «se trata de una norma que está legalmente habilitada por el artículo 62 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, y la disposición adicional 19ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y que, como se indica en el preámbulo del proyecto, en su memoria justificativa y en el informe de las Secretarías Generales Técnicas de los Ministerios de Fomento y de Economía y Hacienda, tiene por finalidad adecuar el texto de aquella norma a la realidad técnica de los sistemas de

«descompte de resident», això és: el Reial decret 1316/2001. En concret, mereixen ésser destacades les següents novetats:

- La plena compatibilitat del «descompte de resident» amb «la obtención de las bonificaciones establecidas para los miembros de las familias numerosas por sus normas especiales» (art. 1.3).
- L'eliminació de la quantificació concreta del «descompte» amb una nova regla que deixa clar que aquesta haurà de ser fixada sempre per una norma de rang legal: «la cuantía, legalmente establecida, de la bonificación de las tarifas en los servicios regulares de transporte aéreo y marítimo para residentes, se aplicará en los trayectos directos, ya sean de ida o ida y vuelta, entre las Comunidades Autónomas de Canarias, de las Illes Balears o las Ciudades de Ceuta y Melilla, con el resto del territorio nacional, respectivamente, así como en los desplazamientos interinsulares» (art. 2.1). També s'aclareixen, amb la reforma del mateix art. 2, diversos aspectes relatius a l'estructura de les tarifes que poden ésser objecte de la subvenció.
- La reformulació del sistema d'acreditació de la condició de resident:
  - Com a norma general, disposa l'art. 3.1 en el primer paràgraf, «el documento acreditativo de la residencia para los ciudadanos españoles será el documento nacional de identidad, y para los españoles menores de 14 años que no dispongan de dicho documento, el certificado del ayuntamiento en el que residan».
  - Com a norma especial, «para los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea o de los demás Estados firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o Suiza», en haver suprimit el Reial decret 240/2007, de 16 de febrer,[103] les targetes de resident, el seu document acreditatiu passa a ser «el certificado de registro expedido por el Registro Central de Extranjeros, que deberá en todo caso acompañarse del documento nacional de identidad o pasaporte en vigor» (art. 3.1, segon paràgraf).

  Tant en un cas com en l'altre, segons l'últim paràgraf del mateix art. 3.1, els al·ludits documents «sólo serán eficaces a los efectos de acreditación de la residencia, cuando estén en vigor y en ellos conste expresamente el domicilio de residencia que da derecho a la bonificación». Per això, l'art. 3.2

operación para la aplicación de las tarifas subvencionadas en cuestión, y a determinadas modificaciones normativas que se han sucedido desde su inicial promulgación».

[103] BOE núm. 51, de 28 de febrer.

contempla que, «si en el documento nacional de identidad acreditativo de la residencia para los ciudadanos españoles no consta el domicilio que da derecho a la bonificación, éste deberá presentarse acompañado de un certificado expedido por el ayuntamiento en el que los interesados tengan su residencia […] ajustado, en su caso, al modelo oficial de dicho ayuntamiento donde deberán llevar el oportuno registro de los mismos, a efectos de control y comprobación». El mateix precepte també adverteix que aquests certificats tindran una validesa de sis mesos d'ençà de la seva expedició.

- Finalment, tal i com llegim en el preàmbul del Reial decret 1340/2007, «la adaptación de la liquidación de las bonificaciones a los nuevos sistemas informatizados», a fi de donar compliment a les darreres normatives de la Unió Europea.[104] Per això es modificà en la seva integritat el capítol II —a saber: els art. 6, 7, 8 i 9— dedicat, com és sabut, al «transport aeri». Però, atès que en l'àmbit marítim ja existia l'Ordre FOM/2554/2006,[105] pel que fa al capítol III només es va haver de canviar l'art. 10.3, sobre l'expedició dels bitllets.

*2. La nova regulació de la subvenció autonòmica complementària: el Decret 43/2008, d'11 d'abril*

Al cap d'uns mesos, el Govern balear dictà el Decret 43/2008, d'11 d'abril, regulador de la bonificació a les tarifes dels serveis regulars de transport marítim interinsular per als residents a la comunitat autònoma de les Illes Balears.[106] Comença el preàmbul recordant que amb el Decret 57/1999 s'establí el suplement autonòmic del «descompte de resident», l'import del qual «es fixava com a complement de la bonificació establerta per l'Estat, fins a igualar-se amb la bonificació existent per als mateixos trajectes interinsulars en mode aeri. Aquest criteri d'equilibri de bonificacions entre modes competitius —segueix explicant el preàmbul del Decret 43/2008— s'ha mantingut sense interrupció en les modificacions successives del Decret esmentat, passant d'una bonificació

[104] En concret, s'explica al preàmbul, «desde la entrada en vigor del citado Real Decreto 1316/2001, se han producido modificaciones en el sistema de ventas y distribución de los billetes de transporte aéreo, disgregando los cargos por emisión del concepto único de tarifas aéreo, todo ello en virtud de la libertad de fijación de precios establecida en el Reglamento CEE del Consejo n.º 2409/1992 sobre tarifas y fletes de los servicios aéreos». Aquest Reglament comunitari ha estat substituït pel Reglament (CE) núm. 1008/2008, ja comentat.

[105] Dictamen del Consell d'Estat núm. 1626/2007, de 6 de setembre.

[106] BOIB núm. 56, de 24 d'abril.

autonòmica inicial del 23 per 100 quan la de l'Estat era del 10 per 100, fins a la del moment actual, del 25 per 100, coincident amb l'estatal». Així les coses, la necessitat de la nova normativa introduïda pel Decret 43/2008 rau, primer, en el fet que «la terminologia utilitzada de "subvencions" per referir-se a les reduccions tarifàries […] pot ser causa d'interpretacions equivocades i d'inseguretat jurídica amb relació a l'aplicabilitat de la regulació del Decret legislatiu 2/2005, de 28 de desembre, pel qual s'aprova el Text articulat de la Llei de subvencions;[107] de manera que convé aclarir la qüestió amb l'adopció d'una terminologia més adequada a la naturalesa d'aquestes bonificacions, que no són subvencions, sinó reduccions o bonificacions tarifàries de les quals es beneficia una col·lectivitat indeterminada d'usuaris i no les empreses navilieres prestadores dels serveis»; i, segon, que «en alguns aspectes [el Decret 57/1999] ha quedat desfasat», per la qual cosa cal escometre «la millora i l'actualització del text regulador».

Com que el Decret 43/2008 es troba actualment en vigor, val la pena que analitzem amb cert detall el règim jurídic d'aquesta «bonificació a les tarifes dels serveis de transport marítim regular de viatgers dins de l'àmbit territorial de la comunitat autònoma de les Illes Balears»:

- Els seus beneficiaris són «els ciutadans espanyols, els nacionals dels altres Estats de la Unió Europea i dels Estats signants de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu i de Suïssa, amb residència a les Illes Balears que utilitzin els serveis regulars de transport marítim de viatgers quan es tracti de trajectes interinsulars dins de l'arxipèlag balear» (art. 2, 1r paràgraf).
- De conformitat amb el mateix art. 2, 2n paràgraf, «en tot cas, aquesta bonificació és complementària de qualsevol altre règim de bonificació que hi hagi o hi pugui haver».
- L'art. 3 opta per canviar la complicada regla de càlcul utilitzada pel Decret 57/1999, que hem analitzat anteriorment, i estableix: «la quantia de la bonificació és del 25 per 100 de la tarifa corresponent al trajecte i acomodació de què es tracti en cada cas, el que sumat a la bonificació de la mateixa quantia a càrrec de l'Estat iguala la reducció tarifària per als usuaris del mode marítim amb l'existent per als usuaris del mode aeri».
- Els procediments aplicables, d'acord amb l'art. 4, «són els establerts amb caràcter general en el Reial decret 1316/2001, de 30 de novembre». En el benentès, és clar, que «les empreses navilieres prestadores dels serveis

[107] BOIB núm. 196, de 31 de desembre.

bonificats reben de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears l'import dels descomptes efectuats».[108]

- Per últim, com ja queda apuntat, la disposició addicional 2a exclou l'aplicació del «règim de la legislació de subvencions, de conformitat amb el que estableix l'article 2 del Decret legislatiu 2/2005, de 28 de desembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de subvencions». Aleshores, la bonificació regulada pel Decret 43/2008 és un dels supòsits de l'apartat 3 d'aquest art. 2, per la qual cosa s'ha de regir per la «normativa específica» que li resulta aplicable. Ben al contrari, per cert, que el «descompte de resident» pròpiament dit, les normes del qual es remeten contínuament —en paraules de l'art. 5.3 del Reial decret 1316/2001 *in fine*— a «la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones públicas».

## XI. Les innovacions del «descompte de resident» durant els anys 2012 i 2013

La disposició addicional 72a de la Llei 2/2012, de 29 de juny, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2012[109] incorporà, mitjançant l'apartat 2, una novetat molt rellevant en la regulació del «descompte de resident»: «a partir de l'1 de setembre [de 2012] —hi llegim— i amb efectes indefinits, la condició de resident a les Illes Canàries, Illes Balears i a Ceuta i Melilla, als efectes d'obtenció de la bonificació al transport regular de passatgers, marítim i aeri, s'ha d'acreditar mitjançant el certificat d'empadronament en vigor».[110] És a dir: es desféu tot el camí avançat d'ençà del Reial decret 1291/1999[111] per recuperar el model original de l'art. 2 del Reial decret

[108] És ben interessant, en aquest sentit, la disposició addicional 1a del Decret 43/2008, que obliga la Conselleria de Mobilitat a fer «un seguiment de l'evolució del nombre de títols de transport amb dret a bonificació, així com de l'import total de les bonificacions, i ha d'informar el Consell de Govern en el cas que es produeixin variacions importants que puguin donar lloc a una insuficiència de crèdit en la partida de despesa corresponent dels pressuposts generals de la Comunitat Autònoma, a l'efecte d'adoptar les mesures pertinents».

[109] BOE núm. 156, de 30 de juny. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement al núm. 156, de 30 de juny.

[110] Ara bé, el següent paràgraf del mateix apartat matisava que «reglamentàriament es poden establir altres mitjans per a l'acreditació de la condició de resident, en substitució del que preveu aquest apartat o com a addicionals d'aquest».

[111] Significativament, la disposició derogatòria 1a de la Llei 2/2012 derogà l'art. 62 de la Llei 55/1999, que —com hem vist en el seu moment— havia acceptat «l'acreditació de la

3269/1982. Tot i que amb una diferència important: es reconeixia, en clau de futur, la possibilitat d'acreditar la condició de resident per mitjans telemàtics. Així ho preveieren, en efecte, els paràgrafs ulteriors d'aquest mateix apartat:

> «Els òrgans gestors de la bonificació del Ministeri de Foment poden accedir als serveis de verificació i consulta de dades de residència de la Plataforma d'Intermediació del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques amb la finalitat de comprovar el compliment dels requisits per ser beneficiaris de la subvenció, sobre la base del que preveuen la Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, i el Reial decret 523/2006, de 28 d'abril, pel qual se suprimeix l'exigència d'aportar el certificat d'empadronament, com a document probatori del domicili i residència, en els procediments administratius de l'Administració General de l'Estat i dels seus organismes públics vinculats o que en depenen, amb les garanties que preveuen la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal, i la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària.
>
> Els òrgans gestors poden facilitar per via telemàtica a les agències, les companyies aèries o marítimes o les seves delegacions, que comercialitzin els títols de transport bonificats, la confirmació del compliment dels requisits per ser beneficiari de la subvenció».[112]

---

condició de resident mitjançant la utilització del document nacional d'identitat o un document equivalent per a ciutadans de la Unió Europea».

[112] L'apartat 1 de la disposició establia, com d'habitud, l'autorització al Govern «perquè, durant l'any 2012, modifiqui o si s'escau, reemplaci el règim actual de les subvencions al transport aeri i marítim per a residents a les illes Canàries, les Balears, Ceuta i Melilla, per un altre sistema de compensació. La modificació mai no pot suposar una disminució de l'ajuda prestada o un deteriorament en la qualitat del servei, ni un increment dels crèdits assignats a aquesta finalitat». Així mateix, estipulà que, «per un temps indefinit» i fins que es produís la modificació o el reemplaçament en qüestió, «s'han de bonificar les quanties dels bitllets sobre les tarifes, que han de ser prèviament comunicades a la Direcció General de la Marina Mercant, excepte la diferència respecte de les tarifes de butaca de classe superior o cabina ocupat per una sola persona». Sobre aquest punt, cal tenir també en compte que la disposició transitòria 8a de la Llei 2/2012, en l'apartat 1, concedí a les companyies navilieres un termini d'un mes a comptar des de l'entrada en vigor de la Llei (1 de juliol del 2012) «per prendre les accions oportunes conduents a les modificacions del sistema de bonificacions» que queden indicades. Al seu torn, l'apartat 3 de la disposició addicional que venim comentant reiterava la necessitat de respectar els respectius règims especials de les Canàries i les Illes Balears.

Així les coses, de conformitat amb l'apartat 2 de la disposició transitòria 8a de la Llei 2/2012, els beneficiaris del «descompte de resident» quedaren obligats —a partir de l'1 de setembre de 2012— a «acreditar documentalment el compliment dels requisits que estableix la normativa aplicable, mentre no es posin en funcionament els mecanismes que permetin l'accés dels òrgans gestors als serveis de verificació i consulta de dades del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques i aquests no puguin facilitar l'accés a la confirmació del compliment d'aquests requisits a les agències i companyies que comercialitzin títols de transport bonificats».

La veritat, emperò, és que aquesta nova regulació legal romangué vigent durant un brevíssim espai de temps, perquè la disposició derogatòria 4a de la Llei 17/2012, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2013[113] derogà, precisament, la disposició addicional 72a de la Llei 2/2012.[114] Ara bé, les novetats introduïdes per aquesta, juntament amb algunes altres que a continuació glosarem, foren condensades en la disposició addicional 13a de la Llei 17/2012:

- El «dret a obtenir bonificacions en les tarifes dels serveis regulars de transport marítim i aeri de passatgers», que fins aleshores gaudien —com ja sabem— «els ciutadans espanyols, així com els dels altres estats membres de la Unió Europea o d'altres estats signants de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu o de Suïssa […] que acreditin la seva condició de resident a les comunitats autònomes de les Canàries i les Illes Balears i a les ciutats de Ceuta i Melilla», es reconegué en virtut de l'apartat 1 d'aquesta disposició a dos nous col·lectius, a saber, els seus «familiars nacionals de tercers països beneficiaris del dret de residència o del dret de residència permanent i els ciutadans nacionals de tercers països residents de llarga durada»[115]. Això no obstant, l'eficàcia d'aquest reconeixement es postergà fins l'1 d'abril de 2013, segons l'apartat 7 de la mateixa disposició addicional.

[113] BOE núm. 312, de 28 de desembre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement al núm. 312, de 28 de desembre.

[114] També derogà, per motius obvis, la seva disposició derogatòria 8a, així com també la disposició addicional 1a de la Llei 33/1987 i la disposició addicional 44a de la Llei 51/2007, ambdues comentades en altres passatges d'aquest estudi.

[115] El segon paràgraf de l'apartat 1 de la disposició que estudiem precisà que «el dret de residència dels familiars de ciutadans d'estats membres de la Unió Europea o d'un altre estat part en l'Acord de l'Espai Econòmic Europeu s'ha d'acreditar de conformitat amb el Reial decret 240/2007, de 16 de febrer, sobre entrada, lliure circulació i residència a Espanya de ciutadans dels estats membres de la Unió Europea o d'un altre estat part en l'Acord de l'Espai Econòmic Europeu. El dret de residència de llarga durada dels nacionals de tercers països a

- Els apartats 2 (transport marítim) i 3 (transport aeri) de la disposició mantingueren la quantia del «descompte de resident» en el 50% excepte en el cas dels trajectes entre illes per mar, que només estarien subvencionats fins al 25%. Tant en un cas com en l'altre, però, es concedí al Ministeri de Foment una autorització per «fixar mitjançant una ordre ministerial les quanties màximes bonificables»; en el cas del transport aeri, aquesta fixació s'hauria de fer «distingint entre els diferents mercats afectats».[116] D'aquesta manera, s'establí també en aquestes normes, «la part de la tarifa que superiles esmentades quanties màximes no és objecte de bonificació. Quan la tarifa sigui inferior a la quantia màxima bonificable per al càlcul de la bonificació s'ha d'aplicar a l'esmentada tarifa la bonificació corresponent».[117]
- L'apartat 4 reiterà l'obligació d'acreditar la condició de resident per mitjà d'un certificat d'empadronament en vigor, que s'hauria d'ajustar —de conformitat amb l'apartat 6— als models previstos pel Reial decret 1316/2001, però els apartats 5 i 6 introduïren noves regles que concretaren la possibilitat d'acreditació per via telemàtica que ja havia contemplat —sense entrar-hi de ple— la disposició addicional 72a de la Llei 2/2012:
    - En primer lloc, es preveié que «els òrgans gestors de les bonificacions del Ministeri de Foment poden accedir als serveis de verificació i

---

què es refereix el paràgraf anterior s'ha d'acreditar de conformitat amb el que preveu la Llei orgànica 4/2000, d'11 de gener, de drets i llibertats dels estrangers a Espanya i la seva integració social i la seva normativa de desplegament».

[116] La Llei 8/2013, de 26 de juny, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes (BOE núm. 153, de 27 de juny; versió en català en el Suplement al núm. 153, de 27 de juny), a través de la disposició final 16a, agregà una important regla de càlcul per a aquests casos: «s'ha de deduir l'import corresponent a les prestacions patrimonials públiques a què es refereixen les lletres d), e) i f) de l'article 68.2 de la Llei 21/2003, de 7 de juliol, de seguretat aèria, amb independència que hagin estat repercutides al passatger o no. A aquest efecte, les prestacions patrimonials esmentades han d'aparèixer desglossades a la documentació justificativa dels cupons de vol».

[117] Com afirmaria el Tribunal Constitucional en la seva Sentència núm. 164/2014, de 7 d'octubre, que analitzarem en detall més endavant, d'aquesta manera «se establece una diferencia en la base sobre la que se aplican los citados porcentajes, que no será ya la "tarifa", […] sino la "tarifa bonificable", magnitud distinta que supone una alteración sustancial en el cómputo de las subvenciones máxime cuando, en segundo lugar, la norma deslegaliza el establecimiento de la citada base o "tarifa bonificable", al permitir a un órgano ministerial (la Ministra de Fomento) la fijación, mediante orden ministerial, de las cuantías máximas bonificables por cada trayecto» (FJ 3).

consulta de dades d'identitat, domicili, residència, nacionalitat i règim d'estrangeria de la plataforma d'intermediació del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques amb la finalitat de comprovar el compliment dels requisits per ser beneficiaris de la subvenció i realitzar les funcions de control encomanades als esmentats òrgans».

- En segon lloc, es facultà els mateixos òrgans gestors per «facilitar per via telemàtica a les agències, a les companyies aèries o marítimes o a les seves delegacions, que comercialitzin els títols de transport bonificats i ho sol·licitin, la confirmació del compliment dels requisits per ser beneficiari de la subvenció».[118]
- En tercer lloc, «quan el compliment dels requisits exigits per ser beneficiari d'aquestes subvencions no es pugui acreditar a través de la plataforma d'intermediació de conformitat amb el que preveu l'apartat cinc, els esmentats requisits s'han d'acreditar per qualsevol dels mitjans previstos en la normativa d'aplicació».

Entre finals de 2013 i principis de 2014 es produí el supòsit litigiós que seria resolt pel Jutjat Mercantil núm. 1 de Palma en la seva Sentència núm. 173/2014, de 16 de juny (judici verbal núm. 225/2014). Els demandants adquiriren conjuntament quatre passatges d'anada i tornada entre Palma i Madrid per als mesos de febrer i març de 2014; en aquesta adquisició, la condició de residència quedà comprovada satisfactòriament mitjançant el SARA, això és: el Sistema d'Acreditació de Residència Automàtic implementat pel Ministeri de Foment d'acord amb la disposició addicional 72a de la Llei 2/2012 i els seus ulteriors desenvolupaments, com acabem de veure. Després del vol d'anada, emperò, els demandants no poden viatjar el dia previst per a la tornada, de manera que han d'adquirir uns nous bitllets per al trajecte entre Madrid i Palma directament a l'aeroport. En el moment de la compra —detalla el relat de fets provats de la Sentència—, «el personal de la compañía […] requirieron la exhibición de la documentación acreditativa de la residencia a los 4 demandantes, ante lo cual éstos alegaron que no debían hacerlo puesto que ya lo habían efectuado en la anterior transacción y que en todo caso podían hacerlo a través del sistema SARA […]. Finalmente la compañía, ante la falta de acreditación de la condición de residentes, procedió a cobrar el importe íntegro de la tarifa, la

[118] El darrer paràgraf de l'apartat 5 recordà, sobre els aquest punt i l'anterior, que «la cessió de dades […] i el seu tractament no requereix el consentiment dels interessats ni requereix informar-los sobre l'esmentat tractament, de conformitat amb el que preveuen, respectivament, els articles 11.2, lletra a), i 5.5 de la Llei orgànica 15/1999, de protecció de dades».

cual ascendió, en total por los cuatro pasajeros, a la cantidad de 1.143,88 €. En base a ello los actores reclaman la diferencia del importe pagado con el precio bonificado a que tendrían derecho, por importe de 522,50 €, más una cantidad suplementaria de 725 € en concepto de daños morales» (FJ 1). El Jutjat desestima totalment la demanda després d'efectuar, entre d'altres, aquestes dues reflexions:

- «Si el pasajero no acredita la condición de residente en la forma legalmente prevista, no puede exigir e imponer el beneficio económico, y si ya se le hubiese aplicado deberá abonar la diferencia. En modo alguno la norma implica que no presentar la documentación acreditativa supone dejar de ser residente. Lo que impone la legislación es que, para acceder a determinados beneficios económicos relacionados con la residencia insular, debe acreditarse documentalmente, en la forma oficial, esa situación personal de residencia. De esta manera el residente, si lo acredita podrá viajar con bonificación, pero si no lo hace, podrá viajar de igual forma pero sin poder disfrutar de ese beneficio económico» (FJ 3).
- «La condición de residente debe acreditarse en todos y cada uno de los vuelos que se efectúen disfrutando de esos beneficios, sin que la previa acreditación en uno de ellos exima el tener que hacerlo en los posteriores. Con independencia de estar o no vinculados por una misma reserva». Per això, «si se trata de billetes en los que no existe vinculación, […] esa acreditación recobra mayor importancia, al quedar desvinculada de la compra anterior» (FJ 4).

El Jutjat culmina el seu raonament recordant que «el sistema SARA, dependiente del Ministerio de Fomento, que no de las compañías, es un instrumento en el que se puede verificar la condición de residente, en el bien entendido que si consultado el sistema refiere que no consta la condición de residente, el pasajero tiene la obligación de mostrar la documentación acreditativa al tiempo de sacar la tarjeta de embarque o al acceder al avión […]. Es carga del pasajero la de aportar en todo momento los documentos que permitan comprobar que se es residente si se quiere disfrutar de los beneficios económicos del descuento de residencia. Un descuento que se aplica a los pasajeros en su condición de residentes en las Islas Baleares, para compensar la insularidad, que corre a cargo del erario público y que no supone un beneficio para las compañías aéreas. Por lo tanto, la aplicación del mismo debe ser objeto de un especial cuidado y mesura, restringiéndola a los casos en que realmente se cumplan los requisitos impuestos por la normativa vigente» (FJ 4).

*1. Les «modificacions puntuals» del Reial decret llei 1/2014, de 24 de gener*

Començant l'any 2014, l'art. 4 del Reial decret llei 1/2014, de 24 de gener, de reforma en matèria d'infraestructures i transport, i altres mesures econòmiques,[119] introduí una sèrie de «modificacions puntuals» en el novíssim règim jurídic del «descompte de resident» contingut en la disposició addicional 13a de la Llei 17/2012. «Mantenint les bonificacions vigents», llegim al preàmbul de la norma de referència, «es reforcen les mesures de control per assegurar una gestió adequada i un control eficaç de les subvencions, evitar conductes fraudulentes i facilitar-ne la comprovació per part de les administracions competents. A més, s'introdueixen mesures que faciliten l'acreditació del compliment dels requisits per accedir a aquestes subvencions i s'imposa a les companyies aèries i marítimes l'obligació d'integrar-se en els sistemes telemàtics per a la comprovació d'aquests requisits».[120]

En efecte, la primera «modificació puntual» del Reial decret llei 1/2014 va ésser recuperar «el document nacional d'identitat o passaport en vigor» com a «document acreditatiu» de la residència «per a ciutadans espanyols, dels Estats membres de la Unió Europea o dels altres Estats signants de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu o Suïssa».[121] La nova regla general fou acompanyada d'una precisió important per al «cas que telemàticament s'hagi constatat que el passatger compleix

[119] BOE núm. 22, de 25 de gener. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement al núm. 22, de 25 de gener.

[120] El mateix preàmbul afegia encara, a fi de justificar la concurrència del pressupòsit habilitant de l'art. 86.1 CE, que «les raons de necessitat extraordinària i urgent que justifiquen l'adopció d'aquestes mesures mitjançant un reial decret llei es concreten en la necessitat de reforçar el control dels fons públics, millorant l'eficiència en la seva gestió, sense que el fet que no tinguin un efecte immediat alteri la concurrència de les circumstàncies esmentades atès que, en tot cas, és necessari que les companyies aèries i marítimes i les agències disposin d'un termini mínim per adaptar els seus procediments i sistemes informàtics a les noves exigències. Aquest termini, no obstant això, es redueix al mínim imprescindible per permetre l'adaptació esmentada i assegurar la correcta implementació i integritat d'aquest sistema telemàtic en tots els canals de venda». El termini en qüestió fou establert, com veurem, per la disposició transitòria 1a del Reial decret llei 1/2014.

[121] Ara bé, «en el cas dels familiars de ciutadans d'Estats membres de la Unió Europea o d'un altre Estat part a l'Acord de l'Espai Econòmic Europeu i els ciutadans nacionals de tercers països residents de llarga durada, la seva identitat s'ha d'acreditar mitjançant la targeta espanyola de residència de familiar de ciutadà de la Unió o d'identitat d'estranger en la qual ha de constar la seva condició de resident de llarga durada, respectivament. Els documents esmentats han d'estar en vigor».

les condicions per ser beneficiari de la subvenció»: en aquestes circumstàncies, el passatger «pot acreditar la seva identitat en el mode aeri a través dels mateixos mitjans que els passatgers sense dret a bonificació» i no pot ésser obligat a «acreditar la condició de resident ni en la facturació ni en l'embarcament».

Aquesta rellevant novetat només és comprensible a la llum de la segona «modificació puntual» implementada pel Reial decret llei 1/2014, a saber: la integració i la utilització del «sistema telemàtic d'acreditació de la residència dels sistemes d'emissió de bitllets», que la disposició addicional 13a de la Llei 17/2012 en origen havia contemplat com a facultatives, esdevenen «obligatòries per a totes les companyies, aèries o marítimes, que emetin bitllets aeris o marítims subvencionats per raons de residència en territoris no peninsulars, en tots els seus canals de venda».[122] Com queda apuntat, però, la disposició transitòria 1a del Reial decret llei 1/2014, «per assegurar la correcta implementació i integritat del sistema telemàtic […] en tots els canals de venda de bitllets bonificats», concedí a «les companyies aèries, marítimes i els seus agents […] un període transitori fins a l'1 de novembre de 2014 per adaptar-se».[123]

### *2. La Sentència del Tribunal Constitucional núm. 164/2014, de 7 d'octubre*

La disposició addicional 13a de la Llei 17/2012 va ésser recorreguda pel Parlament de Canàries davant el Tribunal Constitucional, que resolgué l'assumpte en la seva Sentència núm. 164/2014, de 7 d'octubre.[124]

El cas presenta evidents similituds amb el recurs d'inconstitucionalitat decidit per la Sentència núm. 67/2005, de 17 de març, que hem comentat en l'epígraf IV. En efecte, el Parlament canari novament «considera […] vulnerados el art. 46,

[122] Per tal de fer efectiu aquest canvi, el mateix Reial decret llei 1/2014 introduí noves normes en relació amb la liquidació mensual dels bitllets bonificats, la documentació justificativa de la subvenció, la formalització dels comunicats d'incidents, els sistemes de registre, el deure de conservació d'informació i documentació, les tipologies de passatges exclosos del «descompte de resident» i, per últim, el mecanisme de verificació de les liquidacions sol·licitades per les companyies marítimes amb la relació dels embarcaments realment produïts en ports.

[123] En el supòsit particular de «la incorporació a un mercat subvencionat d'una nova companyia de transport regular aeri o marítim», segons el mateix art. 4.2 del Reial decret llei 1/2014, la companyia en qüestió podria «emetre bitllets aeris o marítims amb dret a subvenció, sense necessitat de fer ús del sistema telemàtic, durant un màxim de tres mesos fins a la implantació efectiva del sistema esmentat en tots els seus canals de venda».

[124] BOE núm. 262, de 29 d'octubre, Suplement del Tribunal Constitucional.

apartados 3 y 4, del Estatuto de Autonomía de Canarias […] y la disposición adicional tercera de la Constitución, porque entiende que la norma impugnada se aprobó sin el preceptivo informe del Parlamento de Canarias que debería haber antecedido a la aprobación de dicha ley estatal», en la mesura que aquesta produeix «una modificación del régimen económico y fiscal de Canarias tanto formal, como sustantiva» (antecedent 1r).

Després d'una breu argumentació, l'Alt Tribunal arriba a la conclusió que, «efectivamente, la disposición adicional decimotercera de la Ley 17/2012 regula las subvenciones al transporte en términos divergentes de los contenidos en la citada Ley 19/1994».[125] Per això, prossegueix el seu raonament, «y con independencia de que la disposición impugnada suponga un incremento o una disminución de las citadas subvenciones, lo relevante es que modifica en los términos expuestos el régimen jurídico de las subvenciones al transporte, integrante del régimen económico y fiscal de Canarias, por lo que habría sido preciso el cumplimiento de la garantía procedimental prevista en la disposición adicional tercera CE y en el art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias. Nada impide al Estado modificar el régimen jurídico de las subvenciones al transporte, como hemos reiterado, no siendo ni siquiera precisa la aquiescencia de la Comunidad Autónoma de Canarias (a través de su Parlamento), sino meramente su participación, a través de la audiencia o el informe, que no son vinculantes pero sí tienen carácter preceptivo.

A partir de lo anterior declaramos que la disposición adicional decimotercera de la Ley 17/2012 es contraria a la disposición adicional tercera de la Constitución y al art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias y, por tanto, inconstitucional y nula».

Ara bé, el Tribunal Constitucional «modula» aquest pronunciament per dues vies diferents: primer, «dado que la norma impugnada se refiere, de forma conjunta, a las subvenciones al transporte "para residentes en Canarias, Baleares, Ceuta y Melilla", la citada declaración de inconstitucionalidad y nulidad debe limitarse a lo que de esta norma se refiere a los residentes en Canarias»; segon, «la nulidad derivada de la declaración de inconstitucionalidad debe quedar diferida por el plazo de un año a partir de la publicación de esta sentencia, periodo de tiempo en el que se deberá

[125] Es refereix a la Llei 19/1994, de 6 de juliol, de modificació del règim econòmic i fiscal de Canàries (BOE núm. 161, de 7 de juliol). L'art. 6 d'aquesta Llei regula la «reducción en las tarifas de los servicios regulares del transporte de viajeros», i preveu en el seu apartat 2 —tal i com també fa l'art. 5 de la Llei 30/1998— que qualsevol canvi que introdueixi el Govern de l'Estat en la configuració del «descompte de resident» s'haurà de realitzar «oído el Gobierno de Canarias».

proceder a sustituir las normas declaradas nulas una vez observado el procedimiento constitucional del informe previo emitido por el poder legislativo de la Comunidad Autónoma de Canarias».[126] (FJ 3)

Així les coses, dins el termini concedit per l'Alt Tribunal, mitjançant la disposició final 10a de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic,[127] el legislador procedí de la manera indicada en la Sentència núm. 164/2014: substituí l'originària disposició addicional 13a de la Llei 17/2012 per una nova norma que, abans d'ésser aprovada, fou informada pel Parlament de Canàries.[128] Les novetats

[126] Aquest curiós expedient de la «nul·litat en diferit» —que ja s'havia aplicat en l'anterior Sentència núm. 164/2013, de 26 de setembre (BOE núm. 254, de 23 d'octubre), «ante otro caso de incumplimiento de la misma garantía procedimental»— es justifica per l'Alt Tribunal com «una excepción a la nulidad inmediata que, como regla y de acuerdo con el art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, sigue a un pronunciamiento de inconstitucionalidad, para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional como los derechos de los destinatarios de las subvenciones que se verían directamente perjudicados si la norma fuera declarada nula de forma inmediata». Aquesta solució, per tant, ha de servir «para cohonestar por un lado la exigencia procedimental del informe previo de la Comunidad Autónoma de Canarias, que viene establecida directamente por la Constitución, y, por otro, los intereses de los destinatarios de la norma, que podrían experimentar un perjuicio derivado de vacíos normativos». La Secció 5a de la Sala Tercera del Tribunal Suprem ha analitzat la «nul·litat en diferit» en la recent Sentència núm. 539/2017, de 29 de març (recurs contenciós administratiu núm. 47/2014): «pese a que desde la perspectiva de nuestro derecho interno una solución de esta naturaleza puede resultar extravagante, dado que en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de nulidad de pleno derecho […] se ha vinculado a la idea de invalidez radical ex tunc, es lo cierto que la suspensión de los efectos de una declaración de invalidez de un acto o normativa […] no resulta inusual en el ámbito de la justicia comunitaria» (FJ 13); també cita jurisprudència del TC en aquest mateix sentit (FJ 14). En la doctrina, han tractat la qüestió DÍAZ REVORIO, F. J. «Tipología y efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español», en FERRER MAC-GREGOR POISOT, E.; ZALDÍVAR LELO DE LARREA, A. (coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*. Mèxic: UNAM – IMDPC – Marcial Pons, 2008, tom V, pàg. 291-319 (pàg. 311-314); GÓMEZ CORONA, E. «El control de constitucionalidad de la ley en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional (1980-2008)». *Revista de Derecho Político*, núm. 74 (gener-abril de 2009), pàg. 263-288 (pàg. 278 i 279).

[127] BOE núm. 236, de 2 d'octubre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement al núm. 236, de 2 d'octubre.

[128] *Boletín Oficial del Parlamento de Canarias* núm. 273, de 30 d'agost de 2016.

incorporades d'aquesta manera són, en síntesi, dues: s'elimina la potestat del Ministeri de Foment per fixar «quanties màximes bonificables» i s'afegeix un apartat 13 segons el qual «el Govern ha de dictar les normes d'aplicació i desplegament de les bonificacions al transport, marítim i aeri, regular de passatgers».[129] De fet, en el seu al·ludit informe, el Parlament canari afirmà amb tota raó que «si bien […] la propuesta elimina los párrafos relativos a la posibilidad de fijación por la ministra de las cuantías máximas bonificables, mantiene el concepto de "tarifa bonificable", que es distinto al de "tarifa del servicio" […]. No se define en la nueva DA 13.ª que ha de entenderse por tarifa bonificable. Nada obsta, de aprobarse este nuevo concepto, que en el futuro se determine una tarifa bonificable que pueda ser inferior y que no se aplique el 50% de bonificación sobre el coste efectivo del billete. 4. El proyecto de modificación reincide, por tanto, desde el punto de vista sustantivo, en el mismo propósito que tenía la redacción originaria, esto es, […] [sustituir] la "tarifa del servicio" (coste real del billete para el residente canario) por la "tarifa bonificable" (coste que la Administración del Estado está dispuesta a subvencionar)». Per aquests motius, el dictamen de la Cambra autonòmica canària fou «desfavorable». Això no impedí, emperò, que les Corts acabessin aprovant el text informat, perquè —com s'havia encarregat de recordar el TC en la mateixa Sentència núm. 164/2014— «el informe exigido en la Constitución y la norma estatutaria, si bien es preceptivo, no es vinculante» [fonament jurídic 2n, apartat b)].

## XII. Les dues reformes frustrades del règim especial de les Illes Balears i la darrera actualització del «descompte de resident»

El novembre de 2015, els grups parlamentaris MÉS per Menorca, MÉS per Mallorca, Socialista i Podem Illes Balears presentaren al nostre Parlament autonòmic una proposició de llei de modificació de la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears.[130] El seu únic objecte consistia en modificar

[129] L'apartat 3 de la disposició final 18a de la Llei 40/2015 fixa l'entrada en vigor de la nova disposició addicional 13a de la Llei 17/2012 per a dia 2 d'octubre de 2015, sens perjudici que l'augment del «descompte de resident» —entre d'altres aspectes— segueixi tenint efectes des de l'1 de gener de 2013.

[130] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 21, de 20 de novembre. El Govern manifestà, aquell mateix mes de desembre, «el criteri favorable i la conformitat respecte de la presa en consideració de la proposició de llei esmentada». Ibíd. núm. 25, de 18 de desembre.

l'art. 4 de l'al·ludida Llei 30/1998 («Preus del transport marítim i aeri interinsular de viatgers») per tal de substituir, en els trajectes aeris, el «descompte de resident» per una «tarifa màxima universal de 30 euros en règim de declaració d'obligació de servei públic». Aquest canvi es posava damunt la taula, segons l'exposició de motius de la Proposició, perquè el «model aplicat al transport aeri, basat en la bonificació als viatgers residents a les Illes, s'ha demostrat a dia d'avui que és un model insuficient i ineficient per garantir el dret de mobilitat entre illes dels residents i, en canvi, actua com un fre a la reactivació econòmica que té com un dels motors principals el turisme».

El Ple del Parlament de les Illes Balears, en la sessió del 8 de març de 2016, acordà per assentiment la presa en consideració d'aquesta Proposició de llei.[131] Al cap d'uns mesos, dia 27 d'octubre, la Comissió de Turisme adoptà per unanimitat el dictamen elaborat sobre la Proposició[132] i, dia 15 de novembre, el Ple l'aprovà novament per assentiment, ordenant la seva remissió al Congrés dels Diputats.[133] Després d'aquest tràmit parlamentari,[134] la modificació proposada de l'art. 4 de la Llei 30/1998 quedà configurada en els termes següents:

---

[131] *Diari de Sessions del Parlament de les Illes Balears* (Ple) núm. 28, de 8 de març. L'acord de presa en consideració fou publicat en el *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 37, de 18 de març.

[132] *Diari de Sessions del Parlament de les Illes Balears* (Comissió de Turisme) núm. 25, de 27 d'octubre.

[133] *Diari de Sessions del Parlament de les Illes Balears* (Ple) núm. 57, de 15 de novembre. L'endemà, la Mesa del Parlament, d'acord amb la Junta de Portaveus, designà per a la defensa de la Proposició al Congrés dels Diputats els parlamentaris menorquins Nel Martí Llufriu, Damià Borràs Barber i Antoni Camps Casasnovas, la qual cosa es comunicà al Ple el dia 22 de novembre venidor. Vegi's el *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 72, de 18 de novembre, i el núm. 75, de 9 de desembre.

[134] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 74, de 2 de desembre. Vegi's, així mateix, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B), núm. 68-1, de 23 de desembre. Val a dir que, en aquesta versió definitiva, l'exposició de motius de la Proposició incorporà un nou paràgraf final: «per tot l'exposat, el Parlament de les Illes Balears, d'acord amb l'art. 185 del Reglament del Parlament de les Illes Balears —sobre la iniciativa legislativa davant el Congrés dels Diputats—, que desenvolupa el previst en els art. 87.2 de la Constitució Espanyola i 50.2 i 3 de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears, tramet aquesta proposició de llei de modificació de la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears, a la Mesa del Congrés dels Diputats perquè sigui admesa a tràmit i aprovada definitivament per les Corts Generals».

- En el transport marítim, la reducció de tarifes per «als ciutadans residents de les Illes Balears» —sense altres exigències— seguiria essent «l'aplicable amb caràcter general als arxipèlags de l'Estat espanyol» (art. 4.1).
- En el transport marítim, com queda dit, s'aplicaria «la tarifa màxima universal de 30 euros en règim de declaració d'obligació de servei públic» (art. 4.2). La mateixa, emperò, només esdevindria aplicable «una vegada aquesta declaració hagi estat informada positivament pels organismes competents en base als criteris de necessitat i adequació fixats en el marc que regula l'establiment de serveis aeris dins la Unió Europea». S'haurien de tenir en compte, a més a més, quatre «requisits mínims» establerts pel mateix art. 4.2:
  - Primer, la «tarifa màxima» per cada trajecte seria, en «preu final», de 30 euros, «incloses les taxes».
  - Segon, aquesta «tarifa màxima» tindria caràcter universal, o sigui, s'aplicaria «a tots els usuaris de cada una de les rutes establertes, amb independència del seu lloc de residència».
  - Tercer, es garantirien sempre «freqüències, capacitats i horaris adequats i suficients, que donin resposta a les necessitats de mobilitat entre les Illes, així com a l'accés a l'oferta de connectivitat que ofereix l'aeroport de Palma».
  - Quart, s'aplicarien sobre la «tarifa màxima» de referència «descomptes» als menors de 14 anys i a les famílies nombroses.
- El «descompte de resident» dels viatges per mar entre illes —que aleshores estava fixat en el 25% per l'apartat 2 de la disposició addicional 13a de la Llei 17/2012— seria augmentat fins al 50% (disposició addicional).
- Per raons òbvies, tan bon punt entrés en vigor la nova «tarifa màxima», quedaria «suspesa l'efectivitat» de l'apartat 3 de la mateixa disposició addicional 13a de la Llei 17/2012 «pel que fa als viatges entre illes a la comunitat autònoma de les Illes Balears» (disposició transitòria).

Aquesta Proposició seria admesa a tràmit pel Congrés dels Diputats,[135] però no arribà a prendre's en consideració per l'oposició que manifestà el Govern a la seva

[135] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B) núm. 68-1, de 23 de desembre. L'acord d'admissió a tràmit també es publicà en el *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 80, de 27 de gener.

tramitació en virtut de l'art. 134.6 CE,[136] el qual —com és prou sabut— estipula que «tota proposició o esmena que suposi un augment dels crèdits o una disminució dels ingressos pressupostaris requerirà la conformitat del Govern per tal de ser tramitada».

Aquelles mateixes dates, el març de 2017, arran d'una pregunta del diputat socialista Pere Joan Pons Sampietro, el ministre Íñigo de la Serna explicà la posició del Govern: «la modificación del régimen especial para Baleares en los términos contemplados en la Proposición de Ley en lo que se refiere a la tarifa plana para vuelos supone, y usted lo sabe, un importante aumento económico que no está contemplado en los actuales Presupuestos prorrogados y que, por tanto, impide su tramitación de acuerdo con lo establecido por la Constitución y por el Reglamento de esta Cámara». En la seva segona intervenció, l'actual titular del Ministeri de Foment recordà que «el 3 de enero [de 2017] me reuní yo personalmente con la presidenta del Gobierno balear en Palma de Mallorca y cerramos un acuerdo que hicimos público en relación con la tarifa plana, en tres sentidos. Uno, que íbamos a estudiar y a analizar la propuesta que venía del Gobierno balear. Dos, que la íbamos a remitir a la Comisión Europea, especialmente a la Dirección General de Competencia, para que evaluara su viabilidad. Y tres, que, en caso de que fuera favorable, íbamos a trabajar conjuntamente para la implantación de la tarifa plana. Y eso es lo que hemos hecho. La Dirección General de Aviación Civil recibió la propuesta del Gobierno balear, tal como habíamos acordado. En los meses de enero y febrero hemos estado analizando esa propuesta conjuntamente con los técnicos del Gobierno balear; de hecho, ese diálogo ha concluido en la necesidad de mejorar la propuesta inicial. Y en estos momentos el Ministerio de Fomento está esperando recibir la propuesta mejorada, de acuerdo con las conversaciones mantenidas. […] Cuando esté justificada, la enviaremos a la Comisión para recabar su posición, tal y como habíamos expresado públicamente».[137]

Immediatament, el mateix mes de març, els grups parlamentaris que havien formulat la Proposició original —així com el Grup Popular, El Pi-Proposta per les Illes Balears i el Grup Mixt— la presentaren de nou davant el Parlament, tot i que en la versió resultant de la tramitació que queda explicada.[138] En la seva sessió del

[136] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B) núm. 68-2, de 13 de març. Aquest acord fou pres per la Mesa dia 7 de març de 2017.

[137] *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* (Pleno) núm. 38, de 15 de març.

[138] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 90, de 31 de març. La Proposició novament presentada incorporava una lleu novetat pel que fa a la seva entrada en vigor, que es produiria «amb la primera Llei de pressuposts generals de l'Estat que sigui aprovada

2 de maig, després d'haver obtingut la preceptiva conformitat del Govern,[139] el Ple del Parlament decidí per assentiment prendre en consideració la Proposició[140] que seria objecte de tramitació directa, en lectura única i pel procediment d'urgència.[141] L'aprovació es verificà en la sessió plenària del 16 de maig —va ésser per assentiment i sense debat previ[142]— i a continuació es remeté la Proposició al Congrés dels Diputats,[143] on hauria d'ésser defensada pels mateixos tres parlamentaris menorquins que ja havien estat designats en l'anterior ocasió.[144] La Mesa de la Cambra baixa, en la reunió de dia 12 de juny de 2017, admeté a tràmit la Proposició del Parlament de les Illes Balears i acordà donar-ne trasllat al Govern.[145]

Entretant, la disposició addicional 128a de la Llei 3/2017, de 27 de juny, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2017[146] actualitzà, una dècada després de l'última vegada, el «descompte de resident». En concret, a partir del 29 de juny de 2017, la bonificació aplicable als viatges entre illes s'ha elevat, en el cas del transport marítim, fins al 50%, de manera que ha quedat igualat —com demanava la Proposició que venim estudiant— amb la subvenció dels trajectes amb la Península; i, en el cas del transport aeri, fins al 75%. Al seu torn, el «descompte» aplicable als viatges amb la Península roman situat, en ambdós supòsits, en el 50%.

---

després de la publicació al BOE de la modificació de la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears» (disposició final).

[139] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 93, de 28 d'abril.

[140] *Diari de Sessions del Parlament de les Illes Balears* (Ple) núm. 76, de 2 de maig, i núm. 78, de 16 de maig. L'acord de presa en consideració seria publicat en el *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 96, de 19 de maig.

[141] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 94, de 5 de maig, i núm. 98, de 2 de juny.

[142] *Diari de Sessions del Parlament de les Illes Balears* (Ple) núm. 78, de 16 de maig.

[143] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. núm. 98, de 2 de juny. Vegi's, així mateix, *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B) núm. 133-1, de 16 de juny.

[144] *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 96, de 19 de maig, i núm. 101, de 23 de juny.

[145] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B), núm. 133-1, de 16 de juny.

[146] BOE núm. 153, de 28 de juny.

Però, al tombant de l'estiu, a finals de setembre de 2017, el Govern tornà a oposar-se a la modificació de la Llei 30/1998 de conformitat amb l'art. 134.6 CE.[147]

## XIII. Conclusió: problemes actuals del «descompte de resident»

L'actualitat del «descompte de resident» s'ha fet palesa, novament, en ocasió de la reforma frustrada del règim especial de les Illes Balears que acabem d'explicar. Aquesta recent novetat ens ofereix un bon pretext per indicar els tres grans problemes que avui té pendents de resoldre aquesta importantíssima subvenció.

### *1. Les actualitzacions successives del «descompte de resident» enfront de les obligacions de servei públic*

L'infructuós intent de reformar la Llei 30/1998 ha servit perquè tots els partits polítics amb representació al nostre Parlament afirmessin amb rotunditat —com hem vist— que el «descompte de resident» no només és «un model insuficient i ineficient per garantir el dret de mobilitat entre illes», sinó que «actua com un fre a la reactivació econòmica que té com un dels motors principals el turisme». En el debat de presa en consideració del 8 de març de 2016, el diputat menorquí Nel Martí i Llufriu —que fou el primer en prendre la paraula— insistí que l'actual bonificació del transport «s'ha demostrat ineficaç, ineficient i insuficient per garantir uns preus accessibles per a tothom», perquè al llarg dels darrers anys «a mesura que augmentava el descompte de resident augmentava el preu del bitllet i, a més, ho feia a un ritme molt superior que l'IPC, anul·lant així completament la millora aconseguida».[148]

Unes crítiques tan dures i tan generalitzades mereixen una reflexió molt aprofundida sobre la qüestió, sobretot si tenim en compte —com s'observa en el quadre següent— que el «descompte de resident» no ha fet més que augmentar d'ençà la seva creació:

[147] *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, sèrie B) núm. 133-2, de 6 d'octubre.

[148] *Diari de Sessions del Parlament de les Illes Balears* (Ple) núm. 28, de 8 de març.

| Data | Norma | Transport aeri | | Transport marítim | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | Península | Entre illes | Península | Entre illes[149] |
| 01/01/1982 | Llei 46/1981, de 29 de desembre | 25% | 10% | 25% | 10% |
| 31/07/1998 | Llei 30/1998, de 29 de juliol | 33% | = | 33% | = |
| 29/08/1998 | RD 1746/1998, de 31 de juliol | = | 33% | = | = |
| 01/01/2005 | RD 207/2005, de 25 de febrer | 38% | 38% | 38% | 15% |
| 01/01/2006 | Llei 30/2005, de 29 de desembre | 45% | 45% | 45% | 22% |
| 01/01/2007 | Llei 42/2006, de 28 de desembre | 50% | 50% | 50% | 25% |
| 29/06/2017 | Llei 3/2017, de 27 de juny | = | 75% | = | 50% |

Les successives actualitzacions del «descompte de resident» —que no estan gaire enfora d'arribar al seu màxim possible— han demostrat que no acaben amb el problema, però tampoc no està gens clar que les obligacions de servei públic —que, com hem vist, és la solució promoguda des de la nostra Cambra autonòmica— siguin un remei adequat. D'entrada, s'hauria d'afinar més la proposta, tan jurídicament com econòmicament: qualsevol obligació d'aquesta classe té repercussions dins la Unió Europea en la mesura que pot impedir «la plena realització del mercat interior de l'aviació». Per això, seguim llegint en el preàmbul del Reglament (CE) núm. 1008/2008, norma essencialíssima en l'àmbit que ens ocupa, «las condiciones en que pueden imponerse obligaciones de servicio público deben estar definidas de forma clara e inequívoca, y los correspondientes procedimientos de licitación deben estar abiertos a la participación de un número suficiente de competidores» (considerant 11). Els nostres diputats autonòmics haurien de tenir present aquesta indefugible realitat. La inclusió, en el text de la Proposició de llei elevada dues vegades al Congrés, d'una referència al «marc que regula l'establiment de serveis aeris dins la Unió Europea» ha estat, sens dubte, una avanç en el bon camí, però tal vegada sigui necessari un replantejament més seriós

[149] El Decret 57/1999, de 28 de maig, creà una subvenció complementària per al transport marítim entre illes a càrrec del Govern de les Illes Balears. Per això, d'ençà del dia 4 de juny de 1999, en la pràctica, el «descompte de resident» aplicable a aquests viatges és el mateix que en els altres tres casos. Successivament, han modificat les quanties previstes per a aquesta bonificació autonòmica el Decret 101/2004, de 23 de desembre; el Decret 130/2005, de 23 de desembre, i el Decret 105/2006, de 15 de desembre. Per últim, el Decret 43/2008, d'11 d'abril, procedí a «la millora i l'actualització del text regulador», deixant derogat l'originari Decret 57/1999, de 28 de maig. Des de la Llei 3/2017, de 27 de juny, emperò, aquesta subvenció autonòmica complementària, per raons ben evidents, ja no s'aplica.

del tema. Al cap i a la fi, l'art. 95.3 de la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, atribueix al Consell de Ministres —i no a les Corts Generals— la competència per a «la declaració d'obligacions de servei públic en serveis de transport d'interès públic de competència estatal». Aleshores, potser seria millor reorientar l'estratègia cap al treball administratiu del Ministeri de Foment i de la Comissió Europea, abans de seguir insistint amb unes iniciatives legislatives que, de moment, semblen condemnades a quedar-se en fum de formatjada.

En aquest mateix sentit, tampoc no semblen prou ajustades a la realitat les abjuracions del «descompte de resident» que hem vist fer darrerament. En realitat, la irrupció de les declaracions d'obligació de servei públic —al tombant del corrent segle XXI— no ha pogut acabar amb aquesta subvenció que, tot i les seves mancances i les seves flaqueses, segueix essent útil encara que sigui, per a alguns, com un mal menor. La mateixa reforma del règim especial de les Illes Balears proposada pel nostre Parlament contemplava el seu manteniment en determinats casos i, de fet, les obligacions de servei públic que actualment estan declarades —en les rutes interinsulars (2003) i en els vols amb Madrid durant la temporada baixa (2012)— són compatibles amb l'aplicació del «descompte de resident». De la mateixa manera, si s'arriba a aconseguir l'obligació de servei públic per a tots els viatges aeris, assumint que «la tarifa màxima universal de 30 euros» és tan desitjable com impossible, és probable que s'hagi d'aplicar juntament amb la bonificació pròpia dels residents.

### *2. L'acreditació de la condició de resident i les seves conseqüències*

L'acreditació de la residència per al gaudi del «descompte» ha experimentat canvis rellevants d'ençà el seu establiment: en origen era precisa l'obtenció d'un certificat municipal d'empadronament, però després del Reial decret 1291/1999 passar a ésser suficient la mera exhibició del document nacional d'identitat. Al cap d'uns anys, el Consell d'Estat, en el Dictamen núm. 1626/2007, de 6 de setembre, emès preceptivament abans de l'aprovació del Reial decret 1340/2007, féu la següent observació: «debe recordarse que la acreditación de la residencia no es función natural del DNI (según su regulación vigente) y sí por el contrario surte esos efectos, por su propia índole, la certificación municipal de residencia». El Consell indicà fins i tot que «conviene reflexionar» sobre aquesta qüestió.

L'art. 1.2 del Reial decret 1553/2005, de 23 de desembre, pel qual es regula l'expedició del document nacional d'identitat i els seus certificats de signatura

electrònica,[150] estableix que «aquest document té suficient valor, per si mateix, per acreditar la identitat i les dades personals del seu titular que s'hi consignin». Entre aquestes «dades personals» hi ha el «lloc de domicili», segons l'art. 11.1, que s'ha d'acreditar —a la llum de l'art. 5.1 c)— mitjançant «certificat d'empadronament de l'Ajuntament on el sol·licitant tingui el domicili, expedit amb una antelació màxima de tres mesos a la data de la sol·licitud». De fet, per tant, el DNI acredita el lloc de domicili o residència del titular en el moment de la seva expedició, però no contempla els canvis que experimenti durant el període de validesa del document, que en circumstàncies normals serà d'una dècada (art. 6.1.b). Precisament per això, l'art. 3.3 del Reial decret 1316/2001 disposa que l'exhibició del document nacional d'identitat als efectes d'acreditar la residència «se entenderá como declaración de responsabilidad del beneficiario sobre la vigencia de sus datos y su condición de residente».

El Consell d'Estat, com hem vist, proposa com a alternativa la «certificació municipal de residència», que sí compleix la funció —afirma— d'«acreditació de la residència». Certament, l'art. 16.1 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local[151] és molt clar en el sentit que «El padró municipal és el registre administratiu on consten els veïns d'un municipi. Les seves dades constitueixen prova de la residència al municipi i del domicili habitual en aquest. Els certificats que s'expedeixin d'aquestes dades tenen caràcter de document públic i fefaent per a tots els efectes administratius». Aquestes regles es fonamenten, per una banda, en l'obligació de «qualsevol persona que visqui a Espanya» —segons el primer paràgraf de l'art. 15— d'inscriure's «al padró del municipi en el qual resideixi habitualment»; i, per l'altra, en la responsabilitat dels ajuntaments —d'acord amb l'art. 17.2— de realitzar «les actuacions i operacions necessàries per mantenir actualitzats els padrons de manera que les dades contingudes en aquests concordin amb la realitat». La jurisprudència de l'ordre contenciós-administratiu insisteix des de fa anys en què «es requisito preciso […] para estar dado de alta en el Padrón de un municipio el tener la residencia habitual en él, y, en caso de que se resida en varios municipios, que sea en él en que se habite durante más tiempo al año. No siendo admisible […] que "se inscriban como vecinos en el Padrón de un

[150] BOE núm. 307, de 24 de desembre. Seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement núm. 24, de 30 de desembre.

[151] BOE núm. 80, de 3 d'abril. Aquest article va ser modificat per la Llei 4/1996, de 10 de gener (seguirem la versió catalana oficial, publicada en el Suplement retrospectiu núm. 18, de 1996).

determinado municipio quienes durante la mayor parte del año residan en una localidad distinta, sin que pueda justificarse la inscripción por el mero hecho de tener casa abierta, disfrutar allí de sus vacaciones o acudir a la localidad los fines de semana, o […] por el mero hecho de tener una propiedad"».[152] En el marc de l'actual Reglament de població i demarcació territorial de les entitats locals (Reial decret 1690/1986, d'11 de juliol[153]), els ajuntaments disposen de dos mecanismes fonamentals per garantir la plena concordança del padró amb la realitat del veïnatge local: el control de les sol·licituds d'alta en cas de canvi de residència (art. 70) i les baixes d'ofici (art. 72). Ara bé, segons la jurisprudència majoritària, a l'hora de demanar l'alta no és necessària «una justificación de esa efectiva residencia», sinó que basta «la simple voluntad o ánimo de residir en el municipio habitualmente o durante la mayor parte del año […] expresada por el simple hecho de la solicitud», a la qual només es poden exigir «justificaciones razonables». Així, per exemple, no es pot denegar una alta «en la simple certeza del Alcalde exenta de toda prueba objetiva en el expediente de que los actores sólo residen en el municipio en temporadas vacacionales y algunos fines de semana. Todo ello sin perjuicio naturalmente que pudiera acordarse posteriormente la baja en el padrón si los vecinos empadronados no cumplieran los requisitos de residencia habitual o durante la mayor parte del año».[154]

[152] FJ 2 de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Aragó de la Sala Contenciosa administrativa (Secció 1a) núm. 123/2014, d'11 de març (recurs d'apel·lació núm. 144/2011).

[153] BOE núm. 194, de 14 d'agost.

[154] FJ 4 de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Castella i Lleó de la Sala Contenciosa administrativa (Secció 1a) núm. 330/2004, de 10 de setembre (recurs contenciós-administratiu núm. 157/2003). Per a una visió més matisada, vegi's la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Aragó de la Sala Contenciosa administrativa (Secció 1a) núm. 517/2004, de 16 de juny (recurs contenciós-administratiu núm. 582/2003), el FJ 3 de la qual diu: «si bien, por regla general, en los supuestos de cambio de residencia, será suficiente con la solicitud de empadronamiento efectuada con el ánimo de residir de modo habitual o la mayor parte del año, bastando, pues, la declaración de voluntad del administrado para adquirir la condición de residente, porque normalmente al presentar la solicitud no habrá transcurrido el tiempo suficiente para evidenciar y demostrar objetivamente la residencia efectiva, ello no impide que, si ya en el momento de la solicitud de empadronamiento en un municipio resulta que el mismo no obedece realmente al deseo de establecer su residencia habitual en él, pueda ser denegado. En tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1995 declara que "el fraude de ley que puede comportar la inscripción en un padrón municipal en el que no tenga la residencia habitual, puede ser advertido en el acto por el que se inscribe

Aleshores, per tal que les certificacions d'empadronament compleixin amb fidelitat la seva funció —en paraules del Consell d'Estat— d'«acreditació de la residència», és precís que els ajuntaments de les Illes Balears exerceixin amb singular zel les «actuacions i operacions» que preveu l'art. 62.1 del Reglament de població i demarcació territorial de les entitats locals «para mantener actualizados sus padrones de modo que los datos contenidos en éstos concuerden con la realidad». Sobretot d'ençà que el Reial decret llei 1/2014, a fi d'aconseguir «una gestió adequada i un control eficaç» del «descompte de resident», establí com a obligatòria la utilització del SARA —que es nodreix justament de les dades del padró— fins al punt de preveure, com hem vist, que quan «telemàticament s'hagi constatat que el passatger compleix les condicions per ser beneficiari de la subvenció», no pot ésser obligat a «acreditar la condició de resident ni en la facturació ni en l'embarcament». En cas contrari, segons el propi Reial decret llei 1/2014, «el document nacional d'identitat o passaport en vigor» és el «document acreditatiu» de la residència «per a ciutadans espanyols, dels estats membres de la Unió Europea o dels altres estats signants de l'Acord sobre l'Espai Econòmic Europeu o Suïssa».[155]

En aquest sentit, és molt interessant la interpretació que feu, en un assumpte relatiu al «descompte de resident» succeït l'estiu de 2013,[156] el Jutjat Mercantil núm. 2 de Palma, en la Sentència núm. 273/2014, d'11 de novembre (judici verbal núm. 723/2013), del Reglament (CE) núm. 261/2004 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de febrer del 2004, pel qual s'estableixen normes comunes sobre compensació i assistència als passatgers aeris en cas de denegació d'embarcament i de

el interesado de no constar la circunstancia necesarias para la inscripción o, en su caso, previo expediente de revisión de oficio, o en vía de recurso"».

[155] És cert que la disposició addicional 72a de la Llei 2/2012 —seguint, en realitat, les indicacions del Consell d'Estat en el Dictamen núm. 1626/2007— restablí l'exhibició d'un certificat municipal d'empadronament com a requisit per a l'acreditació de la residència «amb efectes indefinits» a partir de l'1 de setembre del 2012, però aquest restabliment quedà derogat per l'al·ludit Reial decret llei 1/2014. Ben mirat, des del moment que les dades del padró són consultades a través del SARA, seria reiteratiu mantenir l'exigència del certificat.

[156] Els fets provats queden resumits d'aquesta manera: «la contratación de cuatro pasajes que habían de cubrir la ruta Palma-Sevilla-Palma con aplicación del descuento por razón de condición de residentes en las Islas Baleares de los pasajeros; que efectuado el embarque en el aeropuerto de salida [12 de julio] sin exhibición del certificado de residente, ésta le fue exigida para embarcar en el vuelo de regreso [22 de julio], contratando los pasajeros nuevos billetes ante la negativa de la demandada de utilizar el contratado» (FJ 2).

cancel·lació o gran retard dels vols. Segons el seu art. 3.2 a), en efecte, la denegació de l'embarcament «exige […] que el pasajero se presente con documentación inadecuada o no lo haga en las condiciones requeridas por el transportista aéreo.[157] En el documento emitido por la compañía por razón de la reserva del vuelo incorporado a la demanda no se hace saber al contratante más que debe presentar documento de validez oficial con foto para todos los pasajeros, no haciendo mención alguna a la necesidad de exhibir certificado de residente, no constituyendo éste documentación precisa para emprender el viaje, sino para la obtención del descuento de residente. Es más, en el supuesto de autos, se permitió a los pasajeros el embarque sin dichos documentos en el vuelo Palma-Sevilla, lo que, evidentemente, generó la confianza de que no era preciso, impidiendo con ello que realizaran las oportunas gestiones para evitar la situación con la que se encontraron al pretender embarcar en el vuelo de regreso. La conducta de la compañía demandada no es acorde con las normas del Reglamento que se aplica en tanto que denegó el embarque pese a que los pasajeros presentaron la documentación adecuada para emprender el viaje, obligándoles a adquirir nuevos pasajes en lugar de exigirles el abono del precio del billete que había sido objeto de bonificación o de efectuar la comprobación del requisito para aplicarlo […]. Esa conducta inadecuada de la demandada debe determinar, conforme al artículo 12 del Reglamento (CE) núm. 261/2004, su condena al abono de los segundos billetes adquiridos constando en las actuaciones que los pasajeros reunían la condición que permitía disfrutar del descuento aplicado» (FJ 2).

La normativa aplicable quan es produí aquest cas —a saber: la disposició addicional 13a de la Llei 17/2012, apartat 4, en la seva redacció original— exigia, com hem vist, un «certificat d'empadronament en vigor», el qual s'hauria hagut d'exhibir —a la llum de l'art. 6.1 del Reial decret 1316/2001— «abans de l'expedició del bitllet».[158] En aquest assumpte, emperò, ja s'utilitzà el SARA, si bé aleshores

[157] L'art. 3.2.a) del Reglament (CE) núm. 261/2014 disposa que els drets reconeguts pel mateix s'aplicaran als passatgers que disposin d'«una reserva confirmada en el vuelo de que se trate y […] se presenten a facturación […] en las condiciones requeridas y a la hora indicada previamente y por escrito (inclusive por medios electrónicos) por el transportista aéreo, el operador turístico o un agente de viajes autorizado».

[158] Aquesta norma ha estat aplicada per la Secció 3a de l'Audiència Provincial de Santa Cruz de Tenerife en la Sentència núm. 55/2010, de 5 de febrer (recurs d'apel·lació núm. 30/2010). L'Audiència qualifica de «negligente actuación» el capteniment de la treballadora d'una coneguda agència de viatges que, «a la hora de emitir […] los billetes de avión contratados por la parte actora», aplicà «el descuento por residencia en Canarias sin

encara no era obligatori. Per això, l'art. 6.3 del Reial decret 1316/2001 —que exigeix l'acreditació de la residència en el moment de la facturació, previ a l'embarcament— no resultava aplicable en la mesura que aquesta formalitat només és imperativa «cuando la emisión del billete aéreo se realice mediante registros electrónicos existentes en una base de datos que sustituyan al título de transporte en soporte papel, o mediante cualquier otro sistema de venta que no permita la confirmación de la residencia del titular en el momento de la expedición del billete ni la comprobación directa de los datos del documento original de residencia en el momento de la emisión».[159] No hi pot haver cap dubte al respecte després de la nova norma introduïda pel Reial decret llei 1/2014. Ara bé, més dificultats presenta la possibilitat —plantejada per la Sentència estudiada— de permetre, als passatgers que no acreditin correctament la residència, viatjar després d'haver procedit al «abono del precio del billete que había sido objeto de bonificación». Perquè, d'acord amb els art. 5.2 i 8.2 del Reial decret 1316/2001, quan «un pasajero que viaje con billete aéreo o pasaje marítimo bonificados no pueda demostrar su identidad y residencia o los datos no coincidan con el titular del billete o pasaje, no podrá efectuar el viaje correspondiente con dichos títulos de transporte». Tot i que no es pronuncia explícitament sobre el particular, des de la perspectiva adoptada pel Jutjat Mercantil núm. 2 de Palma, aquestes dues normes serien contràries al Regalament (CE) núm. 261/2004, de manera que procediria la seva inaplicació. En qualsevol cas, seria bo aclarir aquesta possible antinòmia.

---

cerciorarse de su efectiva procedencia». Així, «es claro […] que no obstante la mención en el talón de pago aportado […] a la aplicación del descuento de residente y la advertencia expresa y genérica […] de la obligación del pasajero de solicitar previamente la obtención del descuento de residente y de acreditarlo documentalmente», la treballadora de l'agència «no llegó a exigir la exhibición de la documentación justificativa de la aplicación de ese descuento, por lo que sólo a la demandada en su condición de agencia de viajes profesional puede ser imputable la indebida aplicación del repetido descuento». Tot i així, l'Audiència redueix de 1.134,23 a 202,50 euros la indemnització de danys i perjudicis a què havia estat condemnada l'agència en primera instància perquè «fue la parte actora quien con su propia actuación contribuyó a agravar tales perjuicios» (FJ 2).

[159] Fins i tot en aquest cas, d'acord amb el 3r paràgraf de l'art. 6.3, la companyia té el deure d'advertir «al pasajero que la utilización del billete está condicionada, en todo caso y de la forma indicada, a la acreditación de la residencia en el momento de la facturación previo al embarque».

*3. La necessitat d'una nova regulació del «descompte de resident»*

Una futura reforma de la Llei 30/1998, de 29 de juliol, del règim especial de les Illes Balears, seria l'ocasió idònia per solucionar la greu dispersió regulatòria que existeix avui en l'àmbit que ens ocupa: una trentena de disposicions, legals i reglamentàries, regulen o han regulat el «descompte de resident». Una tan desordenada successió de normes —perquè el legislador ha fet un ús erràtic de l'eina de la derogació— ha creat una situació de veritable inseguretat jurídica, la qual cosa perjudica tant la posició de les empreses interessades com els drets i els deures dels residents a les Illes Balears.

L'evident i natural rellevància dels aspectes econòmics del «descompte de resident», i tots els tecnicismes que implica la implementació del SARA, no hauria de dur a desatendre la seva regulació positiva. El Consell d'Estat, en el recent Dictamen núm. 381/2015, de 7 de maig, ha admès que, «en molts sectors», és normal que la complexitat de les normes aplicables hagi assolit «un nivel en el que solamente la combinación de una formación jurídica con, sobre todo, una elevada cualificación técnica permite al lector tener un conocimiento exacto del contenido de la regulación, su alcance y significado. Es probable que tal situación, que opera en detrimento de la cognoscibilidad del Derecho, sea consecuencia necesaria de la dificultad intrínseca de la materia regulada y que la cualificación técnica requerida sea predicable de quienes son los principales destinatarios de la norma. Pero estas circunstancias no deben conllevar la renuncia a la elaboración de disposiciones claras e inteligibles». Sobretot perquè, al final, les persones obligades a complir-les són la generalitat dels ciutadans i és per a ells, justament, que l'art. 9.3 de la Constitució garanteix el principi de seguretat jurídica, en virtut del qual «el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse».[160]

D'entrada, una disposició addicional d'una llei de pressuposts generals de l'Estat no és, en absolut, la ubicació adequada per a una matèria de tanta importància com el «descompte de resident». Es tracta d'un emplaçament normatiu inapropiat pel caràcter temporal d'aquest tipus de normes i per l'heterogeneïtat de les matèries que s'hi regulen. És en el títol I de la Llei del règim especial de les Illes Balears, com apuntàvem al principi, on s'hauria de dur a terme la refosa de tantes disposicions

[160] FJ 4 de la Sentència del Tribunal Constitucional núm. 46/1990, de 15 de març (Suplement del BOE núm. 85, de 9 d'abril).

avui disperses, de manera que s'aconseguís una normativa clara, precisa i segura, fàcil d'identificar pels ciutadans i senzilla de modificar pel legislador.

# COMENTARIS I NOTES

rjib16

# COMENTARIS I NOTES

## LES CLÍNIQUES JURÍDIQUES COM A FORMES D'INNOVACIÓ EDUCATIVA I EINES DE JUSTÍCIA SOCIAL

***Margalida Capellà i Roig***
Professora contractada doctora de dret internacional públic
Universitat de les Illes Balears

***Carlos Gómez Martínez***
President de la Secció 3a de l'Audiència Provincial de les Illes Balears
Coordinador de la Clínica Jurídica de la Fundació Monti-Sión Solidària

**I. Introducció. II. Què són les clíniques jurídiques. III. Clínica jurídica de la Universitat de les Illes Balears: cinc anys d'aprenentatge i servei. IV. Anàlisi d'una clínica jurídica: aliments i solidaritat.** *1. Distints sistemes de triatge dels casos. 2. El desenvolupament de l'entrevista. 3. El seguiment. 4. Els valors.* **V. Conclusions.**

**I. Introducció**

Les clíniques jurídiques són una forma innovadora d'ensenyament del dret i, alhora, una via que té l'acadèmia per donar un servei a la societat, contribuint a facilitar l'accés a la justícia. També serveixen per donar sortida al desig dels professionals d'actuar *pro bono*, és a dir, *pro bono publico* (pel bé públic) en benefici de persones menys privilegiades, en situació de vulnerabilitat social o marginades, o de les organitzacions no governamentals que treballen per a elles.

En aquestes clíniques jurídiques els estudiants, sota la direcció de professors i experts, i, en general en associació amb ONG i institucions sense ànim de lucre, participen en diverses activitats com ara són oferir assessorament legal, fer el corresponent seguiment, si cal, o divulgar els coneixements legals necessaris per exercir els drets de les víctimes. Aquesta doble naturalesa (educativa i social) i aquesta doble categoria de beneficiats (estudiants i usuaris de l'activitat d'una ONG) fan de les clíniques jurídiques una poderosa eina educativa i també de justícia social que s'està implantant progressivament en universitats espanyoles recollint l'experiència d'un model d'aprenentatge i servei que ens arriba amb l'aval d'universitats de tot el món, especialment del món anglosaxó.

La part d'aprenentatge del model clínic consisteix que l'alumnat d'una Facultat de Dret que participa en el treball de la clínica jurídica té l'oportunitat «d'aprendre a fer» per preparar-se per a la seva professió, i també de desenvolupar una actitud ètica, una formació en els valors que es deriven de la implicació en l'ajuda a les persones més vulnerables tot adquirint, al mateix temps, una visió real de fins a quin punt el dret pot contribuir a millorar la seva situació. Aquesta projecció social de les clíniques jurídiques es complementa amb l'oferiment d'un servei, que no consisteix només en un assessorament jurídic sinó que les persones que pertanyen als sectors més febles de la societat tenen l'oportunitat d'accedir a una ajuda jurídica gratuïta que és al mateix temps compromesa (ja que és prestada per alumnes i professionals que han triat voluntàriament fer aquesta tasca) i de qualitat (garantida per la participació de missers «sènior» amb experiència que actuen *pro bono*). L'orientació experta dels advocats fa d'aquesta pràctica una experiència protegida per als estudiants, i garanteix un bon nivell de servei legal per als usuaris.

Però hi ha també una part humana en la metodologia clínica jurídica que es desprèn d'aquest servei a les ONG que mereix destacar-se: és la garantia que la seva tasca no es limitarà a la tradicional «beneficència» sinó que, a més a més, apoderaran els usuaris per tal que puguin refer els vincles amb la societat i surtin de la situació de marginació. La clínica jurídica és, en definitiva, una garantia que la tasca de l'ONG envers els usuaris s'ajustarà a les exigències que es deriven del

respecte a la dignitat humana ja que no hi ha major reconeixement d'aquest valor cap a un demandant d'ajuda que tractar-lo com a titular de drets i facilitar-li els mitjans per exercitar-los.

En aquest article els coordinadors acadèmics i professionals de la Clínica Jurídica de la UIB explicam breument què és la metodologia clínica jurídica i com s'està aplicant a les Illes Balears (de moment, a Mallorca) mitjançant el programa de pràctiques externes en ONGs que desenvolupa la Facultat de Dret de la Universitat de les Illes Balears, i fem una primera valoració dels primers cinc anys de funcionament d'una de les clíniques d'aquest programa.

## II. Què són les clíniques jurídiques

Les clíniques jurídiques varen néixer a principis del segle XX als Estats Units en el marc de la crisi econòmica dels anys trenta i la lluita pels drets civils mentre s'impulsaven iniciatives com l'assistència jurídica gratuïta i una profunda revisió de l'ensenyament i els plans d'estudis per introduir una formació pràctica en aquest difícil context social i econòmic.[1] La denominació com a «clínica» demostra que el seu model inicial varen ser les facultats de medicina en els plans d'estudis de les quals s'incloïa l'atenció dels estudiants al pacients, sota la direcció dels seus professors, com a aprenentatge pràctic i també com a forma de prestar un servei als malalts sense recursos.

Una clínica jurídica és un espai de formació teòrica i pràctica en el qual es presta un servei a la comunitat, en aquest cas un servei jurídic. S'hi treballen casos vius en els quals tant l'estudiant com el tutor, que és un jurista, s'involucren personalment coneixent el treball tant de l'entitat col·laboradora com del professional que hi treballa, voluntàriament o de forma retribuïda; alhora que coneix el context social i a vegades personal de cada cas.

L'*European Network for Clinical Legal Education* defineix l'educació en clínica jurídica com «un mètode d'ensenyament jurídic basat en l'aprenentatge experiencial, que fomenta el creixement del coneixement, les capacitats i els valors personals i promou la justícia social al mateix temps. Com a terme ampli, abasta programes i projectes educatius formals, no formals i informals, que utilitzen mètodes d'aprenentatge interactius orientats a la pràctica, centrats en els estudiants, basats

[1] Vegeu la història de les clíniques jurídiques i els diferents enfocaments nacionals en BLOCH, F. S. (ed.). *El Movimiento Global de Clínicas Jurídicas. Formando juristas en la justicia social.* València: Tirant lo Blanch, , 2013.

en l'estudi de problemes, mètodes interactius, que inclouen, entre d'altres, el treball pràctic dels alumnes en casos reals i problemes socials supervisats per acadèmics i professionals. Aquestes activitats educatives tenen per objecte desenvolupar actituds professionals i fomentar el creixement de les habilitats pràctiques dels estudiants pel que fa a la comprensió moderna del paper del professional socialment orientat a la promoció de l'imperi de la llei, l'accés a la justícia i les resolucions de conflictes pacífics i la resolució problemes socials».[2]

L'estudiant treballa en casos reals, en curs o ja resolts; fa entrevistes, interactua amb altres parts del procés i treballa en l'equip de l'entitat col·laboradora. Com en la metodologia aplicable a la realització de pràctiques, en general, «s'aprèn fent», però, a més, s'aprenen valors i experiències que no sempre es trobaran en la majoria d'àmbits professionals per als quals es prepara l'estudiant a la universitat.

Per evitar caure en l'aïllament entre la teoria i la pràctica i, així mateix, entre el tractament jurídic dels problemes i el seu context social i cultural, i per poder treballar competències que en la metodologia docent tradicional queden sense atenció, la clínica jurídica té com a objectius generals millorar la comprensió del dret, promoure l'autoreflexió sobre el treball del jurista al servei de la comunitat i aconseguir que l'estudiant es relacioni i s'involucri amb el seu context social i cultural.

Des dels primers anys seixanta i setanta les clíniques jurídiques s'han estès a molts altres països i continents. Actualment, hi ha un «moviment clínic global» que confirma l'èxit d'una metodologia d'educació en dret. No obstant això, a Europa, a excepció d'alguns països, es tracta d'una nova tendència encara no consolidada i que depèn, en gran mesura, de l'esforç local que han fet determinades facultats de dret per adoptar-la, de manera que el seu estatus universitari és encara variable, especialment pel que fa al seu encaix curricular i al reconeixement acadèmic de la tasca del professorat responsable d'aquestes clíniques jurídiques.

Sí es pot dir que amb la implantació de l'Espai Europeu de Formació Superior —Bolonya, operatiu des de 2010—, amb la seva insistència en la formació pràctica, les clíniques jurídiques han trobat un context adequat per a la seva creació i desenvolupament ja que, en definitiva, els alumnes que participen en una clínica jurídica s'enfronten a un cas pràctic, però no «de paper», sinó viu, encarnat en les persones que ho pateixen i, per tant, amb tot el seu contingut humà irreemplaçable. És així com en els darrers anys es relaciona el model clínic amb l'Aprenentatge Servei (ApS) perquè ambdós combinen objectius i processos d'aprenentatge i servei

[2] ENCLE: http://encle.org/about-encle/definition-of-a-legal-clinic [data de consulta: 31 de gener de 2018].

en projectes que tenen una utilitat o finalitat social, però tradicionalment es reserva el terme ApS per a l'àmbit de les Ciències Socials.

En general, la realització de pràctiques formatives externes per part dels estudiants de dret es dirigeix a complementar amb la pràctica la seva formació acadèmica, connectant els estudis amb les possibles activitats i sortides professionals existents en l'actualitat. Les sortides professionals dels llicenciats de dret són moltes i molt variades i habitualment les pràctiques internes i externes organitzades des de les universitats es dirigeixen a donar a conèixer l'exercici professional tradicional del jurista que treballa pel seu compte: com notaris, registradors o procuradors dels tribunals; també pel seu compte o per compte d'altri, com advocats o assessors jurídics; integrats a l'administració de justícia en qualitat de jutges, fiscals o secretaris judicials, i en altres àmbits de l'administració estatal, autonòmica o local i a les comunitats europees i organismes internacionals.

Això no obstant, existeix també un exercici professional lligat a organitzacions no governamentals i entitats sense ànim de lucre que aporta a la professió i a la persona que el realitza una dimensió de servei a la comunitat que es vol impulsar des de l'experiència de les clíniques jurídiques. En aquest sentit, les clíniques jurídiques no només tenen vocació de servei públic sinó que intenten despertar en l'alumnat aquesta vocació i potenciar la funció social que tenen les universitats públiques. Això no ho fan soles sinó que en aquest aprenentatge s'hi impliquen professionals del dret (advocats i advocades, principalment) que transmeten ja durant la primera formació de l'alumnat uns valors i una ètica professional que no s'expliquen a les facultats de dret i que, al nostre parer, són un valor afegit a aquest aprenentatge i, així mateix, al prestigi dels col·legis d'advocats que hi col·laboren.[3]

Com s'ha indicat anteriorment, les clíniques jurídiques són una experiència docent a les universitats nord-americanes originada en els anys trenta i implantada especialment a partir dels anys seixanta. Si inicialment es tractà d'un mètode d'aprenentatge *(lawyering process)* ideat a partir de la pràctica clínica de les facultats de medicina, progressivament les «clíniques jurídiques» *(law clinics)* es dirigiren a vincular el procés de formació del jurista amb el compromís amb causes

[3] Vegeu un recent estudi sobre les clíniques jurídiques espanyoles i unes primeres valoracions sobre el seu recorregut, especialment pel que fa als resultats de l'aprenentatge en relació amb la part social d'aquesta metodologia: GASCÓN CUENCA, A. «La evolución de la enseñanza jurídica clínica en las universidades españolas: oportunidades y desafíos de la litigación estratégica en las clínicas de derechos humanos». *Revista de Educación y Derecho*, núm. 14 (2016). També, GARCÍA AÑÓN, J. «La evolución de la Educación Jurídica Clínica en España». *Revista de Educación y Derecho,* núm. 11 (2015), pp. 1-6.

socials o d'interès públic: l'aprenentatge de coneixements i habilitats jurídiques s'intentava complementar amb la conformació d'una sensibilitat social del futur jurista i alhora l'aprenentatge d'una deontologia professional que difícilment es podia transmetre durant la formació acadèmica. Actualment, existeixen seccions d'educació clínica jurídica que tracten la implantació de les clíniques jurídiques tant a les facultats de dret com a les associacions professionals jurídiques.

A causa del seu origen, l'estructura i els objectius de les clíniques jurídiques segueixen el model nord-americà i es configuren com un mètode d'ensenyament:[4]

- on els estudiants s'enfronten a problemes i situacions com les que viuen els advocats en la pràctica i els han de resoldre basant-se en casos vius, és a dir, amb clients reals;
- els casos treballats tracten problemes socials o d'interès públic i són resolts sota la supervisió de professionals (advocats, en aquest cas),
- i, a més, els estudiants són supervisats i avaluats per professorat universitari durant les pràctiques i quan aquestes finalitzen.

A partir dels anys noranta les clíniques jurídiques es varen estendre a Amèrica Llatina i arribaren a les universitats espanyoles a principis del 2000, on s'implantaren inicialment a unes poques universitats, pioneres en clíniques jurídiques com la Universitat de Barcelona,[5] la Universitat Rovira i Virgili, la Universitat de València i la Universidad Carlos III. El mètode clínic en l'àmbit jurídic s'aplica actualment a vint-i-quatre universitats i, com a criteri general, posa l'èmfasi en el procés d'aprenentatge teòric i pràctic de l'alumnat a partir de la seva experiència en entitats o amb entitats que treballen amb col·lectius en risc d'exclusió social, o bé àrees d'interès públic i sense un lligam concret amb una o més entitats.[6]

---

[4] Existeix una completa bibliografia sobre la metodologia clínica jurídica anglosaxona sistematitzada per J. P. OGILVY i Karen CZAPANSKIY en *Clinical Law Review, 7 CLIN. L. REV. Special Issue (2001)* que es pot consultar actualitzada a 2004 en OGILVY, J. P.; CZAPANSKY, K. *Clinical Legal Education: An Annotated Bibliography (Revised 2004)*, disponible en: center-hre.org/wp-content/uploads/2011/05/doc246-eng.pdf [data de consulta: 31 de gener de 2018].

[5] És des d'aquesta Clínica jurídica que s'ha estès el concepte del «dret al Dret». Vegeu MADRID PÉREZ, A. «El acceso a los derechos: la experiencia del Proyecto dret al Dret». *Anuario de Filosofía del Derecho*, tom XXVI (2010), pp. 31-56.

[6] Clínica Legal de la Cátedra «Discapacidad, Enfermedad Crónica y Accesibilidad a los Derechos», Universidad de Alcalá; Clínica Jurídica de Acción Social, Universidad de Salamanca; Clínica Jurídica en Diversidad Funcional (Clínica Jurídica dret al Dret), Universitat de Barcelona; Clínica jurídica per la justicia social, Universitat de València; Clínica Jurídica de

Així, es pot observar que les clíniques jurídiques presenten diferents modalitats, segons les circumstàncies acadèmiques, econòmiques, institucionals i legals de cada universitat i de cada societat. A continuació s'explica el model seguit per la Universitat de les Illes Balears, on es va optar per organitzar unes pràctiques externes formatives en entitats i institucions sense ànim de lucre i de caràcter privat que treballen amb col·lectius vulnerables i els seus problemes jurídics, així com en la defensa d'interessos públics, com ara la defensa del medi ambient, del patrimoni arquitectònic o la llengua.

## III. Clínica jurídica de la Universitat de les Illes Balears: cinc anys d'aprenentatge i servei

La Clínica jurídica de la UIB és un programa de pràctiques externes de l'alumnat de dret en organitzacions no governamentals i entitats sense ànim de lucre que es realitza des de 2013 com a complement a la seva formació i com a un instrument de sensibilització davant la realitat social actual. Es tracta d'un projecte interdisciplinari ja que les matèries que es treballen actualment a una clínica jurídica provenen de distintes disciplines (dret civil, dret administratiu, dret penal, drets humans, dret laboral) i també és un projecte social, per la implicació d'entitats sense ànim de lucre amb les que es col·labora i per l'objectiu d'incidència social que es pretén assolir des dels seus inicis.

---

la Universidad Miguel Hernández; Clínica Jurídica de la Universidad de Valladolid; Clínica Jurídica de la Universidad Pontifica Comillas – ICADE; Clínica Jurídica Villanueva (Madrid); Clínica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo; Clínica Jurídica Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid; Clínica Jurídica Loiola (Universidad de Deusto); Clínica Jurídica del Máster en Protección Jurídica de Personas y Grupos Vulnerables (Universidad de Oviedo); Clínica Jurídica de la Universidad de Alicante; Clínica Jurídica de la Universidad Europea de Madrid; Clínica Jurídica de la Universidad Internacional de La Rioja ; Clínica Jurídica de la Universitat Rovira i Virgili; Clínica Jurídica de la Universidad Loyola Andalucía; Clínica Jurídica de la Universidad de Navarra; Clínica Jurídica de la Universidad Católica de Valencia; Clínica Jurídica de la Universidad Nebrija; Clínica Jurídica para la Justicia Social de la Universidad del País Vasco; Clínica Jurídica de la Universidad de Cádiz; Clínica Jurídica del Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas», Universidad Carlos III de Madrid; Clínica Jurídica de la Universitat de les Illes Balears.

Com s'ha indicat anteriorment, l'objectiu de les clíniques jurídiques, en general, és que els alumnes de dret apliquin els coneixements jurídics adquirits en la formació acadèmica en un context social que els permetrà complementar el seu aprenentatge teòric i pràctic i que, a més, es converteixi en un aprenentatge en valors involucrant-se en un projecte social. En el cas de la Clínica jurídica de la UIB, es va pensar en un model propi i original basat en una perspectiva social del dret que cercava, per una part, garantir a tothom l'accés al dret per poder exercir els seus drets i, per una altra, assumir que la Universitat té una funció pública i social que hauria de fer revertir els coneixements adquirits pels alumnes de dret en els col·lectius socials més vulnerables. Aquesta originalitat consisteix en el fet que és l'única Clínica jurídica que, en l'àmbit espanyol, es desplaça a les ONGs, mentre que a la resta de clíniques jurídiques són les entitats o bé les mateixes persones que necessiten una assistència jurídica les que es desplacen a les universitats.

Des de la Facultat de Dret de la Universitat de les Illes Balears es va plantejar la metodologia clínica jurídica com una oportunitat per aprendre i manejar els coneixements i els valors amb els quals l'alumnat, futurs professionals del dret, haurà de resoldre el problemes de la pràctica diària.

Els estudis publicats sobre les clíniques jurídiques arreu del món i les primeres experiències a Espanya, a finals de la dècada del 2000, mostraven que els estudiants a través de l'experiència es veien a si mateixos com a protagonistes de la vida jurídica, aprenien més ràpid, acumulaven experiència i analitzaven amb més detall i responsabilitat els casos, i milloraven la capacitat de resoldre problemes jurídics. Això és el que es va pretendre inicialment amb la implantació i consolidació de la Clínica jurídica a la UIB.

Els estudis de grau són idonis per desenvolupar l'educació clínica jurídica perquè tenen, amb caràcter general, una orientació professional, i perquè la formació universitària es planteja com una integració de competències genèriques bàsiques, competències transversals relacionades amb la formació integral de les persones i, així mateix, unes competències específiques que possibilitin una orientació professional que permeti la integració dels graduats en el mercat de treball.

El mètode clínic jurídic desplaça l'èmfasi de l'ensenyament cap a l'aprenentatge i la perspectiva de l'alumnat. Es col·loca l'alumne en el rol d'advocat/da i això li obliga a aprendre de la mateixa experiència, que en molts casos serà la seva ignorància o desconeixement parcial sobre una determinada matèria que haurà d'estudiar per resoldre els problemes reals que li plantejarà una persona i que li exigirà una resposta professional i també una responsabilitat a l'hora de resoldre el cas que se li plantegi. No es tracta del mètode tradicional de casos, sinó que en una clínica jurídica s'ha de treballar amb casos vius, amb persones amb cara i ulls.

Amb aquest enfocament, els estudiants realitzen les seves pràctiques en equips de treball i mantenen reunions periòdiques amb un supervisor, amb qui analitzen els problemes particulars de cada cas. Sovint s'organitzen rondes de casos per discutir en grup aquests problemes, que a vegades no són només jurídics sinó també ètics, tàctics i, fins i tot, institucionals. Aquests supervisors són advocats que o bé col·laboren voluntàriament amb l'entitat que acull la clínica jurídica o bé hi treballen.

Per això, la clínica jurídica compta amb tutors externs o professionals i, així mateix, amb tutors interns (tutors acadèmics), que són professors de la UIB que seleccionen els estudiants i els assignen una entitat col·laboradora en funció de la seva sol·licitud i de les places disponibles, creen grups de treball, supervisen periòdicament el treball fet i guien els grups en l'elaboració d'una memòria de pràctiques.

La Clínica jurídica de la UIB es va posar en marxa el febrer de 2013 com una iniciativa del Deganat de la Facultat de Dret amb una experiència pilot que va comptar amb 6 alumnes, seleccionats d'un total de 22 interessats.

Va començar amb la prestació d'assistència jurídica als beneficiaris del projecte «Aliments i Solidaritat» promogut per l'associació «Antics alumnes solidaris de Monti-Sion», (avui, "Fundació Monti-Sion Solidària) que té com a finalitat bàsica que cap persona de la nostra Illa pateixi fam o subalimentació i com a finalitat última evitar l'exclusió social. Per això, proporciona aliments, roba infantil, bolquers i llet de continuació, i facilita que els seus beneficiaris segueixin cursos de formació i rebin assessorament social i es puguin inscriure en un borsí de treball.

L'associació reparteix aliments a la barriada de Pere Garau de Palma. Actualment até a més de 4200 beneficiaris, que acudeixen regularment els dijous al local de l'associació situat al carrer Lluís Martí, 67.

En aquesta primera experiència de clínica jurídica (segon semestre del curs 2012-2013), els alumnes van atendre un total de 72 casos, molt variats, amb una mitjana de cinc consultes per cada sessió (els dijous de 17 a 19 h). Els principals conflictes van tractar qüestions relacionades amb impagament de rendes, desnonaments, nacionalitat, divorci i tràmits per a l'obtenció de prestacions socials. El perfil dels beneficiaris va ser en un 80% persones immigrants, la majoria dones amb fills menors i sense treball i/o ingressos econòmics.

A reforçar els bons resultats que va tenir aquesta primera experiència de clínica jurídica, tant pel que fa a l'acollida dels alumnes com al nombre de casos atesos, s'afegí l'interès del Col·legi d'Advocats de les Illes Balears (ICAIB) en participar en aquest projecte. Gràcies a l'impuls dels juristes (advocats, magistrats, notaris) que eren voluntaris a l'associació d'«Antics alumnes solidaris de Monti-Sion», la Junta de l'ICAIB va conèixer el programa «Aliments i Solidaritat» i va visitar les instal·lacions on

es desenvolupava la clínica jurídica i s'atenia els beneficiaris del programa durant els mesos d'abril, maig i juny. La Junta va considerar que aquest programa s'ajustava al principi de responsabilitat social de l'advocacia que guia l'ICAIB a l'hora de promoure l'atenció professional als col·lectius més vulnerables, de facilitar i millorar l'accés al dret de defensa i d'implantar la pràctica *pro bono* dels seus col·legiats en ordre a afrontar les repercussions socials de l'actual crisi econòmica i financera.

Per això, va decidir contribuir a la Clínica jurídica de la UIB en el programa «Aliments i Solidaritat» amb l'aportació d'un borsí d'advocats que col·laborarien de forma gratuïta i voluntària en les activitats que desenvolupava la Clínica jurídica, en concret:

- L'assessorament i consell jurídic gratuïts als beneficiaris del programa.
- La formació pràctica dels estudiants de la Facultat de Dret que participaven en la Clínica jurídica.
- La sol·licitud d'assistència jurídica gratuïta, per als beneficiaris del projecte, quan es tractàs d'assumptes judicials.

Amb aquests objectius, l'ICAIB, l'associació d'«Antics alumnes solidaris de Monti-Sion» i la Facultat de Dret de la UIB varen signar un conveni el 24 de juny de 2013 pel qual l'ICAIB es comprometia a facilitar trimestralment a l'associació esmentada una relació d'advocats que col·laboraran amb la clínica jurídica. Aquests advocats substituïen els advocats voluntaris de l'associació que en la primera experiència de la clínica jurídica van fer de tutors professionals dels alumnes en pràctiques i, d'aquesta manera, es pretenia garantir la continuïtat i la permanència de la Clínica jurídica, que a partir del mes de juliol de 2013 va comptar amb la presència regular cada dijous de 17 a 19 h de dos advocats que assisteixen els alumnes en pràctiques.

L'acollida de la Clínica jurídica entre l'alumnat de dret va ser molt positiva: en el primer període de pràctiques externes en el programa «Aliments i Solidaritat» s'hi varen presentar 22 sol·licituds per a 6 places i en la convocatòria corresponent als períodes de juliol-desembre de 2013 i gener-juny de 2014 es van cobrir també les places ofertes per aquests dos torns convocats. Per part dels advocats *pro bono,* l'acollida de la Clínica jurídica ha estat també molt positiva ja que s'hi van presentar més de 30 sol·licituds i es van cobrir tots els torns.

El 2014 es va iniciar un segon projecte pilot: una clínica jurídica d'habitatge i estrangeria amb Càritas, amb una estructura diferent de la que s'ha establert amb el programa «Aliments i Solidaritat» perquè hi participen directament treballadores socials que són les que seleccionen els casos que arriben als alumnes i als advocats, coordinats també pel Col·legi d'Advocats gràcies al conveni signat entre

aquesta entitat, la UIB i l'ICAIB el 16 de gener de 2014. Aquesta Clínica ha continuat fins a l'actualitat. Posteriorment, s'han engegat altres experiències pilot a Metges del Món (2015), a ARCA (2015) i a Creu Roja (2016), de les quals es manté la Clínica jurídica de Creu Roja especialitzada en assistència jurídica a sol·licitants d'asil.

## IV. Anàlisi d'una clínica jurídica: aliments i solidaritat

Des de la seva creació en 2013, primer amb Monti-Sion Solidària, després amb Càritas i finalment amb la Creu Roja, en les tres clíniques jurídiques hi han participat 66 alumnes i 41 advocats que han atès més de 820 casos.

Les matèries més freqüentment tractades a les clíniques jurídiques han estat:

- Desnonaments
- Estrangeria
- Família
- Relacions laborals
- Hipoteques
- Protecció de menors
- Fraccionament de multes

Un cas especial és la Clínica jurídica de la Creu Roja, especialitzada en refugiats i sol·licituds d'asil que, òbviament, tan sols ha tractat aquesta matèria.

### *1. Distints sistemes de triatge dels casos*

A Càritas els casos arriben després d'un treball previ, quan els seus serveis socials ja han identificat l'existència d'un aspecte jurídic en la problemàtica que presenta un usuari. El mateix passa a la Creu Roja pel caràcter especialitzat de la seva clínica jurídica.

En canvi, a Monti-Sion Solidària, l'únic requisit és haver estat admès com a beneficiari/ària del seu programa d'ajuda a les persones més vulnerables, i haver demanat aquest servei d'assessorament legal ja sigui després de la xerrada de presentació de tots els serveis de la fundació que es fa el primer dia, ja si sigui a l'entrevista individual que es realitza la setmana següent.

Els dos sistemes presenten avantatges i inconvenients. És evident que si l'usuari o la usuària ha estat prèviament seleccionat pels serveis interns de l'ONG, la tasca de la clínica jurídica serà més acurada i probablement més eficaç. En canvi, el fet que no hi hagi un procés de selecció prèvia prepara els alumnes per manejar situacions imprevistes, per saber demanar informació el client, per diferir la resposta

quan no es sap —per exemple, sobre el règim legal aplicable quan encara no l'han estudiat—. Es tracta d'una situació que sovint es dóna a la vida real, quan els serveis d'un advocat són requerits però el professional encara no sap quina petició d'assessorament legal rebrà o en desconeix detalls rellevants.

*2. El desenvolupament de l'entrevista*

Com abans s'ha dit, l'entrevista es desenvolupa en presència, al menys, d'un advocat/da. En les clíniques jurídiques de Solidaris i Monti-Sión a l'inici de trimestre el Col·legi d'Advocats de les Illes Balears envia a les ONG una llista amb els professionals que s'han apuntat per participar en la Clínica jurídica i el dia que s'han compromès a anar-hi. A Creu Roja compten amb un servei jurídic propi i especialitzat en el dret d'asil.

El paper de l'advocat és essencial. D'una banda ha de deixar que l'alumne dugui la iniciativa ja que així es compleix una de les finalitats de la Clínica jurídica, com és ara que l'alumne tengui una experiència personal del que significa ser advocat. D'altra banda, ha de vetlar perquè l'assessorament que es doni sigui l'adequat, i ha de saber donar confiança a l'alumne.

Un cop finalitzada, és important que es comenti el desenvolupament de l'entrevista entre alumnes i advocats i es suggereixin solucions al problema o es dissenyi el curs i l'acció a seguir.

Les estones «mortes» entre entrevista i entrevista serveixen perquè els alumnes parlin amb els advocats i tenguin un coneixement de primera mà del que serà el seu món professional. És evident que l'aprenentatge és bilateral i que, per la seva banda, els advocats tenen l'oportunitat de fer-se una idea de les inquietuds dels joves, de la concepció de la carrera, de la visió del que serà el seu futur professional.

*3. El seguiment*

Hi ha intervencions de la Clínica jurídica que es limiten a assessorar. En altres casos és necessari citar novament a l'usuari o la usuària perquè aporti documentació, o se l'ha d'acompanyar a fer una gestió a una oficina pública o a interposar una denúncia, o a fer una consulta a un altre organisme. S'ha de tenir en compte que moltes d'aquestes persones no tenen coneixement de la llengua (ni espanyol ni català) o que no se saben manejar davant un funcionari, o en desconfien. Per tant, la presència de l'alumnat pot ser important per desbloquejar la situació. A tal efecte es proveeix a cada alumne d'una certificació que els acredita com a participants en la Clínica jurídica.

En alguns supòsits el que la entrevista posa de manifest és que l'usuari o la usuària ha de menester, sense més dilació ni tràmits, la designació d'un advocat del torn d'ofici. En aquests supòsits, a la Clínica Jurídica de Monti-Sión la mateixa clínica jurídica inicia l'expedient de justícia jurídica gratuïta i el remet a l'ICAIB.

*4. Els valors*

En conclusió, la clínica jurídica és una manera d'aproximació al dret que promou els valors següents:

a) La solidaritat

   En un món canviant, on el contingut de l'ensenyament està en constant modificació, especialment en l'àmbit del dret en el qual noves lleis no aturen de promulgar-se («legislació motoritzada» en terminologia de SCHMIDT), es fa més necessària que mai la formació en valors, tal vegada la més difícil ja que, com deia ARISTÒTIL (*Ètica a Nicòmac*), si hi ha una manera de transmetre les virtuts és mitjançant l'exemple. A la clínica jurídica els alumnes veuen amb els seus ulls un professionals del dret dedicats a ajudar els més necessitats, a canvi de res. Es tracta d'un exemple de solidaritat que tendrà, sens dubta, un efecte durador.

b) La funció social del dret

   Lluny d'enfocaments burocràtics o mercantilistes del dret, la clínica jurídica mostra com les lleis poder ser utilitzades, també, en benefici dels més febles. Al mateix temps, la Universitat torna a la societat part del seu coneixement, la qual cosa proporciona als alumnes que ja acaben la carrera de dret i que estan disposats a posar-lo en pràctica.

c) El treball en equip

   Els alumnes treballen en equip entre ells i amb els advocats adscrits. S'han d'organitzar, coordinar les agendes... S'han de posar d'acord per al seguiment dels casos o per redactar la memòria, que és conjunta, i és un requisit per al reconeixement de les pràctiques externes amb sis crèdits ECTS.

d) L'escolta activa

   Els alumnes aprenen a escoltar, a prestar atenció a la persona que els exposa el seu problema. No escolten per aprendre (com a classe), sinó per intentar solucionar un problema i, per tant, han d'estar necessàriament atents.

   El que cerquen molts usuaris quan demanen ser atesos a la Clínica jurídica és, precisament, ser escoltats, i que qualcú es prengui seriosament el seu problema.

e) Prudència

Els alumnes han d'utilitzar els seus coneixements amb prudència, no proposar als usuaris o usuàries un curs d'acció sense fonamentació, abocada al fracàs. Si en aquell moment no tenen tots els elements de dret o de fet necessaris, han de posposar l'expressió de la seva opinió.

## V. Conclusions

La Clínica Jurídica de la UIB és un programa que, en termes de màrqueting, es podria vendre com a *win-win-win*. Hi guanyen tots tres: les ONG que poden oferir al seus usuaris un servei altament qualificat; la Universitat (la Facultat de Dret) que torna a la societat una part del coneixement que genera, proporcionant als seus estudiants un aprenentatge vital impossible de trobar dins els murs de l'acadèmia, i el Col·legi d'Advocats que pot actuar en un àmbit especialment apte per materialitzar la seva responsabilitat social corporativa mitjançant l'exercici *pro bono* de la professió. Com a programa acadèmic queda pendent trobar l'encaix curricular adient per a aquest tipus de pràctiques externes en el pla d'estudis i també dissenyar un programa o una assignatura de formació prèvia a aquest tipus de pràctiques que reflecteixi l'aplicació social del dret que es mostra a les clíniques jurídiques.

En general, hem observat que les clíniques jurídiques proporcionen a l'aprenentatge del dret un enfocament humanista ja que faciliten a l'alumne l'adquisició no sols de capacitacions laborals, sinó també de competències per afrontar situacions d'alta sensibilitat social i per treballar en equip; desenvolupen la personalitat pròpia de cada estudiant i l'impulsen a ser capaç d'actuar amb autonomia, criteri i responsabilitat personal, i ensenyen el que vol dir viure junts desenvolupant una comprensió vers les altres persones i valorant la interdependència.[7]

Per a l'acció social entenem que una clínica jurídica és una manera d'exercir la solidaritat amb certa «horitzontalitat» perquè no «ve de dalt», és a dir: està a càrrec de joves en formació que comparteixen amb els usuaris una certa vulnerabilitat. És veritat que es tracta de situacions distintes: una és la vulnerabilitat social i una altra és la del joves que s'hauran d'enfrontar molt aviat a un futur professional carregat d'incerteses. Però des d'una situació relacionada de debilitat comuna uns i altres poden crear vincles que els faran compartir una visió del món una mica més humana: el reconfortant pensament que no tot està perdut.

[7] A aquestes finalitats de l'ensenyament ja feia referència l'Informe Delors de 1996: http://www.unesco.org/education/pdf/DELORS_S.PDF [data de consulta: 31 gener 2018].

rjib16

COMENTARIS I NOTES

# ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS CORRIENTES: «SR. JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA DE PALMA, SOLICITO A FAVOR DE MI CLIENTE EL EMBARGO (SI PUEDE SER) DE LA CUENTA CORRIENTE QUE EL DEMANDADO TIENE DOMICILIADA EN UNA ENTIDAD BANCARIA DE BERLÍN…»

***Miguel-Álvaro Artola Fernández***

Magistrado de la Audiencia Provincial de las Illes Balears

Corresponsal de la Red Judicial España / Red Judicial Europea, en Illes Balears

**I. Introducción. II. Una primera aproximación a aspectos jurídicos. III. Anticipando ya algunas cuestione prácticas: la siempre agradecida técnica de los formularios normalizados para ejecutar los objetivos del Reglamento. IV. Pormenorizando en la naturaleza jurídica de la medida contenida en la orden europea de retención. V. ¿Cuál sería, esencialmente, el procedimiento en España para la adopción de tal medida cautelar, ordenando la retención de cuentas en otro Estado de la Unión Europea? VI. Una pregunta no tan obvia: ¿cuál es el desenlace final de las cantidades bloqueadas por la orden europea de retención de las cuentas? VII. Recapitulando en la necesidad de tener siempre presentes los objetivos del Reglamento y reflexión sobre la disyuntiva: juez nacional *versus* juez de la Unión Europea.**

**I. Introducción**

Tradicionalmente ha habido que proveer solicitudes del tipo de la que sirve de título a este artículo, recordando a la parte que la potestad jurisdiccional del juez español termina en los Pirineos, y que, por lo tanto, eso no era posible. De modo que, si el acreedor quería embargar una cuenta corriente del deudor domiciliada más allá de la frontera, tenía que solicitar, en su caso, la ejecución en Alemania de la Sentencia condenatoria española y pedir, allí sí, al juez alemán el embargo de la cuenta corriente que el demandado tenía domiciliada en dicho país.

Estas eran las consecuencias de un principio de *soberanía nacional* que, sin embargo, algo ha evolucionado en este último año, pues el sueño del «Espacio Europeo de Justicia» ha empezado a relativizar tan vetusta concepción dando lugar a la posibilidad de que, volviendo a la petición que sirve de título al artículo, ahora se pueda ésta despachar con un proveído, por ejemplo, de estas características, a saber:

> «Por presentado el anterior escrito […], no puede haber lugar a lo solicitado por carecerse de potestad jurisdiccional en Alemania para practicar embargos; sin perjuicio de que, en su caso y si a la parte conviene, pueda solicitar la retención cautelar transfronteriza de los fondos que en dicha cuenta corriente tenga el deudor, y ello a través del Reglamento (UE) n.° 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014 por el que se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.»

Proveído dirigido que —sin ofrecer más de lo pedido— ilustraría a la parte sobre tal posibilidad y sobre el hecho de que, para conseguirla, le bastaría con rellenar el formulario «I» correspondiente del citado Reglamento, a través del cual solicitaría al juzgado de Palma que se despache una Orden europea de retención de cuentas corrientes dirigida a la autoridad que el Estado alemán ha designado en Berlín para intermediar, ante al Banco alemán, en tal trámite.

En efecto, dicho Reglamento, que alcanzó su plena entrada en vigor el día 18 de enero de 2017, permite emitir una orden europea que, con naturaleza cautelar e *inaudita parte demandada* (es decir, sin notificarlo antes al deudor), impone la retención de activos concretos del demandado en cuentas corrientes existentes en otro Estado de la Unión Europea (UE), ampliando el espectro que, en el marco de la UE —como luego se explicará—, se ofrecía para la solicitud de medidas cautelares en un Estado distinto de aquél en el que se llevaba el proceso principal, porque, hasta ahora, no se permitía que una orden judicial civil en tales términos viajara directamente y con eficacia imperativa de uno a otro Estado de la UE.

Una vez más, el objetivo final del Reglamento de la UE es heredado de la CEE, de modo que, siempre con vocación económica, se desarrolla así el marco programático que podemos definir como «la Justicia al servicio de la economía», es decir, la protección del crédito. Objetivo del cual, sin lugar a dudas, se derivará el deseado aumento de la seguridad jurídica en la zona y, con ello, el consiguiente fomento de la confianza necesaria para todo tipo de actividades: mercantiles, laborales, de consumo, etc.

Se da así un paso más en el objetivo de desarrollar el «Espacio europeo de libertad, seguridad y justicia», de modo que, junto a todos los anteriores reglamentos que, en materia civil y mercantil, unificaban las normas de competencia y ley aplicable, y reducían o hacían desaparecer el *exequatur*, se añade esta posibilidad de retención transfronteriza de cuentas corrientes, contribuyendo en gran medida a reducir el riesgo de que se distraiga el patrimonio por el deudor durante el curso de un litigio.

En el régimen anterior al Reglamento, y como ya se ha apuntado, las medidas cautelares en asuntos transfronterizos no eran ajenas al ámbito reglamentario de la UE, pues estaban contempladas, por ejemplo, en el Reglamento 1215/2012 (Bruselas I bis), art. 35; o en el art. 14 del Reglamento 4/2009, relativo a los alimentos. Pero era preciso solicitarlas por el actor en el propio Estado de ejecución de la medida, no pudiéndose pedir su práctica desde el Estado del foro, donde se conocía del procedimiento principal (por ejemplo, se podía pedir por la parte actora, personándose ante los juzgados de Berlín, una retención y embargo preventivo en esta localidad, pese a que el pleito principal se substanciara en Palma). De modo que el actual Reglamento avanza todavía más, permitiendo la solicitud y la adopción de la medida cautelar desde el Tribunal del foro (Palma), sin tener que desplazarse el actor.

Así, el nuevo Reglamento 655/2014 va a ofrecer, por vez primera, la posibilidad de obtención directa de medidas cautelares transfronterizas, incorporando la novedosa y ágil opción de solicitar, ante el órgano judicial del Estado del foro, competente para el conocimiento del procedimiento principal (en el Estado de origen), medidas cautelares relativas a la retención de dinero en cuentas del deudor situadas en otro u otros Estados de la UE.

## II. Una primera aproximación a aspectos jurídicos

La legitimación activa para pretender conseguir una orden europea de retención se circunscribe a los acreedores domiciliados en un Estado miembro vinculado por el presente Reglamento (Considerando 48 y art. 4.6 Reglamento), no estándolo

Dinamarca y el Reino Unido, quienes no participan en el mismo (Considerandos 49, 50 y 51 del Reglamento).

Su ámbito de aplicación está previsto en el art. 2, y viene a incluir, dejando al margen la naturaleza del órgano jurisdiccional de que se trate, las materias «civiles y mercantiles comunitarias», a salvo siempre las tradicionalmente excluidas de este concepto autónomo surgido a partir del art. 1 del Reglamento 1215/2012 —Bruselas I bis— y sus predecesores y de la jurisprudencia del TJUE (quedando así fuera materias tales como, por ejemplo: régimen económico matrimonial, testamentos, arbitraje y casos en que se haya abierto contra el deudor un procedimiento de insolvencia). Destacando, no obstante, algunos matices novedosos, como el hecho de que se incluyen también los créditos derivados de la obligación de alimentos, salvo los que lo fueran por causa de muerte (que se regulan por el art. 1.2.e) del Reglamento 650/2012, de sucesiones), pese a ser la alimenticia una materia excluida del Reglamento Bruselas I bis tras la entrada en vigor del Reglamento 4/2009, regulador de los alimentos. Nótese, en dicho sentido, que el que ahora nos ocupa, el 655/2014, es meramente instrumental, destinado simplemente a tratar de garantizar o facilitar el cobro de créditos en la UE, por lo que no hay mayor obstáculo para volver a recoger en su contenido los alimentos; más aun cuando, precisamente, tal materia es especialmente sensible a la necesidad de tratar de facilitar su cobro dado su carácter de prestación asistencial básica (véase: Considerando 18.2 de la Exposición de Motivos, art. 2.2.b y el formulario I en su punto 5.5). Asimismo, como quiera que el concepto de «alimentos» es uno de los llamados «conceptos autónomos» elaborados a partir de los reglamentos de la UE y de la jurisprudencia del TJUE, hay que precisar que merece una interpretación amplia, en la que se ha considerado incluibles las pensiones compensatorias derivadas de la ruptura matrimonial (Sentencias del TJCE de 6 de marzo de 1980 («De Davel») y de 27 de febrero de 1997 («Antonius Van Den Boogaard»), por lo que las pensiones de alimentos y las pensiones compensatorias pueden pretender cobrarse utilizando este instrumento normativo.

Corresponde la competencia judicial para expedir la orden, por mandato del propio Reglamento, al Tribunal que conoce del asunto (art. 6), debiéndose subrayar el hecho de que, junto con los Juzgados de Primera Instancia, los de lo Mercantil y los de Familia, no se pueda descartar tampoco el dictado de una orden europea de retención de cuentas por los Juzgados de lo Social, en base a que el concepto civil y mercantil general de los arts. 1 y 20 del Reglamento 1215/2012 abarca el contrato individual de trabajo (no estando tampoco tal campo descartado en el art. 2 del

Reglamento 655/2014), ni tampoco cabe descartar que la expedición de una orden europea de retención se pueda solicitar a un Juzgado de Instrucción, para asegurar los créditos de «acciones civiles por daños y perjuicios o de restitución basadas en un acto que dé lugar a un proceso penal» (Considerando 12 Reglamento 655/2014; estando tal materia incluida en el art. 7.3 del Reglamento 1215/2012 —Bruselas I bis— y no estando descartada en el art. 2 del presente Reglamento 655/2014).

Respecto al carácter exclusivamente transfronterizo del Reglamento, ello supone que, como ocurre con los otros reglamentos de la UE que configuran el marco del llamado, en ocasiones, «Derecho Internacional Privado de la Unión Europea», debe únicamente aplicarse a los asuntos transfronterizos. Resultando singular, no obstante, lo que aquí se entiende por tales, pues junto al caso natural en el que el órgano jurisdiccional que conoce de la solicitud de emisión de la orden europea de retención (Estado del foro o Estado de origen) se encuentre en un concreto Estado miembro, mientras que la cuenta bancaria afectada por dicha orden esté abierta en otro Estado miembro, se añade también el supuesto, no tan previsible, de que el acreedor esté domiciliado en un Estado miembro y el órgano jurisdiccional de origen (Tribunal del foro) y la cuenta bancaria que haya de retenerse estén situados, ambos, en otro Estado miembro. Supuesto éste que parece tener por objeto no privar al acreedor que se ve obligado a litigar fuera de su país, de los beneficios del Reglamento para el eventual caso en que la *lex fori* no contemple similares ventajas a las ofrecidas por éste. Cabe recordar, en dicho sentido, que la norma de competencia proteccionista que obliga a demandar al consumidor en su propio domicilio (arts. 17 y ss., especialmente art. 18.2 del Reglamento 1215/2012), no debe conllevar restricciones a los derechos del acreedor de garantizar el cobro de sus créditos (Considerandos 10 y 13, y art. 23.3 a *contrario sensu*).

## III. Anticipando ya algunas cuestiones prácticas: la siempre agradecida técnica de los formularios normalizados para ejecutar los objetivos del Reglamento

Es importante subrayar que este Reglamento, si bien comparte la ya habitual técnica de los formularios empleada en los distintos reglamentos de la UE en materia civil y mercantil, sin embargo, en este caso, en lugar de aparecer adjuntos al final del Reglamento, fueron posteriormente incorporados, dos años después, a otro Reglamento distinto: Reglamento (UE) 2016/1823 de la Comisión, de 10 de octubre de 2016, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento (UE) n.º 655/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo por el que

se establece el procedimiento relativo a la orden europea de retención de cuentas a fin de simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil.

Cabe resaltar que los formularios son algo más que simples modelos o plantillas a rellenar, puesto que reflejan la voluntad del legislador de la UE, quien, consciente de que legisla para un gran número de países con diferentes idiosincrasias jurídicas susceptibles de provocar constantes malentendidos de interpretación reglamentaria, mediante estos formularios pretende encauzar la interpretación en una única línea, explicando implícitamente cuál es, en cada caso, el objetivo reglamentario. Son, en suma, expresión de una «interpretación auténtica» del legislador de la UE que facilita la apertura del camino hacia una interpretación uniforme.

Por ello, y con carácter general, cabe afirmar que si algo no se entiende al leer un reglamento, es conveniente ir al lugar en el que los formularios reflejan tal cuestión, cuya lectura ayudará sobremanera para facilitar su comprensión. El listado del citado Reglamento 2016/1823 alcanza hasta nueve formularios distintos, de entre los que cabría destacar —para no sobrecargar esta presentación— que el núm. 1 hace referencia a la solicitud de expedición de la orden europea de retención de cuentas, debiendo ser cumplimentado por la parte acreedora y, en él, se habrá de relacionar el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora,* los indicios por los cuales se cree que el deudor tiene cuentas en un Estado determinado (formulario I, punto 6.º), la prueba propuesta, etc. De modo que, con la presentación ante el juzgado de dicha solicitud, se activará el trámite procesal correspondiente al Reglamento que, a su vez, está esencialmente guiado por el resto de los formularios normalizados, de entre los que cabe destacar el formulario II, que es el que contiene la propia orden europea de retención de cuentas, a cumplimentar por el juzgado u organismo emisor del Estado de origen (Estado de foro). Todo ello, bien entendido que para la localización de los citados formularios en los distintos idiomas de los Estados de la UE y para conocer las comunicaciones que han hecho los distintos Estados miembros a los requerimientos del art. 50 del Reglamento (idioma aceptado, órganos competentes, etc.), se recomienda acudir a la página de Internet del Atlas Judicial Europeo civil (Comisión Europea).[1]

[1] https://e-justice.europa.eu/ content_european_judicial_atlas_in_civil_matters-321-es.do

## IV. Pormenorizando en la naturaleza jurídica de la medida contenida en la orden europea de retención

La orden europea de retención de cuentas puede considerarse una modalidad de título ejecutivo europeo (no solo presente en el Reglamento 805/2004, de 21 de abril, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados), pues si se solicita su ejecución en otro Estado de la UE (con excepción de Dinamarca y Reino Unido), sucede lo siguiente: el juez o autoridad designada por dicho Estado de ejecución tiene que cumplir la orden sin precisar de una previa declaración de fuerza ejecutiva y sin procedimiento alguno (art. 22 Reglamento); además tiene que actuar diligentemente «sin demora» (art. 23.2 Reglamento). No obstante, el art. 34 faculta al deudor, una vez notificada la retención —después de practicada—, para impugnar la misma en el Estado de ejecución (invocando cuestiones tales como: retención de una cuenta que gozaba de inmunidad; desestimación final de la reclamación en el Estado de origen, o infracción manifiestamente contraria al orden público).

Por otro lado, la gran ventaja que proporciona al acreedor la orden europea de retención de cuentas es que tiene la naturaleza jurídica de una de medida cautelar «inaudita parte demandada», es decir, funciona siempre *a priori* del modo más favorable al acreedor pues no procede nunca su notificación al deudor con carácter previo a su práctica (Considerando 4 y art. 11); sin perjuicio de los derechos y garantías que el Reglamento concede después al deudor en caso de irregularidades.

Sin embargo, pese a ser una medida cautelar, presenta una mayor versatilidad procesal que las medidas cautelares tradicionales internas de nuestra Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC). Así, vemos que se puede solicitar el dictado de la orden en todos los momentos procesales, es decir: antes de la demanda principal, interponiendo ésta en plazo de los 30 días siguientes —art. 10.1— (merece mención aparte el hecho de que, al remitirse el Considerando 38 al Reglamento 1182/1971 para el cómputo de los plazos, salvo mención especial no se excluyen los días inhábiles); durante el curso de la demanda, de forma sobrevenida pero incluso sin necesidad de justificar las razones de por qué no se solicitó desde un principio (pese a estar estas exigidas en el marco interno por el párr. 2.º del art. 728.1 LEC, pues el Reglamento no las impone y su régimen es prioritario), y, finalmente, se puede solicitar también después de obtener la resolución condenatoria o la transacción en el Estado de origen (art. 6.3), es decir, incluso aunque sea firme (en cuyo caso no será preciso justificar el *fumus boni iuris*), lo que

constituye una concepción distinta que la presente en el ámbito interno de la LEC, en el que tras la resolución condenatoria firme no se requieren ya de medidas cautelares por poderse instar la ejecución definitiva. Nótese, en dicho sentido, que la voluntad del legislador de la UE es favorecer el cobro de créditos únicamente transfronterizos, por lo que, sin reparar en si cabe o no instar una u otra modalidad de ejecución dentro del Estado del foro, lo que le preocupa es que se pueda siempre contar con la ventaja que, para el cobro de un crédito debido, proporciona en el ámbito transfronterizo la orden europea de retención de créditos.

El lugar de expedición de la orden es el propio juzgado o tribunal del Estado de origen, una vez cumplimentado y presentado el ya referido formulario I por el acreedor; produciéndose después la transmisión de oficio de la orden por el juzgado, tras haber sido dictada por éste utilizando el formulario II, por lo que no tiene que trasladarla y presentarla el acreedor ante el órgano competente del Estado de ejecución. Repárese que en el art. 23.3 del Reglamento se remite, para tal transmisión, bien al órgano que dicta la orden o bien al acreedor, pero las comunicaciones que hizo España al art. 50.e) del Reglamento en relación con el art. 4.14 hablan del «juzgado», por lo que no cita en dichas comunicaciones al acreedor como encargado de tal transmisión del documento, pese a que no estaba descartada tal posibilidad en el art. 23.3 del Reglamento. En dicho sentido, si bien podría considerarse que la respuesta de España al art. 50.e) y 50.f) del Reglamento no es muy clara, lo cierto es que como quiera que no habla del «acreedor» como encargado del traslado, no se le puede imponer a éste la transmisión y presentación de la orden en el Estado de ejecución.

## V. ¿Cuál sería, esencialmente, el procedimiento en España para la adopción de tal medida cautelar, ordenando la retención de cuentas en otro Estado de la Unión Europea?

Como ocurre habitualmente en el ámbito reglamentario, como el Reglamento no describe un proceso propiamente dicho y en su art. 46 remite al Derecho procesal nacional (*lex fori),* para las cuestiones no específicamente reguladas en el Reglamento se deberá emplear el procedimiento más próximo de nuestra LEC, es decir, el que regula las medidas cautelares «inaudita parte demandada» (sin audiencia al demandado: arts. 733.2 y concordantes de la LEC), sin perjuicio de tener que respetar las especificaciones reglamentarias que, como ya se ha apuntado en el epígrafe anterior, ofrecen una mayor versatilidad procesal (ya que el

Reglamento determina que se puede solicitar la orden antes, durante o después de concluido el procedimiento). Así, por ejemplo, en materia de prueba el art. 7 del Reglamento hace referencia a la suficiencia de prueba y el art. 9 regula la obtención de pruebas, de modo que, como quiera que las pruebas en las medidas cautelares también son exigidas en la LEC, debemos aplicar nuestras normas bajo el prisma de las especificaciones reglamentarias.

Se prevé también, expresamente, la posibilidad de eventual dispensa de caución, por ejemplo en caso de que la orden se pida después de dictarse la resolución, o incluso, en algunos casos, como el de los alimentos, se «podrá» dispensar de prestar caución también antes de obtener la resolución, debido al carácter básico de la prestación (ver Considerando 18.2 de la Exposición de Motivos, art. 12 (párr. 2) del Reglamento y formulario I, punto 11, en el que se pueden exponer las razones por las cuales se pide la dispensa).

Con relación al IBAN y número de cuenta: no es imprescindible para el acreedor el conocer el concreto número de la cuenta corriente extranjera en la que practicar la retención. Si se conoce se incorpora tal información al formulario I (punto 6 del formulario I y art. 8.2 del Reglamento), pero si se desconoce se puede pedir que se investigue previamente este dato. En tal caso, se abriría un incidente previo de investigación y se pediría por el juzgado tal información a la Autoridad designada en el Estado de ejecución (arts. 50.1.b), 14 y 8.2.f) del Reglamento y formulario I, punto 7).

## VI. Una pregunta no tan obvia: ¿cuál es el desenlace final de las cantidades bloqueadas por la orden europea de retención de las cuentas?

Los efectos —o el desenlace— de la medida cautelar no son los probablemente imaginados, que parecerían tener que consistir en la solicitud por el juez o el letrado de la Administración de justicia del Estado de origen de una transferencia pecuniaria desde el Estado de ejecución. Ello no es posible por lo siguiente: la «retención» no es propiamente un «embargo**».** Repárese que el Reglamento habla de retención, no de embargo, es decir, aunque da un paso adelante, mantiene todavía la dualidad Estado de origen – Estado de ejecución, lo que es tanto como decir que el juez del Estado de origen retiene, pero el que embargará finalmente la cantidad retenida y ejecutará el embargo será el juez del Estado de ejecución. No debemos, en cualquier caso, minusvalorar el hecho de que la orden europea de retención es la primera medida cautelar que tiene proyección directa transfronteriza, de modo que, sin violentar el «principio de soberanía», que sigue latente, éste comienza a

relativizarse. La sola retención transnacional de sumas concretas de dinero en cuentas corrientes es un importante paso adelante. Por otro lado, con relación a la duración de la medida, el art. 20.c) del Reglamento establece: «…hasta que surta efecto […] una medida destinada a ejecutar la resolución judicial»; en consecuencia, se entiende que tiene que surtir efecto en el Estado de ejecución. Por lo tanto, se deberá proceder a llevar a cabo la ejecución, en el Estado de ejecución, del correspondiente Certificado o Título emitido en el Estado de origen en base al formulario del reglamento correspondiente. Veamos algún ejemplo:

Si se trata de un Certificado del formulario I del Reglamento 1215/2012 (Bruselas I-bis) y el Estado de ejecución es Alemania, se seguirán los pasos siguientes:

1. Petición al Juzgado del Estado de origen (en nuestro caso, España) de la emisión del Certificado del formulario I del Reglamento 1215/2012, derivado, por ejemplo, de una sentencia condenatoria firme al pago de 10.000 € recaída en un juicio ordinario.
2. Una vez emitido el Certificado o Título (formulario I del citado Reglamento) y traducido a la lengua aceptada en el Estado de ejecución, se deberá presentar por la propia parte ejecutante junto con un testimonio de la resolución (sin necesidad de traducción de esta última), personándose ante el juzgado o autoridad designada en el Estado de ejecución (consultaríamos en la referida página de Internet del Atlas judicial europeo, en este caso respecto del Reglamento 1215/2012, el idioma admitido y cuál es la Autoridad designada para Alemania).
3. De modo que, una vez personada la ejecutante en dicho Estado y presentada la documentación antedicha, se despachará allí la ejecución vía Reglamento 1215/2012. Y entonces se solicitará allí el embargo de la cantidad ya retenida —por el juez español— en la cuenta bancaria merced al Reglamento de 655/2014. El juez alemán sí podrá realizar dicho embargo en su país, por estar dentro de su ámbito de potestad jurisdiccional, y ejecutar el citado embargo para realizar el pago al acreedor.

Si bien, como hemos visto, la ejecución de la retención obliga finalmente al acreedor a personarse en el Estado de ejecución, sin embargo, se persona allí «con los deberes hechos», es decir, con la retención ya practicada desde el Estado de origen. Además, no pueden tampoco obviarse las ventajas que, para facilitar una eventual negociación extrajudicial, proporciona el Reglamento que nos ocupa, pues el deudor está más llamado a negociar al estar soportando ya, en su cuenta corriente, la retención de la suma adeudada.

## VII. Recapitulando en la necesidad de tener siempre presentes los objetivos del Reglamento y reflexión sobre la disyuntiva: juez nacional *versus* juez de la Unión Europea

Decíamos, con motivo de la introducción, que el Reglamento es exponente de los objetivos de la UE, destacando entre ellos el de situar **«**la justicia al servicio de la economía» o, lo que es lo mismo, propiciar el efectivo cobro de las deudas como base en la que asentar el funcionamiento de la economía de mercado. Pero, ¿cómo se debería implementar tal espíritu normativo a la hora de llevar a cabo la interpretación del Reglamento?

El juez de la UE (el juez nacional lo es cuando actúa en el marco de los Reglamentos por conocer de asuntos transfronterizos) tiene que ser consciente de tal vocación del legislador comunitario, como expresión de la *ratio legis* del Reglamento, a la hora de interpretar éste. De modo que, en líneas generales, cabe afirmar que cuando los tribunales nacionales actúan en el marco de las materias reguladas reglamentariamente por la Unión Europea, no actúan propiamente como tribunales nacionales sino como tribunales comunitarios, debiendo su visión trascender de los más estrechos márgenes de lo habitual y perseguir una mayor latitud, incluso asumiendo que la interpretación de sus leyes procesales nacionales debe permitir que en ellas tengan cabida las expectativas de los Reglamentos de la Unión Europea, en la que se viene desarrollando en los últimos 17 años el pertinaz compromiso de crear un «Espacio Europeo de Justicia» que, al implicar a tantos Estados miembros, con tan distintas tradiciones jurídicas, normas procesales y lenguas oficiales, obliga a sus órganos jurisdiccionales a un necesario compromiso que solo puede alcanzarse con una visión finalista de dichos objetivos. De modo que, sin detrimento del respeto de las inexcusables garantías individuales, dicho objetivo no puede estar siempre acechado por el hecho de que el procedimiento interno del Estado, en el que el Reglamento correspondiente acaba siempre recalando para ver llevados sus objetivos a término, es más estrecho en sus miras que las que se contienen en los objetivos de los Reglamentos de la Unión Europea, pues es la Ley nacional la que ha de interpretarse bajo el prisma del Reglamento, y no al revés.

En este sentido, cabe enmarcar la cita de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 15 de julio de 2010 —resolviendo una petición de decisión prejudicial de Bundesgerichtshof–Alemania—,en cuya fundamentación jurídica se hace el siguiente llamamiento a los Tribunales nacionales: «99. Corresponde a los tribunales nacionales, en principio, aplicar su Derecho nacional al

mismo tiempo que velan por garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, lo que puede llevarles a no aplicar, en su caso, una norma nacional que lo obstaculice o a interpretar una norma nacional que haya sido elaborada teniendo en cuenta únicamente una situación puramente interna con el fin de aplicarla a la situación transfronteriza de que se trate […]». En definitiva, las normas internas de los Estados no pueden «[…] frustrar mediante requisitos adicionales los objetivos y fines pretendidos por las normas europeas […]» (en tal sentido, Sentencias del Tribunal de Justicia 119/1984, 388/1992 o 185/2007).

A efectos de comprobación, desarrollo y eventual actualización de datos se recomienda consultar la página de Internet del Atlas Judicial Europeo en materia civil.[2]

[2] *Vid*. nota anterior.

rjib16

COMENTARIS I NOTES

# LOS RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES DEL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN. LA INFLUENCIA DE LA STC 58/2016, DE 17 DE MARZO

***Gabriel Oliver Koppen***
Magistrado
Audiencia Provincial de las Illes Balears

**I. Planteamiento general. II. La STC 58/2016, de 17 de marzo.**

**I. Planteamiento general**

Uno de los objetivos establecidos en el Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia, suscrito el 28 de mayo de 2001, fue redefinir y potenciar la figura del Secretario Judicial (Letrado de la Administración de Justicia desde la Ley Orgánica 7/2015), al que se preveía la atribución de nuevas competencias: «Se atribuirán nuevas competencias a los Secretarios Judiciales, procediendo a la redefinición de la fe pública judicial que la haga compatible con la incorporación de las nuevas tecnologías. Se les atribuirá facultades plenas de impulso procesal para desarrollar los trámites en que no sea preceptiva la intervención del Juez. Se potenciarán las funciones de ejecución, realización de bienes y jurisdicción voluntaria. Se le atribuirán funciones de dirección en la Oficina Judicial y en los servicios comunes creándose a tal efecto los puestos de Secretario de Gobierno y Secretario Coordinador».

Acorde a esa finalidad, en la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, en la que se reorganiza la Oficina Judicial —pendiente aún en la actualidad de plena implantación—, se desarrollan sus competencias y se le atribuyen nuevas. Es ya en la Exposición de Motivos cuando se considera la figura del Secretario Judicial como una de las claves de la reforma. La atribución al Letrado de la Administración de Justicia de mayores competencias fue objeto de una amplia controversia en el proceso de tramitación de la reforma,[1] polémica que se centraba en las dudas de constitucionalidad que suscitaba por la posible contradicción con la atribución exclusiva de la potestad jurisdiccional a Jueces y Magistrados.

Sus funciones se definen en los arts. 452 a 462 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y se clasifican en tres grupos: a) las derivadas del ejercicio de la fe pública judicial y documentación de las actuaciones; b) las de organización, gestión, inspección y dirección del personal en sus aspectos técnicos procesales, y c) las de impulso del procedimiento en los términos en los que establecen las leyes procesales.

En particular se le asigna la competencia de ejecución (art. 456.6.a) cuando así lo prevean las leyes procesales salvo aquellas competencias que exceptúen las leyes procesales por estar reservadas a Jueces y Magistrados.

La concreción de esas funciones en el marco del procedimiento se realizó a través de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal

[1] ORTELLS RAMOS, M. refleja en su trabajo «Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial: constitucionalidad, efectividad/eficacia y técnica legislativa», las declaraciones contrarias de sendos grupos de juristas en relación con el proyecto de ley (*Ius et Praxis*, Año 18, núm. 1 (2012), págs. 397-424).

para la implantación de la nueva Oficina judicial, con el objetivo de regular la distribución de competencias entre Jueces y Tribunales, por un lado, y Letrados de la Administración de Justicia (entonces aún Secretarios judiciales), por otro, con el criterio general de que, salvo los supuestos en que una toma de decisión procesal pudiera afectar a la función estrictamente jurisdiccional, se atribuye la competencia al Letrado de la Administración de Justicia.

Con esta finalidad se reformó el Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la que se asignan la mayor parte de las actuaciones del proceso de ejecución a los Letrados de la Administración de Justicia, sobre la base de considerar que la mayoría de los actos que se llevan a cabo en el seno del procedimiento de ejecución no tienen naturaleza jurisdiccional, sino más bien administrativa.[2] Se trata con carácter principal de trámites reglados que en la mayoría de los supuestos están sujetos a una comprobación material. En este sentido, las competencias del Juez en el proceso de ejecución han quedado limitadas con carácter general a los acuerdos de inicio de la ejecución, a la resolución sobre la oposición y a los recursos.

De forma más específica, en la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) se prevé la resolución por el Juez en los siguientes supuestos: la orden de inicio (art. 551); la resolución de las oposiciones (arts. 556 a 561 y 695); la suspensión de la ejecución en caso de interposición de recursos (art. 567) o por prejudicialidad penal (arts. 569 y 697); la imposición de multas periódicas a personas o entidades por falta de colaboración (arts. 591 y 676.3); la resolución sobre la pertenencia de un bien al ejecutado antes de trabar el embargo (art. 593); la resolución de las tercerías de dominio (arts. 599 y 698) y de mejor derecho (arts. 617 y 620); la nulidad del embargo (art. 609); la declaración de que terceros ocupantes tienen o no derecho a permanecer en el inmueble (arts. 661, 675 y 704); la determinación del plazo para el cumplimiento de lo acordado en caso de condena u obligación de hacer, de no hacer o de entregar una cosa distinta a una cantidad de dinero (arts. 699 y 705); sustitución de la entrega de cosa mueble determinada por una justa compensación pecuniaria (art. 701); tener por emitida una declaración de voluntad que constituye el objeto de la condena (art. 708); la resolución por la que se acuerda que la ejecución siga adelante por un equivalente económico o se apremie al ejecutado por cada mes que transcurra sin llevar a cabo un hacer personalísimo (art. 709); la fijación de

[2] COLOMER HERNÁNDEZ, I. *La reforma del proceso civil. En las reformas en el ordenamiento procesal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2010, pág. 359.

la cantidad de daños y perjuicios (art. 716); equivalente dinerario de una prestación no dineraria (art. 717), y liquidación de frutos y rentas (art. 719).

El ejercicio de la competencia general en materia de ejecución lo será a través del dictado de las resoluciones que le son propias: diligencias de ordenación y decretos (art. 456 LOPJ y art. 206 LEC). Frente a ellas cabrá interponer recurso que, en el régimen del proceso declarativo, son el de reposición ante el propio Letrado de la Administración de Justicia y el recurso de revisión que será resuelto por el Tribunal. Cabe recurso de reposición contra las diligencias de ordenación y los decretos no definitivos (art. 451 LEC), que será resuelto mediante decreto. Frente al decreto por el que se resuelve el recurso de reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión, necesariamente, en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de la decisión y, si no fuera posible por el estado de los autos, se podrá solicitar mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvente en ella (art. 454 bis LEC tras la reforma introducida por la Ley 37/2011, de 10 de octubre). Contra los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o impidan su continuación, así como contra aquéllos contra los que expresamente se prevea, cabe interponer recurso de revisión.

En ejecución se prevé la impugnación de las infracciones legales por medio de recurso de reposición si la infracción constara en la resolución del Letrado de la Administración de Justicia (art. 562), en cuyo caso la resolución del recurso corresponderá al propio órgano que la ha dictado. También podrá recurrirse en reposición en el caso de que el Letrado de la Administración de Justicia dicte resolución contraria al título ejecutivo, que se resolverá por decreto frente al que cabe recurso de revisión ante el tribunal y, si fuere desestimado, recurso de apelación (art. 563).

La posibilidad de interponer recurso directo de revisión contra decretos dictados en fase de ejecución queda delimitada en la LEC a los siguientes supuestos:

- Art. 528.3 (párr. 3.º). Oposición a la ejecución provisional. Decreto que acuerda que no procede la oposición a la ejecución provisional en el caso de que el ejecutado no indique medidas alternativas a las medidas ejecutivas concretas adoptadas en ejecución provisional de sentencia dineraria ni ofreciera prestar caución.
- Art. 531. Suspensión de la ejecución provisional en caso de condenas dinerarias. Decreto de continuación o archivo de la ejecución provisional de condena dineraria adoptado tras la puesta a disposición del Juzgado por el ejecutado para su entrega al ejecutante de la cantidad a la que hubiera

sido condenado más intereses y costas, una vez liquidados aquéllos y tasadas éstas.

- Art. 551.5. Orden general de ejecución y despacho de la ejecución. Decreto en el que se determinan las medidas ejecutivas concretas, medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado y el contenido del requerimiento de pago, dictado tras el auto conteniendo la orden general de ejecución.
- Art. 558.2. Oposición a la pluspetición. Decreto por el que se aprueba el importe de la deuda sobre saldos de cuentas e intereses variables fijado por parte del perito designado cuando ambas partes están conformes o no han presentado alegaciones.
- Art. 570. Final de la ejecución. Decreto que finaliza la ejecución por la completa satisfacción del acreedor ejecutante.
- Art. 589.3 (párr. 3.º). Manifestación de bienes del ejecutado. Decreto por el que se imponen multas coercitivas en caso de falta de respuesta al requerimiento para la manifestación de bienes por el ejecutado.
- Art. 607.7 (párr. 3.º). Embargo de sueldos y pensiones. Resolución por la que se acuerda la entrega directa a la parte ejecutante de las cantidades embargadas.
- Art. 612.2. Mejora, reducción y modificación del embargo. Decreto que acuerda sobre estas peticiones.
- Art. 632.3. Contenido del cargo de administrador. Decreto de autorización para enajenar o gravar participaciones en la empresa o de ésta en otras, bienes inmuebles o cualesquiera otros que por su naturaleza o importancia se hubiere expresamente señalado.
- Art. 633.3 (párr. 2.º). Forma de actuación del administrador. Decreto que resuelve sobre la oposición a la cuenta final justificada que presente el administrador.
- Art. 639.4 (párr. 2.º). Actuación del perito designado e intervención de las partes y de los acreedores posteriores en la tasación. Decreto por el que se determina la valoración definitiva a los efectos de la ejecución.
- Art. 650.4 (párr. 3.º). Aprobación del remate. Pago. Adjudicación de bienes (subasta de bienes muebles). Decreto sobre aprobación del remate a favor del mejor postor si la mejor postura no alcanza el 30 por ciento del valor de tasación ni cubre la cantidad por la que se ha despachado ejecución.[3]

[3] Según el tenor literal del precepto es el único supuesto (en este último caso, dice el precepto) en el que cabe recurso de revisión contra el decreto de aprobación del remate. En

- Art. 670.4 (párr. 3.º). Aprobación del remate. Pago. Adjudicación de los bienes al acreedor (subasta de bienes inmuebles). Decreto sobre aprobación del remate a favor del mejor postor si la mejor postura no alcanza el 50 por ciento del valor de tasación ni cubre la cantidad por la que se ha despachado ejecución[4].
- Art. 678.2 (párr. 2.º). Rendición de cuentas. Decreto sobre la aprobación o rectificación de las cuentas presentadas.
- Art. 690.3. Administración de la finca o bien hipotecado. Decreto de aprobación de la rendición de cuentas de la administración de la finca.
- Art. 700 (párr. 2.º). Embargo de garantía y caución sustitutoria. Decreto que acuerda el embargo de bienes para pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y costas de ejecución en ejecución de condena no dineraria.
- Art. 706. Condena de hacer no personalísimo. Decreto que aprueba la valoración del coste de hacer realizada por perito tasador.

En estas resoluciones está expresamente previsto el recurso directo de revisión. Las previstas en los arts. 583 y 688 LEC ponen fin al procedimiento en cuanto acuerdan el sobreseimiento de la ejecución y podrá interponerse frente a ellas recurso de revisión. Frente a las restantes resoluciones cabe interponer recurso de reposición que será resuelto por decreto frente al que no cabe recurso de revisión. El artículo 454 bis prevé que puede reproducirse la cuestión necesariamente en la primera audiencia ante el tribunal y, si no fuera posible, mediante escrito antes de que se dicte la resolución definitiva para que se solvente en ella. Este precepto está pensado en el procedimiento declarativo, pero no en la ejecución, en la que no siempre está prevista la posibilidad de una audiencia ni va a existir una resolución definitiva dictada por el Tribunal, cuya intervención en el proceso es, como se ha señalado, limitada.

De esta manera quedan, en principio, una serie de resoluciones exentas de una decisión por parte del tribunal que ha acordado la ejecución, al no preverse la posibilidad de control por su parte de las resoluciones tomadas por el Letrado de la Administración de Justicia. La posibilidad de que determinados ámbitos del procedimiento quedaran fuera de la decisión de jueces y tribunales ya fue anunciada en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la Implantación de la Nueva Oficina

---

todos los demás debería estarse al régimen general y, por tanto, tan solo cabría interponer recurso de reposición.

[4] Ocurre lo mismo que se ha comentado en relación con el art. 650.4 (párr. 3º).

Judicial.[5] ORTELLS[6] manifestó también su duda sobre la constitucionalidad, si bien considera que queda salvada con la previsión del art. 454 bis.1 LEC, cuando se permite someter la cuestión al juez en la primera actuación ante él y, en todo caso, antes de que se dicte resolución definitiva, que en el caso del procedimiento de ejecución sería antes de que se dicte por el Letrado de la Administración de Justicia decreto que le pone término o aprovechando el recurso de revisión que se prevé en el art. 570. No obstante es dudoso que el ámbito del recurso de revisión contra el decreto que acuerda el final de la ejecución por la completa satisfacción del acreedor pueda servir de instrumento para la revisión de cualquier infracción ocurrida durante la tramitación del proceso mediante resoluciones frente a las que no quepa recurso directo de revisión. El ámbito del precepto es determinado, pues la declaración de archivo parte de la comprobación de que se ha dado cumplimiento al derecho del acreedor que se perseguía en el procedimiento de ejecución y a ella se llega, o puede llegarse, tras un procedimiento cuya tramitación puede extenderse en el tiempo y en el que se aplican medios diversos para conseguir la efectividad del título en virtud del que se ha iniciado la ejecución.

## II. La STC 58/2016, de 17 de marzo

Resuelve el Tribunal Constitucional en esta Sentencia (ROJ STC 58/2016) una cuestión interna de inconstitucionalidad en relación con el art. 102 bis de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante, LJCA), precepto que fue añadido por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, citada anteriormente.

El precepto regula los recursos contra las resoluciones del Letrado de la Administración de Justicia, en unos términos similares a los de la Ley de enjuiciamiento civil (arts. 454 y 454 bis) y establecía en su apartado 2.º que contra el

[5] Es cierto que en determinados supuestos —como podrá verse más adelante— la Ley establece que ante la resolución del secretario judicial la decisión última es del Juez o Tribunal, siempre y cuando sea susceptible de recurso de revisión; pero este expediente puede resultar insatisfactorio en todos aquellos casos en que no se prevea dicho recurso o que, existiendo, no se ejercite por las partes, por lo que la decisión del secretario judicial devendría irrevocable.

[6] En «Las funciones procesales del secretario en la nueva oficina judicial:...», *cit*., pág. 412.

decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva.

La cuestión se planteó con ocasión de un recurso de amparo presentado contra el decreto del Secretario de Justicia de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo en el que se desestimaba un recurso de reposición contra la diligencia de ordenación dictada el 25 de abril de 2011 y por la que se señalaba para la celebración del juicio oral el 22 de abril de 2014. El recurso de amparo se basaba en la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

La Sala Segunda del Tribunal acordó elevar al Pleno cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional) en relación con el precepto citado por cuanto se priva al justiciable de someter la decisión última al titular del órgano una cuestión tan importante como la de la afectación de un derecho fundamental.

La clave de la cuestión planteada se sitúa en determinar si la previsión del artículo 102 bis de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa es acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantizado en el art. 24.1 CE y con el principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional o principio de «reserva de jurisdicción» consagrado por el art. 117.3 CE.

En la resolución en la que se declara la inconstitucionalidad del precepto analizado se desarrollan los siguientes argumentos:

- Del principio de exclusividad de Jueces y Magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE) no se deriva una prohibición impuesta al legislador por la que se condicione su libertad de configuración para elegir el nivel de densidad normativa con que se pretende regular una determinada materia.

  No ofrece por ello reproche la opción de distribuir la toma de decisiones en el proceso entre Jueces y Magistrados, por un lado, y Letrados de la Administración de Justicia, por otro, reservando a los primeros las decisiones que puedan afectar a la función estrictamente jurisdiccional y a los segundos el dictado de resoluciones procesales que no tengan tal carácter. Ahora bien, ello no elude poner de relieve el lugar preeminente que ocupa el Juez o Tribunal, como titular de la potestad jurisdiccional, con respecto al que corresponde al Letrado de la Administración de Justicia, como director de la oficina judicial que sirve de apoyo a la actividad jurisdiccional de aquéllos. «Son los Jueces y Magistrados quienes ejercen en exclusiva la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE); en última instancia, se

pretende garantizar que toda resolución del Letrado de la Administración de Justicia en el proceso pueda ser sometida al control del Juez o Tribunal, lo que resulta una exigencia ineludible del derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 24.1 CE, así como en los textos internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España (art. 10.2 CE)» (FJ 4 STC 58/2016).

Esta garantía de control judicial se ha plasmado de modo directo, a través del recurso de revisión contra los decretos del Letrado de la Administración de Justicia que pongan fin al proceso o impidan su continuación como, de forma indirecta, en el caso de los decretos del Letrado de la Administración de Justicia resolutivos de la reposición, que no siendo recurribles pueden ser sometidos a la consideración del Juez o Tribunal dentro del proceso. Así ocurre en el procedimiento civil al reproducir la cuestión en la primera audiencia ante el Tribunal tras la toma de la decisión (art. 454 bis LEC) como en el proceso contencioso administrativo al recurrir la resolución definitiva (art. 102 bis LJCA).

- Esta previsión de que pueda reproducirse la cuestión al recurrir la resolución definitiva puede ocasionar supuestos en los que se prive al justiciable de la posibilidad de someter a la decisión última del titular del órgano judicial cuestiones que pueden afectar a un derecho fundamental y una desatención a la tutela judicial efectiva, como se aprecia en el supuesto que es analizado en la resolución.

  La previsión de que pueda reproducirse al recurrir la resolución definitiva no salva este inconveniente pues existen resoluciones contra las que no cabe recurso, ni salvaría la duda de constitucionalidad en el supuesto planteado, pues la denuncia de la vulneración de un proceso sin dilaciones indebidas debe efectuarse mientras el proceso está aún pendiente, con el fin de poner fin a la dilación denunciada.

  Tampoco la posibilidad de remedios alternativos como la declaración de nulidad de actuaciones o el incidente de nulidad de actuaciones de los arts. 240.2 y 241 LOPJ, permite la interpretación conforme a la Constitución.
- Concluye la Sentencia en el FJ 7 diciendo que «el derecho fundamental garantizado por el art. 24.1 CE comporta que la tutela de los derechos e intereses legítimos de los justiciables sea dispensada por los Jueces y Tribunales, a quienes está constitucionalmente reservada en exclusividad el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Este axioma veda que el legislador excluya de manera absoluta e incondicionada la posibilidad de

> recurso judicial contra los decretos de los Letrados de la Administración de Justicia resolutorios de la reposición, como acontece en el cuestionado párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA.
>
> […] el párrafo primero del art. 102 bis.2 LJCA, redactado por la Ley 13/2009 ("Contra el decreto resolutivo de la reposición no se dará recurso alguno, sin perjuicio de reproducir la cuestión al recurrir, si fuere procedente, la resolución definitiva"), incurre en insalvable inconstitucionalidad al crear un espacio de inmunidad jurisdiccional incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y la reserva de jurisdicción a los Jueces y Tribunales integrantes del poder judicial. El precepto cuestionado, en cuanto excluye del recurso judicial a determinados decretos definitivos del Letrado de la Administración de Justicia (aquellos que resuelven la reposición), cercena, como señala el ATC 163/2013, FJ 2, el derecho del justiciable a someter a la decisión última del Juez o Tribunal, a quien compete de modo exclusivo la potestad jurisdiccional, la resolución de una cuestión que atañe a sus derechos e intereses y legítimos, pudiendo afectar incluso a otro derecho fundamental: a un proceso sin dilaciones indebidas. Ello implica que tal exclusión deba reputarse lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva que a todos garantiza el art. 24.1 CE y del principio de exclusividad de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE)».
>
> Se estima, en consecuencia, la cuestión de inconstitucionalidad y se declara la nulidad del primer párrafo del artículo 102 bis.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio (LJCA). Precisa también que, en tanto el legislador no se pronuncie al respecto, el recurso judicial procedente frente al Letrado de la Administración de Justicia resolutivo de la reposición ha de ser el directo de revisión.

La publicación de la Sentencia ha dado lugar a manifestaciones sobre su influencia en el régimen de recursos previsto en los procedimientos seguidos ante otros órdenes jurisdiccionales y, en particular, en el proceso civil de ejecución, en el que, como se ha señalado, existen trámites en los que no está prevista resolución judicial y falta una regla general que permita el recurso de revisión.

Así YÁÑEZ y STEFEL[7], afirman que la única interpretación posible del artículo 551.5 LEC conforme a la Constitución es que el recurso directo de revisión previsto quepa frente a cualesquiera decretos dictados en el curso de la ejecución

[7] YÁÑEZ EVANGELISTA, J.; STEFEL MORENO, A. «Reflexiones sobre la STC (Pleno) de 17 de marzo de 2016: bases para la proyección de su Doctrina en el Orden Civil». *Diario La Ley*, núm. 8760 (2016).

acordando las medidas a que se refiere el art. 551.3. En términos más generales, consideran que aunque en determinados supuestos sea posible una interpretación de la Ley de Enjuiciamiento Civil conforme con los postulados de la Sentencia, en otros la única forma de respetar el criterio del Tribunal Constitucional será permitiendo el recurso de revisión allí donde la Ley lo prohíbe expresamente.

BANACLOCHE[8] considera que desde la Sentencia es doctrina constitucional que toda decisión de un Letrado de la Administración de Justicia pueda ser revisada por un Juez, siempre que se alegue que tal decisión afecta a un derecho o interés legítimo, con independencia de que esté o no prevista esta posibilidad en el supuesto de que se trate. Ello resulta de particular interés en el proceso de ejecución, dado que, según considera, contra el decreto que lo resuelva debe entenderse que procede, en todo caso, recurso de revisión ante el Juez, para evitar que una decisión pueda quedar inmune al control jurisdiccional. Es más, sostiene que el legislador debería replantearse el sistema de recursos contra las resoluciones interlocutorias que provienen del Letrado de la Administración de Justicia, eliminando el recurso de reposición y estableciendo en todo caso un recurso de revisión ante el Juez.[9]

En ambos casos, se apoyan en lo dispuesto en el art. 5.1 LOPJ, pues al ser doctrina emanada del Tribunal Constitucional resulta de obligado cumplimiento para todos los tribunales, doctrina que no se limita al contenido del fallo, sino que se extiende a la correspondiente fundamentación jurídica, en especial a la que contiene los criterios que conducen a la *ratio decidendi* (ROJ STC 158/2004).

Son pocas las resoluciones judiciales en las que se haga una mención a esta STC y a la doctrina que de ella dimana, al menos son pocas a las que se ha tenido acceso.

La Sala Penal de la Audiencia Nacional en auto de 6 de junio de 2016 (ROJ AAN 82/2016) entiende que el art. 238 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal mantiene su vigencia. Los efectos de la inconstitucionalidad afectan de forma exclusiva al art. 102 bis 2 párrafo I de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y así debe entenderse pues el art. 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que la declaración de

[8] BANACLOCHE PALAO, J. «Todas las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia son revisables en todas las jurisdicciones. La inevitable extensión de la STC 58/2016, de 17 de marzo». *Diario La Ley*, núm. 8779, Sección Tribuna (2016).

[9] Sobre la inutilidad del recurso de reposición se han pronunciado ARAGONÉS SEIJO, S. y FERNÁNDEZ SERRA, L. en «La pérdida de utilidad del recurso de reposición ante el Letrado de la Administración de Justicia tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de marzo de 2016». *Diario La Ley*, núm. 8749, Sección Tribuna (2016).

inconstitucionalidad se extenderá a aquellos otros preceptos de la Ley a los que deba extenderse por fuerza de conexión o consecuencia y el Tribunal Constitucional circunscribe su declaración al precepto citado.

En el orden penal pueden citarse también las Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 4.ª, de fechas 28 de marzo de 2017 (ROJ AAP M 926/2017) y 9 de mayo de 2017 (ROJ AAP M 1511/2017), en las que se muestra un criterio favorable a una nueva interpretación del art. 238 bis citado, más adecuada a la doctrina que emana de la Sentencia.

En el mismo sentido, en el orden jurisdiccional civil y con motivo de una resolución dictada en un proceso de ejecución, el auto de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1.ª (ROJ AAP SO 183/2017) estima un recurso de queja contra la inadmisión de un recurso de apelación contra la providencia que inadmitió un recurso de revisión contra el decreto de aprobación de remate, con aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional que se deriva de la Sentencia que se analiza con cita del art. 5 LOPJ.

En tanto se proceda por el legislador a la necesaria reforma que deriva de la declaración de inconstitucionalidad del art. 102 bis.2 párrafo 1.º de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa —reforma que, a tenor de la declaración del Tribunal Constitucional sobre la incompatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la existencia de un espacio de inmunidad jurisdiccional, puede afectar también a la regulación de los recursos en los restantes órdenes jurisdiccionales— será preciso realizar una interpretación de las normas que regulan el acceso a los recursos de las resoluciones de los Letrados de la Administración de Justicia que favorezca la posibilidad de la revisión por parte del Juez o Tribunal. Esto es de particular relevancia en el procedimiento de ejecución en el que, como ya se ha reseñado, el Letrado de la Administración de Justicia asume la mayoría de las actuaciones hasta su finalización. Esta vía puede ser la de realizar una interpretación amplia de las resoluciones frente a las que cabe interponer recurso de revisión, aquellas que ponen fin al procedimiento o impiden su continuación y considerar como tales todas aquellas en las que se decida con carácter definitivo una cuestión procesal que afecte a las partes. Este criterio ya se seguía por la Audiencia Provincial de Illes Balears, Sección 3.ª, al analizar las resoluciones contra las que cabe interponer recurso de apelación en el procedimiento de ejecución, al considerar que es definitiva en fase de ejecución aquella resolución que la lleva a una situación irreversible. En este sentido pueden citarse los autos de fecha 27 de octubre de 2017 (ROJ AAP IB 286/2017), 11 de

noviembre de 2015 o 4 de junio de 2015. De esta forma se permitiría que determinadas resoluciones de indudable trascendencia para las partes en el procedimiento, como pueda ser el decreto de aprobación del remate, puedan someterse a la decisión última del juez de la ejecución, cumpliéndose así la doctrina constitucional que se deriva de la Sentencia que se ha analizado.

rjib16

# JURISPRUDÈNCIA
**(gener 2017-desembre 2017)**

*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. 28/2017, DE 16 DE FEBRER (PLE). Ponent: Sra. Roca Trías. QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT. PLANEJAMENT URBANÍSTIC I TRÀMIT D'INFORMACIÓ PÚBLICA. CONTRAVENCIÓ DE LES PREVISIONS DE LA LEGISLACIÓ BÀSICA PER LA LEGISLACIÓ URBANÍSTICA AUTONÒMICA, QUANT A LA GARANTIA DEL TRÀMIT DE PARTICIPACIÓ CIUTADANA EN EL PROCEDIMENT D'ELABORACIÓ. LIMITACIONS IMPLÍCITES DE LA CONFIGURACIÓ LEGAL PER L'ART. 105.C) CE.*

**Resum dels fets:** la secció primera de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Castella-la Manxa va plantejar qüestió d'inconstitucionalitat respecte de l'art. 36.2.a), paràgraf segon, del text refós de la Llei d'ordenació del territori i de l'activitat urbanística d'aquella comunitat autònoma, aprovat per Decret legislatiu 1/2004, de 28 de desembre, per una possible vulneració dels art. 9.2, 23, 103, 105 a) i 149.1.1a, 13a, 18a i 23a CE. El precepte qüestionat determinava que en el procediment d'aprovació de plans urbanístics no resultava preceptiu reiterar el tràmit d'informació pública, ni tan sols quan s'introduïssin modificacions substancials en el projecte, essent suficient que l'òrgan administratiu publicàs l'aprovació i la notificàs als interessats personats.

Singularment s'al·lega contradicció de la norma autonòmica amb l'art. 6.1 de la Llei 6/1998, de 13 d'abril, sobre règim del sòl i valoracions (LRSV), que disposava com la legislació urbanística ha de garantir la participació pública en els processos de planejament i de gestió, així com el dret a la informació de les entitats representatives dels interessos afectats per cada actuació i dels particulars.

El precepte autonòmic, a parer de l'òrgan que planteja la qüestió, no ofereix cap mecanisme per garantir la participació pública en el procés de planejament quan durant la seva tramitació s'introdueixin modificacions substancials, amb contravenció tant dels mandats constitucionals dels art. 9.2 i 105.a) CE, com per infracció de la distribució constitucional de competències, des del moment en què l'art. 6.1 LRSV, norma vigent en el moment del supòsit del fet enjudiciat, disposava que la legislació urbanística hauria de garantir la participació pública en els processos de planejament i de gestió.

La Sala afegeix que aquesta argumentació s'ha avalat per la doctrina del Tribunal Suprem, per entendre que l'efectivitat del mandat de participació que

contenen les normes estatals implica que sigui exigible obrir un nou tràmit d'informació pública si s'introdueixen modificacions substancials.

**Fonamentació jurídica:** el TC indica inicialment que l'àmbit material en el qual s'insereixen les normes en conflicte és l'urbanisme, competència exclusiva autonòmica per bé que l'Estat disposa d'alguns títols que li permeten condicionar la política urbanística, sense que no obstant això es transformi en una competència compartida.

Per remissió a la doctrina reiterada, es recorda que l'Estat pot preveure d'acord amb l'art. 149.1.18a CE l'existència del tràmit d'informació pública ciutadana en determinats instruments de planejament urbanístic, com ho fa també amb relació a altres aspectes com el resum executiu de planejament, o la publicació telemàtica del contingut dels instruments.

Entrant en l'anàlisi específica de l'art. 6.1 LRSV, es remet a la STC 164/2001 per incidir en el fet que tant el mandat de participació pública com els drets informatius són reconduïbles a la competència estatal esmentada, sobre bases del règim jurídic de les administracions públiques i procediment administratiu comú, sense que això no envaeixi les competències urbanístiques.

El punt d'inflexió a determinar, segons el TC, és si l'exclusió d'un segon tràmit d'informació pública en el cas de modificacions substancials del planejament entra dins el marge de configuració de què disposa el legislador urbanístic autonòmic o si, contràriament, en eludir aquest tràmit, s'entén que el marge s'ha superat de manera contrària a l'ordre constitucional de distribució de competències en contravenir el principi de participació ciutadana que ha disposat la legislació estatal. A aquest efecte, considera que l'art. 6.1 LRSV inclou un mandat abstracte que no predetermina un model únic de participació, en la mesura que aquest article no imposa una manera determinada de realitzar aquest tràmit d'informació pública.

El dret de participació té una rellevància indiscutible, però no obstant això, neix de la Llei, i té la configuració que el legislador consideri oportú atorgar-li per determinar com s'ha de satisfer dita garantia. El legislador autonòmic pot, des de la formulació d'aquesta regla de participació feta pel legislador estatal, optar per diferents models possibles, atès que tampoc l'art. 105.a) CE no determina com s'ha de satisfer la garantia, ni quina és l'Administració que l'hagi d'assegurar.

Però el marge de què disposa el legislador autonòmic per a la concreció del tràmit no és absolut perquè tant l'art. 105.a) CE esmentat, com el respecte a la distribució de competències, imposen una garantia de participació derivada de

l'art. 6.1 LRSV des d'un doble vessant, això és: a) el de l'Administració, que disposa d'un mecanisme per conèixer els interessos de la ciutadania sobre el planejament, i b) el dels ciutadans, que intervenen d'aquesta manera en la presa de decisions públiques sobre la configuració de la ciutat.

Aquest doble objectiu es veuria neutralitzat, i convertiria el tràmit en fictici i la participació en irreal, si allò que se sotmetés al tràmit d'informació fos un pla substancialment distint del que s'aprovàs definitivament. En definitiva, per al TC, encara que no s'estableix un únic model de participació en l'art. 6.1 LRSV, això no pot comportar que la participació pública en el planejament es pugui excloure.

Es tracta d'un tràmit essencial per la incidència especial que tenen els plans en la vida dels ciutadans, i per això en resulta una necessitat d'assegurar el dret a la participació pública, que naturalment ha de ser efectiva. Es vulnera per tant aquest dret si s'aprova un instrument no només sense el tràmit, sinó també quan s'introdueixin, sense un nou tràmit d'informació, modificacions substancials. Això perquè en aquest darrer cas la participació tampoc no és efectiva, perquè es referiria a un pla que no és el que conté les decisions que l'Administració es proposa adoptar i sobre les que ha de permetre que s'expressi l'opinió ciutadana.

En conclusió, el TC estima la qüestió d'inconstitucionalitat declarant la nul·litat del precepte de la llei autonòmica.

**Comentari:** en bona part, els arguments emprats pel TC per tal de destacar la funció institucional del tràmit d'informació pública i participació ciutadana són els mateixos ja perfilats per la jurisprudència del TS, i també per la del nostre TJSIB, de la que en pot ser un exponent la seva Sentència núm. 918/2011, de 28 de novembre.

De fet, el dictat d'aquesta Sentència del TC es produeix com a conseqüència d'uns precedents molts extensos que es relaten en els antecedents de la resolució, i que acabaren amb l'estimació d'un recurs d'empara, atès que els fets que han motivat la present qüestió de constitucionalitat foren resolts en la via judicial ordinària. L'estimació de l'empara va ser per considerar l'existència d'excés de jurisdicció, en entendre que la inaplicació del precepte autonòmic duta a terme en via ordinària requeria elevar prèviament la dita qüestió, situació que ha fet que el TC assumeixi aquesta construcció doctrinal, evidentment ara amb referència a una norma amb rang de llei i els límits possibles en la configuració del tràmit.

La informació pública, en definitiva, és un dels conductes dels que han de disposar els ciutadans perquè es pugui escoltar la seva veu en les decisions que els afecten, perquè així ho reclama l'art. 105.a) CE, en l'enteniment que, com

expressen sentències com la núm. 119/1995 del mateix TC, insta qui tengui interès o vulgui expressar la seva opinió perquè li serveixi de font d'informació de l'Administració, i pugui afavorir així l'encert i l'oportunitat de la mesura que s'hagi d'adoptar; com també un conducte per a la defensa dels interessos individuals o col·lectius afectats potencialment.

Cal destacar que la connexió de l'art. 6 LRSV amb el precepte constitucional no suposa exercici de competència urbanística autonòmica malgrat el caràcter eminentment sectorial d'aquest precepte. El TC recorda que regula les relacions entre ciutadans i administracions públiques, essent un àmbit de competència estatal que, juntament amb el caràcter abstracte de la regulació, no imposa un únic model de participació i informació ciutadana, sempre però que respecti els límits que abans hem sintetitzat, i que en definitiva volen garantir no només un principi de transparència, sinó essencialment el dret d'accés a la informació urbanística i la participació cívica en els procediments d'aprovació o alteració dels instruments d'ordenació urbanística.

## *2. SENTÈNCIA NÚM. 50/2017, DE 8 DE MAIG (SALA PRIMERA). Ponent: Sr. Montoya Melgar. RECURS D'EMPARA. VULNERACIÓ DEL DRET A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA PER CITACIÓ DEFECTUOSA DEL DEMANDAT. CONDICIONS PRÈVIES DE LES NOTIFICACIONS EDICTALS. MITJANS ALTERNATIUS RAONABLES D'OBTENCIÓ DE LES DADES D'UN DOMICILI EN EL QUAL ES PRACTIQUI UNA NOTIFICACIÓ PERSONAL. INCIDENT DE NUL·LITAT I ATORGAMENT DE L'EMPARA.*

**Resum dels fets:** l'any 2012 s'interposà una demanda de reclamació de quantitat, el coneixement de la qual va correspondre al Jutjat de Primera Instància núm. 2 d'Eivissa, instant el pagament del preu dels mobles i altres elements de decoració per un habitatge situat en aquell municipi; habitatge que s'indicava igualment com a domicili del demandat a efectes de notificacions. A la demanda s'acompanyava, com a prova documental, una nota simple del Registre de la Propietat de dit immoble, i se sol·licitava igualment el seu embargament preventiu.

La demanda s'admeté a tràmit i s'ordenà la citació al demandat per a la seva contestació en el domicili proporcionat per la part actora. Seguidament el Servei Comú d'Actes de Comunicació i Execució dels Jutjats d'Eivissa informà que, després d'haver-se presentat dues vegades a la residència indicada, no s'havia

localitzat cap persona a qui practicar la notificació, i deixà avís en ambdues ocasions. Amb la corresponent diligència, s'acompanyava consulta domiciliària efectuada a través del Punt Neutre Judicial, de la qual cosa es desprenia que, segons la base de dades del Cos Nacional de Policia, el domicili del demandat es trobava en un altre pis del mateix immoble.

Seguidament, el secretari judicial ordenà conferir trasllat de les actuacions a la part actora, i també realitzar novament la citació en el domicili proporcionat pel Punt Neutre, distint de l'inicial quant al pis de l'immoble. Igualment, el Servei Comú practicà diligència negativa de comunicació al nou domicili, i deixà avisos en dates i horaris diferent sense cap resultat.

A la vista de les actuacions anteriors, el Jutjat ordenà que se citàs a termini el demandat per edictes en el tauler d'anuncis de l'òrgan judicial, sense que no compareguès i per això és declarat en rebel·lia per resolució de 31 de juliol de 2013, i acorda la mesura cautelar d'embargament preventiu de l'immoble a través d'interlocutòria de la mateixa data. Finalment, el 14 de maig de 2014, dictà Sentència estimant íntegrament la demanda, que es notificà al demandat mitjançant edicte en el BOIB el 13 de gener de 2015.

Igualment, una vegada declarada la fermesa de la Sentència, s'interposà demanda d'execució per l'actora, resolta per Interlocutòria de 21 d'abril de 2015. Intentada la notificació de la demanda executiva en dues ocasions al mateix immoble, no es va poder practicar; i localitzat pel Jutjat un domicili distint de l'executat, també s'intentà dur a terme la notificació sense resultat, per tractar-se d'una assessoria a la qual el demandat havia requerit els seus serveis en el passat. En conseqüència, el Jutjat va ordenar finalment la notificació de la demanda executiva igualment per edictes.

El demandat coneix l'existència del procediment amb motiu de la venda de l'immoble i de sol·licitar al Registre de la Propietat una nota simple de la finca, moment en què s'adona de la constància de l'embargament travat per l'òrgan judicial; davant el qual compareix tant en les actuacions del judici ordinari com en les d'execució, on se'l té per personat i davant el qual interposa incident de nul·litat d'actuacions per indefensió.

L'incident de nul·litat es desestima per Interlocutòria del Jutjat de 27 de juny de 2016, que entén que el mecanisme processal per denunciar les deficiències en la notificació de la demanda era el procediment de rescissió de sentències fermes en rebel·lia previst a la LEC, Interlocutòria que després es declara ferma i ordena continuar l'execució. Això motiva finalment la formulació de recurs d'empara

constitucional per part del demandat, en termes semblants a l'incident de nul·litat d'actuacions, per vulneració del seu dret fonamental a la tutela judicial efectiva des dels vessants de proscripció d'indefensió i d'obtenció de resolució judicial motivada en dret, considerant addicionalment que l'argument del Jutjat sobre l'aplicabilitat del recurs de rescissió de sentències fermes de la LEC estaria fora de termini.

**Fonamentació jurídica:** la Sentència es dedica en primer lloc a perfilar els trets generals de la problemàtica de fons plantejada en aquest recurs d'empara, per això recorda com la seva doctrina sosté que el dret a la tutela judicial efectiva sense indefensió *ex* art. 24.1 CE garanteix a tots els que puguin resultar afectats per la decisió que es dicti en un procés judicial el dret a conèixer la seva existència, perquè hi puguin intervenir, ser oïts i exercir la defensa dels seus drets o interessos. Un instrument cabdal de la constitució correcta de la relació juridicoprocessal, la ruptura del qual pot constituir una lesió del dret a la tutela, és el règim processal de les citacions a termini i les notificacions a les parts dels diferents actes que tenen lloc en el si d'un procediment judicial, perquè només així es poden garantir els principis indisponibles de contradicció i igualtat d'armes entre les parts del litigi.

Des d'aquesta premissa, distingeix dues conseqüències que deriven de les limitacions en la utilització de la denominada notificació edictal com a mecanisme excepcional en el procés, d'acord amb la doctrina del TC:

a) Si de l'examen de les actuacions o de la documentació aportada per les parts es dedueix l'existència d'un domicili que faci factible practicar de forma personal els actes de comunicació processal amb el demandat, l'òrgan judicial, malgrat que no es tracti del domicili indicat per l'actor en la demanda, ha d'intentar dur-hi a terme la notificació abans d'utilitzar la via dels edictes.
b) Ha d'extremar les gestions per esbrinar on paren els destinataris pels mitjans normals que tengui al seu abast, de manera que la decisió judicial que comporti tenir a la part en un procediment com a persona en parador ignorat s'ha de fonamentar en criteris de raonabilitat que acondueixin a la certesa, o com a mínim a una convicció raonable, que els mitjans normals de citació són inútils.

Les actuacions d'investigació no han de ser desmesurades, però sí han d'acreditar que s'han utilitzat tots els mitjans que estiguin a l'abast de l'òrgan judicial, de manera que en vista de tots els que s'hagin practicat es pugui deduir raonablement que s'han exhaurit les possibilitats de localització i de notificació personal al demandat. Tot això, en definitiva, és la conseqüència lògica del caràcter

excepcional i subsidiari de la notificació edictal, establerta reiteradament en la jurisprudència del TC.

Tot seguit, aplicant aquesta doctrina general amb relació als fets que hem extractat en l'apartat d'antecedents, el TC considera que el Jutjat de Primera Instància núm. 2 d'Eivissa va dur a terme la citació al demandat de forma deficient, indicant que això es desprèn fàcilment de la literalitat de l'art. 161.4 LEC vigent en aquell moment, que preveu que en cas que no es trobi ningú en el domicili al qual s'acudeixi per a la pràctica d'una comunicació, el secretari judicial o funcionari ha de procurar esbrinar si hi viu el seu destinatari. Si ja no hi residís o no hi treballàs i alguna de les persones consultades conegués el domicili actual, s'ha de consignar en la diligència negativa. Finalment, si no es pogués conèixer per aquest mitjà el domicili del demandat i el demandant no n'hagués designat altres com a possibles, s'ha d'actuar d'acord amb l'art. 156.

El TC indica que aquest darrer precepte ordena la utilització dels mitjans oportuns per esbrinar el domicili o residència del demandat, i per això es pot acudir als registres, organismes, col·legis professionals, entitats i empreses a què es refereix l'art. 155.3, que preveu com a domicili per efectuar l'emplaçament de les persones físiques el que consti en el padró municipal, el que consti oficialment a altres efectes, o el que aparegui en el registre oficial o en publicacions de col·legis professionals, quan es tracti respectivament d'empreses i altres entitats o de persones que exerceixin professions per a les quals s'hagin de col·legiar; i també el lloc en què desenvolupi activitat professional o laboral no ocasional.

Es considera que el funcionari del Servei Comú Judicial, quan va a dur a terme en el cas les diligències de comunicació en l'habitatge del demandat, en constatar que en ell no s'hi trobava ningú no va realitzar cap indagació documentada en actes, sobre si constituïa efectivament el seu domicili. Es va obviar, contravenint el deure de diligència especial que fixa la doctrina constitucional a l'efecte, una indagació exigida legalment i conduent directament a verificar la idoneïtat de la notificació pràctica i la localització del demandat.

La Sentència reconeix que és cert que, posteriorment, el Jutjat va efectuar una consulta domiciliària integral en el Punt Neutre Judicial, però no va exhaurir les possibilitats de localització i, per tant, de notificació personal de la demanda al demandat. Això perquè no es pot estimar dita consulta com l'únic mitjà possible d'investigació del parador del demandat, que faci innecessària una indagació *in situ* com la que ordena la LEC, i que acondueixi a una convicció raonable sobre la inutilitat dels mitjans personals de citació, perquè la informació que subministren els

registres que conté el Punt Neutre no suposa per ella mateixa la constatació del fet rellevant, com és si en el lloc on s'acudeix hi resideix realment l'interessat. Entén igualment que abans de recórrer a la notificació edictal el Jutjat va poder dur a terme altres indagacions que, pel contingut de les actuacions, es podien considerar raonablement al seu abast; com ara la utilització de cercadors i xarxes socials que existeixen a internet i, essencialment, que de la demanda es deduïa que la part actora podia conèixer més dades de la identificació del demandat.

En aquest sentit, el TC exposa que en una diligència de les actuacions es reflectia que la demandant havia informat el Jutjat que el demandat es trobava transitòriament a l'illa, del que es podia deduir que encara mantenien contacte. Per altra banda, la relació comercial origen del plet ascendia a un import considerable que feia difícil creure que els béns i serveis s'haguessin prestats per la demandant sense tenir garantia de la solvència del client, la qual cosa podia provenir del coneixement personal, inclòs el seu càrrec de president del conegut club de futbol Olympique de Marsella. Per això, entén que el Jutjat va poder i havia d'haver requerit la part actora perquè aportés totes les dades que conegués del demandat i de la seva apoderada que en facilitessin la localització.

Hi afegeix dues consideracions, com és que l'òrgan judicial hagués pogut i hauria d'haver exhortat el Servei Comú d'Actes de Comunicació i Execució dels Jutjats d'Eivissa perquè la diligència de notificació practicada es fes respectant escrupolosament les exigències legals successivament incomplertes, la qual cosa hauria permès que l'òrgan judicial conegués que el recurrent no residia en aquell domicili i que eren necessàries cerques addicionals. Finalment, destaca que tampoc no s'ha de descartar que hagués pogut sol·licitar còpia de l'escriptura pública de compravenda de l'immoble, almenys en el punt relatiu al domicili del demandat, en aplicació de la normativa notarial amb relació a les facultats que li atorga la LOPJ.

En conclusió, el TC entén que qualsevol de les diligències anteriors podria haver aconduit a esbrinar el domicili real del demandant a França, i notificar la demanda amb les garanties i mecanismes de cooperació establerts en el Reglament (CE) 1393/2007, del Parlament europeu i del Consell, de 13 de novembre de 2007, relatiu a la notificació i al trasllat en els estats membres de documents judicials i extrajudicials en matèria civil o mercantil. Per tot això, entén que el demandant de l'empara, per la manca de diligència de l'òrgan judicial en l'acte de comunicació, va restar aliè al procés, per la qual cosa declara vulnerat el dret a la tutela judicial efectiva sense que no es pugui produir indefensió de l'art. 24 CE, resultant per això innecessari l'examen de la segona vulneració al·legada relativa al dret a una resolució fonamentada; declara així l'estimació del recurs d'empara i la nul·litat de

les resolucions del Jutjat de Primera Instància núm. 2 d'Eivissa, amb retroacció d'actuacions al moment anterior a l'ordenació de la citació edictal.

**Comentari:** la doctrina processalista ha assenyalat que els sistemes de notificacions que estableix el nostre ordenament, siguin de naturalesa judicial o administrativa, no assoleixen plenament l'objectiu de garantir els drets dels interessats. Per ventura la regulació dels mecanismes no assoleix el grau de precisió escaient ni respon a la realitat social, i per això mai no és fàcil, d'inici, la determinació del punt en el qual es compleix en cada cas amb aquest deure d'esbrinar el domicili de l'interessat.

El TC ha reconegut reiteradament l'especial importància i transcendència dels actes de comunicació dels òrgans judicials, per tal d'assenyalar l'enorme rellevància que té la constitució de la relació jurídica processal per garantir el dret de defensa de l'art. 24 CE, i singularment en la citació de qui pot ser part, de la qual dependrà la seva actuació en el judici. Com hem vist, la doctrina constitucional exigeix l'exhauriment previ de totes les modalitats de notificació per assegurar-ne la recepció, i admet la modalitat edictal només en els casos en què no consti el domicili de qui s'hagi de citar a termini o se n'ignori el parador.

La Sentència del TC imposa així al jutge una tasca de recerca, per bé que reconeix en aquesta Sentència que no s'ha d'identificar amb una investigació desmesurada, que podria dur a una situació no desitjada de restricció dels drets de defensa i a no patir dilacions indegudes de les parts restants personades en el procés. Perfila però, de contrari, que se li ha d'exigir la utilització de tots els mitjans que tengui al seu abast, sense que no obsti a aquesta regla el fet que el domicili del demandat es pugui trobar a l'estranger, atès que és aplicable la mateixa doctrina, atorgant l'empara tant en els casos en què l'òrgan judicial no havia practicat el seu emplaçament en el domicili situat fora del territori nacional que constava en les actuacions, com en aquells altres supòsits en què el demandat havia estat citat per edictes, sense que el jutge no hagués exhaurit prèviament els instruments de recerca al seu abast.

En el cas tractat, destaca que per bé que s'utilitzà el ressort del Punt Neutre Judicial, la informació que hi subministren els registres associats no permet *per se* constatar el fet rellevant de l'empara, és a dir, si l'interessat resideix efectivament a un lloc determinat. Precisa, en aquesta línia, que els registres i organismes públics es nodreixen majoritàriament de la informació que els proporciona el ciutadà per uns efectes diferents del procés, i en un moment anterior al seu desenvolupament. Per això, el domicili que hi figura pot ser que no sigui l'actual de l'interessat, i això fa que

les dades proporcionades pel Punt Neutre s'hagin de contrastar en el moment de dur a la pràctica la diligència de notificació, cosa que no es va dur a terme en el procediment impugnat en empara que hem exposat.

En qualsevol cas, una petita crítica que es pot fer a la STC és retreure al Jutjat d'Eivissa que hagués pogut utilitzar com a eina d'investigació distints cercadors i xarxes socials d'internet, amb el pretext que, malgrat no són formalment un instrument d'investigació exigible als òrgans judicials als efectes de localització d'un demandat en el procés civil, en el cas no s'havia de rebutjar la seva condició de president de l'Olympique de Marsella, que hauria facilitat la seva localització dirigint la notificació a la seu de dit club de futbol. Efectivament, entenem que el TC aquí s'excedeix amb la crítica a l'actuació de l'òrgan judicial, des del moment que no consta que en les actuacions hagués tengut coneixement d'aquesta circumstància personal del demandat, sinó que cal deduir que aquest fet es posa de manifest posteriorment, és a dir, per les al·legacions del demandat quan formula el recurs d'emparament.

## *3. SENTÈNCIA NÚM. 89/2017, DE 4 DE JULIOL (PLE). Ponent: Sr. Xiol Ríos. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. NORMALITZACIÓ LINGÜÍSTICA I ESTABLIMENT DE QUOTES EN LA DISTRIBUCIÓ I EXHIBICIÓ CINEMATOGRÀFICA. COMPETÈNCIES ESTATALS EN MATÈRIA DE CONDICIONS BÀSIQUES D'IGUALTAT I LLIBERTAT D'EMPRESA I PROJECCIÓ DE LES COMPETÈNCIES AUTONÒMIQUES SOBRE FOMENT DE LA LLENGUA PRÒPIA I CULTURA. BASES DE L'ACTIVITAT ECONÒMICA I PARÀMETRES DE PROPORCIONALITAT, IDONEÏTAT I ADEQUACIÓ EN LES LIMITACIONS ESTABLERTES PER LA LLEI AUTONÒMICA.*

**Resum dels fets:** un grup de diputats del Grup Parlamentari Popular en el Congrés formula recurs d'inconstitucionalitat contra els art. 17, apartat 1.a); 18, apartats 1, 2 i 3; 19, apartat 1 b); 50, apartat 2 b) i c), apartat 3 b) i c) i apartat 4 b) i c); 51, apartat 2 a), b) i c) i apartat 3, i 52, apartat d) de la Llei del Parlament de Catalunya 20/2010, de 7 de juliol, del cine. Sostenen que els preceptes esmentats vulneren els art. 3, 9, 14, 31.1, 38, 139, 149.1.1a i 10a CE.

Tanmateix, el TC exposa en els fonaments preliminars que no pot examinar la constitucionalitat per remissió en bloc als preceptes de la norma màxima sense una argumentació específica dels demandants, com considera que succeeix amb relació als art. 3, 9, 14, 31.1 i 139 CE, perquè s'han invocat sense cap expressió dels motius en concret que justificarien la seva vulneració. Per això, la Sentència es limita al contrast dels preceptes impugnats amb altres del bloc de constitucionalitat respecte dels que se n'ha fet un raonament en l'escrit del recurs, cenyint-se així als art. 38 i 149.1, apartats 1 i 10.

Així mateix, els fonaments inicials de la Sentència delimiten que l'escrit del recurs en realitat es dirigeix fonamentalment per l'establiment en l'art. 18 de la Llei autonòmica de determinades obligacions lingüístiques als distribuïdors i exhibidors cinematogràfics, de manera que la resta de preceptes impugnats, només per via de connexió s'han inclòs en l'àmbit del procés, en regular aspectes indirectes com la tipificació d'infraccions i sancions, o establir meres regles de remissió. El nucli del recurs queda així cenyit a l'art. 18, i més concretament al seu apartat 1, atès que no s'han fonamentat els motius d'inconstitucionalitat de l'apartat 2, i pel fet que l'apartat 3 es limita a establir una remissió reglamentària.

En definitiva, la determinació analitzada estrictament, i continguda en l'art. 18.1 esmentat, estableix l'obligació per a l'estrena d'una obra cinematogràfica doblada o subtitulada amb més d'una còpia, que les empreses distribuïdores ho han de dur a terme amb el 50 % de còpies analògiques en versió catalana, tant en el còmput de les còpies distribuïdes en versió doblada com en versió subtitulada. Les empreses distribuïdores han de garantir aquest equilibri en la distribució atenent criteris de població, territori i presència en pantalla, a desenvolupar per reglament. Quan el suport sigui digital, totes les còpies distribuïdes han de tenir incorporat l'accés lingüístic en català.

Pel que fa a l'exhibició de còpies, les empreses exhibidores tenen l'obligació del 50% de projeccions de l'obra en versió catalana atenent a criteris de població, territori, horari i taquillatge, que s'han de computar anualment i que s'han de desenvolupar per reglament. Aquesta obligació s'ha de respectar tant en el còmput de les projeccions exhibides en versió doblada com en el de les projeccions en versió subtitulada. Les empreses distribuïdores i exhibidores també han de garantir l'equilibri entre català i castellà en la publicitat que realitzin de les obres afectades per aquest article.

**Fonamentació jurídica:** després d'haver hagut de limitar i centrar els termes de la controvèrsia, la Sentència comença com és ja habitual fent remissió a la doctrina establerta pel mateix TC, exposant que la cinematografia és una activitat que es pot

subsumir en diverses regles competencials, constitucionals i estatutàries, que no és altra cosa que la conseqüència del seu caràcter complex com a fenomen cultural, social, econòmic i industrial, en participar de tots aquests aspectes.

És el sentit i finalitat de les diverses normes objecte de conflicte el que marca després l'aspecte predominant, segons la incidència major o menor en el factor artístic o creador, en el comercial o en l'industrial, o el simple entreteniment, abocant amb el reconeixement del predomini d'un aspecte o altre en el títol competencial d'aplicació preferent. Afegeix que per determinar la regla de prevalença, i a més de la definició dels àmbits competencials, s'ha de tenir present també la raó o finalitat de la norma atributiva de competència i el contingut del precepte que es qüestiona.

Es rebutja que en aquest cas la norma s'hagi d'incloure en matèries d'ordenació de l'activitat econòmica o indústria, per contraposició amb les normes estatals de fixació de quotes de distribució o exhibició, en què predomina el caràcter econòmic de la mesura perquè pretén incrementar el nombre de pel·lícules espanyoles o europees i per tant la seva producció i comercialització. Contràriament, no és el cas de l'art. 18.1 de la Llei autonòmica, perquè en l'establiment de quotes lingüístiques no pretén afavorir l'increment de la producció d'un determinat tipus de pel·lícules, sinó el foment de la llengua catalana en el moment de l'exhibició de pel·lícules ja produïdes en altres llengües.

Igualment es rebutja la inserció de la norma impugnada en les competències en matèria d'espectacles, perquè el seu propòsit fonamental és la garantia de la diversitat lingüística en l'àmbit de la distribució i exhibició, i per això s'ha d'enquadrar en la competència de la Comunitat Autònoma de Catalunya en matèria de normalització lingüística atribuïda en l'art. 143.1 de l'Estatut, i en matèria de cultura d'acord amb l'art. 127, en tenir per finalitat la protecció i estímul d'un bé cultural com és la llengua en un àmbit com és el de les activitats artístiques i culturals cinematogràfiques.

En examinar la connexió amb la competència estatal sobre comerç exterior que determina l'art. 149.1.10 CE invocat en el recurs, el TC exposa que no es pot assumir una interpretació expansiva de la competència sobre comerç exterior, de manera que permeti absorbir com a competència estatal qualsevol mesura que hi tengui una certa incidència remota. Només preval el títol de comerç exterior sobre el sectorial específic quan queden directament afectats l'establiment de règims d'importació, regulació de mercats o configuració d'instruments d'una determinada política comercial. Conclou que en aquest supòsit no es presenta una regulació pròpia de l'activitat pública de mediació o de canvi que constitueix el nucli fonamental de l'activitat comercial, per la qual cosa descarta la incardinació de la mesura en la competència estatal sobre comerç exterior.

Sobre la pretesa vulneració de l'art. 149.1 CE, quant a la competència estatal per a la regulació de les condicions bàsiques en l'exercici de drets i deures constitucionals, el TC recorda que aquest precepte, *per se* no suposa la delimitació directa d'un àmbit material excloent de l'acció de les comunitats autònomes, sinó una habilitació a l'establiment d'aquestes condicions bàsiques pel legislador estatal. Si no hi ha una regulació efectiva estatal en l'àmbit afectat, com és el cas tractat, l'exercici de la competència autonòmica no es troba subjecte a límits directes des de l'article constitucional, i per fer-ne un judici de constitucionalitat s'haurien d'enunciar pels recurrents el preceptes legals concrets d'una eventual normativa estatal que servissin de paràmetre per determinar la compatibilitat de la norma autonòmica, per la qual cosa es desestima la impugnació en aquest punt.

No obstant això, i sense que no fos invocat pel Grup de Diputats recurrent, el TC fa ús de les facultats de qualificació que segons ell li corresponen, per analitzar si es compleixen els paràmetres de constitucionalitat sobre la base d'un altre títol competencial estatal relatiu a disposicions normatives bàsiques, a partir de la vigència, posterior al plantejament del recurs, de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat, des de la qual entén que disposa d'una norma estatal de referència per realitzar un judici de compatibilitat amb la norma autonòmica, en ser aquella una norma bàsica de conformitat amb l'art. 149.1.13a CE en exercici de la competència estatal en matèria d'ordenació general de l'economia. Singularment, analitzarà les condicions de l'art. 5 de la Llei 20/2013 sobrevinguda, quant a la necessitat de determinar les raons o finalitats que poden justificar que els poders públics autonòmics afectin el lliure accés i el lliure exercici de les activitats econòmiques i l'aplicació del principi de proporcionalitat de les mesures que afectin aquestes activitats.

En primer lloc, entén que la mesura establerta en la Llei catalana és conforme amb les raons imperioses d'interès general que preveu la legislació bàsica estatal econòmica, perquè pretén fomentar l'oferta cinematogràfica doblada i subtitulada en català. L'objectiu de l'art. 18 és, per tant, promoure la presència social de la llengua pròpia mitjançant la imposició d'obligacions a distribuïdors i exhibidors, essent una matèria distinta de la definició de l'estatut de la cooficialitat, que es tradueix en un compromís de promoció de la normalització lingüística. Entén així que la defensa i promoció de la llengua pròpia, la normalització, en un àmbit com el cinematogràfic és un objectiu compatible amb l'art. 3.11 de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, al qual remet l'art. 5

de la Llei 20/2013, perquè recull com a raó imperiosa d'interès general la política social i cultural.

Se supera inicialment el paràmetre d'idoneïtat quant a l'efecte de la mesura per augmentar el percentatge de pel·lícules que es distribueixen i exhibeixen en llengua catalana, com a adequada per promoure l'objectiu de normalització que pretén. El paràmetre i judici de necessitat també se supera, entenent que les mesures que s'han imposat després d'anys d'accions de foment en l'àmbit de la cinematografia, a través de subvencions al doblatge i la subtitulació, com també a la producció, i les dades resultants d'aquelles accions precedents ha palesat que l'impacte d'aquelles mesures de foment ha estat molt escàs. En definitiva, el punt d'inflexió el constitueix el judici de proporcionalitat en sentit estricte, i singularment l'obligació d'exhibir el 50% de projeccions en versió catalana.

En aquest punt, des de la perspectiva de les càrregues econòmiques i de les restriccions a la llibertat empresarial per adaptar-se a les circumstàncies de la demanda, el TC entén que constitueix una càrrega excessiva. Considera que, independentment del grau de reserva elevada que implica el percentatge, la desproporció que aprecia deriva de les circumstàncies concurrents, tenint en compte que la llei equipara, quant a les obligacions que imposa, tots els exhibidors sense establir diferències en funció de determinades circumstàncies particulars, com puguin ser la seva dimensió, l'existència d'una o més sales o altres circumstàncies rellevants. Entén, així mateix, que l'obligació imposada als exhibidors afecta el nucli de l'activitat, del mateix producte ofert, que obliga a realitzar una ponderació més matisada que la que es duu a terme quan es tracta d'una obligació merament accessòria de l'activitat.

Però la controvèrsia no es resol amb la declaració d'inconstitucionalitat, sinó a partir de l'establiment de la «interpretació conforme» que determinarà el mateix TC des de la «ponderació» de paràmetres que orienten els estàndards de dret comparat en matèries respecte de les quals pot existir alguna similitud. Així, des de les dades dels països que fixen sistemes de quotes de pantalles, arribarà a la conclusió que el percentatge mitjà que en resulta gira entorn del 25%, per la qual cosa considera que el règim d'exhibició amb quota absoluta del 50% constitueix una càrrega desproporcionada per a les empreses exhibidores que vulnera l'art. 5 de la Llei 20/2013, per bé que hi cap una interpretació constitucional que trasllada al veredicte, en el sentit que l'art. 18.1 de la Llei catalana és constitucional si s'entén que el percentatge global de reserva establert per a les pel·lícules en català o subtitulades en dit idioma no pot excedir en la seva aplicació efectiva d'una xifra del 25%. La mateixa conseqüència i «interpretació conforme» la trasllada en relació

amb l'obligació de les empreses distribuïdores, partint que el percentatge de distribució respon a una relació de caràcter instrumental amb l'exhibició.

Quant a l'adequació a l'art. 38 CE, amb relació al dret a la llibertat d'empresa, considerarà que la mesura recorreguda imposa determinades obligacions als operadors econòmics que afecten aquest dret, però d'això no s'ha de deduir necessàriament que dita afectació s'hagi de considerar contrària a la Constitució, perquè aquest dret no garanteix que el legislador autonòmic no pugui establir mesures amb incidència. Aquest dret fonamental suposa l'exigència que les regulacions públiques que, com el cas objecte de recurs, afecten l'exercici d'una activitat empresarial, siguin adequades per promoure un objectiu considerat legítim constitucionalment, i que les limitacions d'aquestes regulacions no comportin, per la seva intensitat, una privació del dret.

En aquest sentit, reiterant les consideracions fetes amb relació als altres títols conflictius, recorda que la defensa i promoció de la llengua cooficial pròpia mitjançant la normalització lingüística és un objectiu constitucional legítim, que per mandat de l'art. 50 EAC s'ha de promoure pels poders públics de la Comunitat Autònoma; a banda que la mateixa Constitució es refereix a la necessitat de protegir les modalitats lingüístiques d'Espanya en el seu art. 3.3. En definitiva, la diversitat potencial en les condicions d'exercici de la llibertat d'empresa en diferents parts del territori, a causa de l'exercici de les competències autonòmiques pròpies, no vulnera el contingut essencial del dret, i no és possible considerar que se'n derivin unes mateixes exigències o condicions d'exercici concretes en tot el territori nacional.

**Comentari:** el més destacable resulta de la doctrina assentada quant al fet que la promoció d'una llengua oficial en atenció a la situació de desavantatge que pot tenir en un determinat àmbit social, com és en aquest cas el de les sales de cinema, pot justificar accions positives dels poders públics dirigides a garantir la seva normalització, sempre que els mitjans resultin proporcionals per a la consecució d'aquest objectiu.

Es reconeix així l'existència d'una raó imperiosa que empara l'adopció de mesures com les analitzades perquè, en efecte, llengua i cultura es troben vinculades intrínsecament, fent fins i tot al·lusió al reconeixement de la Convenció sobre la Protecció i Promoció de la Diversitat de les Expressions Culturals, ratificada per Espanya, i que s'ha assenyalat igualment per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, que recorda igualment que l'objectiu de defensar i promoure una o varies llengües oficials d'un estat a través de la imposició d'obligacions constitueix una raó imperiosa d'interès general.

Així mateix, com a argument coadjuvant, el TC assenyala que en l'Instrument de ratificació per Espanya de la Carta Europea de les Llengües Regionals o Minoritàries, es conté la declaració d'acord amb la qual, s'entenen per tals les llengües reconegudes com a oficials en els estatuts d'autonomia de les comunitats autònomes del País Basc, Catalunya, Illes Balears, Galícia, València i Navarra. Constitueix així, d'acord amb la Sentència, una raó addicional derivada del dret convencional per afirmar que el reconeixement de l'oficialitat d'una llengua a Espanya estableix un vincle indubtable amb les finalitats constitucionals de protecció de la riquesa lingüística nacional i el deure consegüent de normalització lingüística per les comunitats interessades, enllaçant amb la mateixa referència de l'art. 3.3 CE sobre la necessitat de protegir i respectar les distintes modalitats existents a Espanya com a part del seu patrimoni cultural.

Evidentment la resolució del TC té un gran interès en la mesura que resulta transportable amb relació als títols d'habilitació, i per tant en l'adopció de mesures legislatives similars, que estableix el nostre Estatut d'autonomia de les Illes Balears en aquest àmbit d'actuació material de la cinematografia i el foment i promoció de la llengua pròpia, així com les competències exclusives en matèria de cultura. Més en concret a partir de les previsions dels seus art. 4.3, 30.26, 34 i 35.

Tanmateix, la declaració de constitucionalitat ho és en base a la interpretació conforme que fixa el veredicte de la Sentència per remissió al seu fonament jurídic tretzè, i d'alguna manera el TC ha fet aquesta tasca interpretativa d'ofici, atès que com hem vist es basa en la invocació d'un títol competencial com és el previst en l'art. 149.13 CE que no havia estat invocat per la part recurrent; a partir de l'aparició d'una normativa bàsica estatal sobrevinguda i fonamentada en aquell títol habilitant.

El que sorprèn no es tant la fixació d'un criteri ja habitual d'interpretació conforme, sinó el sistema amb el qual hi arriba en aquest cas en concret, que pensam frega el límit del paper de legislador negatiu estricte (que paradoxalment recorda en altres fonaments), per arribar a aportar unes justificacions pròpies del legislador positiu en indicar per què entén aplicable un límit quantificat i concret del 25%. Hi dedica dos paràgrafs del fonament 13, per comparativa amb estats amb sistemes de quotes de pantalla, però sense explicar perquè els acull com a vàlids quan no són per distintes llengües internes cooficials; o bé són reserves de quota per obres europees. Certament, dir que és una interpretació conforme a la distribució constitucional de competències, que on un article d'una llei autonòmica diu 50 s'ha de llegir 25, és en la pràctica la redacció en positiu d'una llei, més quan s'han cercat en normes d'ordenaments estrangers diferents de l'espanyol els pretesos estàndards comparatius o justificatius de la solució interpretativa. Ens diu així que l'article impugnat és

constitucional en tot, tret del percentatge que preveu específicament, que només pot entendre's conforme si és del 25% quan no està previst a cap norma constitucional o bàsica estatal, sinó que és de construcció jurisprudencial del mateix TC.

Igualment, no deixa de ser una mica estranya l'extensió d'aquesta interpretació conforme a l'obligació de les empreses distribuïdores, més quan la mateixa Sentència argumenta que hi hauria motius per pensar que les càrregues econòmiques en aquest sector impliquen un grau de restricció menor que el de les exhibidores, per la naturalesa de l'activitat de distribució; les compensacions econòmiques eventuals al doblatge i substitució derivades de mesures de foment; que els costos per les còpies digitals no tenen problemes de proporcionalitat, o per l'exempció a les obres europees de menys de setze còpies. Com hem vist, l'extensió s'ha dut a terme sobre la consideració d'una relació de caràcter instrumental entre l'exhibició i la distribució, factor si més no una mica absurd a la vista que es reconeix la menor restricció en aquest darrer camp de la distribució.

## *4. SENTÈNCIA NÚM. 101/2017, DE 20 DE JULIOL (PLE). Ponent: Sr. Montoya Melgar. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. RÈGIM LOCAL. CABILDOS INSULARS, COMPETÈNCIES I DELEGACIONS EN ELS MUNICIPIS. LEGISLACIÓ BÀSICA I PREVISIONS ESTATUTÀRIES SOBRE CABILDOS. FET INSULAR.*

**Resum dels fets:** el Govern de Canàries dedueix recurs d'inconstitucionalitat contra l'art. 1, apartats 2, 3, 5, 7, 8, 9, 10, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 28, 30, 34, 36 i 38; l'art. 2, apartats 2 i 3, i les disposicions addicionals segona, novena, quinzena, dissetena, transitòries primera a cinquena i onzena i finals quarta i cinquena de la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local, sobre la base de la pretesa vulneració de les competències d'aquella comunitat autònoma previstes en els art. 30.2 i 32.4 del seu Estatut, i dels art. 156, 137, 140, 135.5 i 157.3 de la CE, entre d'altres.

Els antecedents de la Sentència relaten, d'una banda, com aquest recurs impugna algunes previsions que ja han estat declarades inconstitucionals per anteriors resolucions del TC, per la qual cosa es determina la pèrdua sobrevinguda de l'objecte de les impugnacions afectades. D'altra banda, els anteriors recursos d'inconstitucionalitat i el del cas es basen en controvèrsies competencials sobre les quals la doctrina assentada en les sentències anteriors serveix per respondre a les

impugnacions que encara subsisteixen del recurs interposat pel Govern de Canàries, per la qual cosa, en la seva major part, es desestimarà el recurs per remissió en extracte a dit cos jurisprudencial anterior.

La Sentència analitza així, de manera particular, estrictament els preceptes de la LBRL modificats per la Llei 27/2013 que no han estat objecte de tractament amb anterioritat, si bé igualment dos preceptes, l'art. 26.2 i l'art. 36 LBRL s'analitzen en la mesura que en aquest recurs en concret es desplega un motiu distint d'impugnació quant a la nova expressió d'«entitat equivalent» a la diputació provincial que introdueix la llei de reforma. El conflicte competencial se centrarà d'aquesta manera en els art. 27.1 i 36.1.

**Fonamentació jurídica:** s'impugna la nova redacció de l'article 27.1 LBRL conferida per l'art. 1.10 de la Llei 27/2013, per entendre que davant del text originari, que disposava que l'Administració de l'Estat, de les comunitats autònomes i altres entitats locals podien delegar competències en els municipis, la nova regulació esmenta només l'Estat i les comunitats autònomes, i així el precepte es podria interpretar com l'establiment d'una prohibició que altres entitats locals, com els cabildos canaris, puguin delegar competències en els municipis del seu àmbit territorial, vulnerant d'aquesta manera la garantia constitucional dels art. 137, 140 i 141 CE.

El TC descarta aquesta interpretació, indicant de partida que el precepte de la llei no és estrictament la norma habilitant de la delegació de competències en favor dels municipis. Entén que les diputacions provincials, els cabildos, els consells insulars i les comunitats autònomes poden emprar aquesta tècnica organitzativa com a conseqüència del reconeixement constitucional de la seva autonomia, i els articles de la CE esmentats habiliten directament aquestes instàncies polítiques a celebrar acords de delegació amb els municipis, sens perjudici que el legislador imposi límits i requisits, condicions que són justament les que fixa el nou art. 27 en establir l'acceptació municipal, el finançament oportú, i el compliment dels mandats d'eficiència, eficàcia i estabilitat pressupostària.

El Govern canari així mateix impugna les referències a les «entitats equivalents» a la diputació provincial que conté l'apartat 1 de l'art. 36 LBRL amb referència a les competències pròpies; l'apartat 2 amb referència a l'atorgament de subvencions i ajudes amb càrrec als recursos propis per a la realització i manteniment d'obres i serveis municipals; així com l'apartat 3 de l'art. 26, que disposa l'assistència de les diputacions o entitats equivalents als municipis prevista en l'art. 36; així com les facultats de l'apartat 2 d'aquest article referent a les facultats de coordinació

voluntària respecte de determinats serveis municipals. Entén que l'expressió que s'utilitza en els preceptes que abans s'han indicat dóna peu a la interpretació d'acord amb la qual la Llei 27/2013 equipara els cabildos a les diputacions provincials en contra del fet insular que recull l'Estatut d'autonomia, i de la seva condició tant d'entitat local com d'institució autonòmica. Particularment, entén que la referència podria distorsionar la prelació de fonts resultant de l'art. 41.1 LBRL i de la disposició addicional setzena de la Llei 27/2013, que remeten a l'Estatut i a la legislació específica de la Comunitat Autònoma; a part de recordar que, a més dels impugnats, molts d'altres preceptes de la reforma han emprat aquesta mateixa expressió d'entitat equivalent.

Per contra, el TC determina que les previsions de la llei que acullen l'expressió esmentada d'equivalència a la diputació provincial per fer referència a les comunitats autònomes uniprovincials i als denominats ens locals intermedis, és a dir, a instàncies polítiques d'àmbit territorial superior al municipal i inferior a l'autonòmic, inclou els cabildos. Així entén que ho aclareix el preàmbul de la Llei, en declarar la seva intenció de reforçar el paper de les diputacions provincials, cabildos, consells insulars o entitats equivalents a través, precisament, de les competències i serveis mínims regulats en els art. 26 i 36 LBRL que s'impugnen en la nova redacció. Afegeix que, per a la resta, la LBRL assenyala expressament que les competències de les diputacions provincials corresponen a les comunitats uniprovincials, i a entitats locals intermèdies tals com els territoris històrics bascs, els consells insulars de Balears i els cabildos insulars canaris.

En definitiva, s'entén que, mitjançant l'expressió entitats equivalents, el legislador bàsic estatal assimila els cabildos canaris a les diputacions provincials per la seva condició d'ens local supramunicipal. Aquesta equiparació es fa a l'efecte competencial per assegurar als cabildos el mínim funcional de les diputacions, sense proscriure ni limitar la possibilitat que la Comunitat Autònoma els atribueixi aquestes funcions addicionals. Per tant, l'assimilació no impedeix que els cabildos exerceixin les funcions que els siguin reconegudes com a pròpies i les que la Comunitat Autònoma els transfereixi o delegui, sense que no es produeixi cap tipus de degradació institucional.

Com a afegit assenyalarà que, contràriament, la mateixa Llei 27/2013 ha previst en la disposició addicional setzena que la seva aplicació als cabildos insulars canaris s'ha de realitzar en els termes prevists en la legislació específica, al·ludint així a l'Estatut i a les lleis canàries, i més acuradament, preveient la seva pròpia inaplicació si arribàs a entrar en contradicció amb la legislació específica en allò que

afecta l'organització i competències insulars. S'ampliaria així la remissió al dret autonòmic que conté l'art. 41.1 LBRL, d'acord amb el qual resulta aplicable el règim especial que preveu la disposició addicional catorzena de la LBRL i supletòriament el règim de les diputacions provincials.

**Comentari:** l'anàlisi dels pocs preceptes discutits de la Llei 27/2013 que no s'han resolt per remissió a la jurisprudència constitucional anterior resulta d'especial interès per les concordances implícites, i en alguns casos per les al·lusions expresses, amb el règim dels consells insulars de les Illes Balears. En primer lloc, pel que fa a l'art. 27 LBRL en la nova redacció, s'aclareix específicament com la manca d'una al·lusió en concret a diputacions, entitats equivalents, cabildos o consells; és a dir, que ja no faci esment a «altres entitats locals» i es refereixi només a l'Estat i les comunitats autònomes, en cap cas no es pot interpretar com una norma destinada a prohibir que els cabildos o els consells insulars deleguin competències en els municipis del seu àmbit territorial.

Encara més importància té la reiteració que farà el TC de la doctrina assentada en la coneguda Sentència 132/2012, de 19 de juliol, que s'ha referit a l'art. 41 LBRL, tant pel que fa a les previsions dels cabildos com dels consells insulars, assenyalant que amb ell aquesta Llei de règim local estatal imposa el seu propi desplaçament en benefici del règim de competències i d'organització previst en l'Estatut d'autonomia, d'acord amb el mandat reflectit en l'art. 141.4 CE d'assegurar que en els arxipèlags les illes tenguin la seva administració pròpia en forma de cabildos o consells.

Recordarà igualment que, malgrat la literalitat de la remissió a l'Estatut d'autonomia de Balears i les lleis que els corresponguin que es conté en l'art. 41.3 LBRL perquè la regulació dels consells insulars només faci referència a les competències, aquesta remissió al text estatutari resulta capital a l'efecte que preveu l'art. 141.4 CE, perquè confereix al legislador estatutari un marge ample de decidir la regulació del règim jurídic dels consells insulars com a administració pròpia de l'illa i alhora com a institucions autonòmiques pròpies, en consideració a la singularitat del fenomen insular. Això, de la mateixa forma en què la doctrina constitucional ha reconegut també que la finalitat d'atendre la singularitat del sistema institucional establert per determinades comunitats autònomes en els seus estatuts s'ha de vincular a la seva peculiaritat específica.

*5. SENTÈNCIA NÚM. 109/2017, DE 21 DE SETEMBRE (PLE). Ponent: Sr. González-Trevijano Sánchez. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. AVALUACIÓ D'IMPACTE AMBIENTAL. INCONSTITUCIONALITAT DE LES PREVISIONS DE LA LLEI BALEAR 12/2016 SOBRE SUPÒSITS D'EXEMPCIÓ; ESTABLIMENT DE NUL·LITAT D'ACTES ADMINISTRATIUS ESTATALS I ESMENA DE L'OMISSIÓ D'AVALUACIÓ AMBIENTAL PRÈVIA. CONFLICTE ENTRE DETERMINACIONS AUTONÒMIQUES SOBRE PROTECCIÓ ADDICIONAL DE MEDI AMBIENT I LEGISLACIÓ BÀSICA ESTATAL. INADEQUACIÓ AL RÈGIM BÀSIC.*

**Resum dels fets:** el president del Govern interposà recurs d'inconstitucionalitat contra els art. 9.4, 26.2 i 33.1.a) de la Llei del Parlament de les Illes Balears 12/2016, de 17 d'agost, d'avaluació ambiental de les Illes Balears. Es fonamenta en el fet que els preceptes esmentats vulneren l'art. 129.1.23a CE, que habilita l'Estat per dictar la legislació bàsica de protecció del medi ambient, sens perjudici de les mesures addicionals de protecció que puguin establir les comunitats autònomes, competència estatal en la qual es fonamenta la Llei 21/2013, de 9 de desembre, d'avaluació ambiental. Per tant, essencialment el recurs es planteja per infracció mediata de la CE en la mesura que la Llei balear, en els preceptes citats, no s'adequaria a la legislació bàsica. Així mateix, respecte de l'art. 26.2 de la Llei balear, s'argumenta que resulta contrari a l'article 149.1.18a CE, quant a la competència exclusiva de l'Estat en matèria de procediment administratiu comú.

En el recurs les parts concorden en el fet que els articles impugnats, referits a aspectes concrets de la regulació autonòmica balear en matèria d'avaluació d'impacte ambiental, dictada en desenvolupament de les previsions de la Llei estatal 21/2013, s'enquadren en la matèria de medi ambient, en la mesura que les dues normes, l'autonòmica i l'estatal proposada com a paràmetre, s'incardinen pel seu contingut en l'àmbit de la protecció ambiental de caràcter preventiu.

**Fonamentació jurídica:** a l'hora d'enquadrar el debat, la Sentència comença per recordar la doctrina del TC en la matèria, per remissió a distints precedents reiterats, indicant que d'acord amb l'art. 149.1.23a CE correspon a l'Estat la legislació bàsica sobre protecció del medi ambient, sens perjudici de les facultats de les comunitats autònomes d'establir normes addicionals de protecció.

Per la seva part, l'art. 30.46 EAIB estableix una competència exclusiva en matèria de protecció del medi ambient, ecologia i espais naturals protegits, sens

perjudici de la legislació bàsica de l'Estat, així com sobre l'establiment de normes addicionals de protecció del medi ambient.

Tanmateix, aquesta aparent «doble exclusivitat» queda ja matisada d'entrada, com explicita la Sentència, pel fet que el mateix precepte de l'Estatut reconeix que el títol atorgat a l'Estat per l'art. 149.1.23a CE no desapareix per la qualificació estatutària de la competència com a exclusiva. Això a banda del reconeixement exprés que fa l'exposició de motius de la mateixa Llei balear 12/2016, quan afirma que la Comunitat Autònoma té la competència exclusiva en matèria de protecció en tot allò que no hagi regulat l'Estat en la legislació bàsica.

Encara més, en el debat del procés constitucional, la representació del Govern de les Illes Balears, no nega el caràcter bàsic de les normes de la Llei 21/2013 que s'invoquen com infringides per l'Estat ni la titularitat de la competència, sinó que se centra a rebutjar una pretesa rebaixa del nivell mínim de protecció ambiental que derivaria de les normes estatals que s'entenen vulnerades, essent aquest factor, la reducció o no del nivell de protecció, el paràmetre bàsic d'enjudiciament que utilitza la Sentència. Així, entrant en l'anàlisi particular, exposarem les argumentacions jurídiques del TC que s'utilitzen amb relació al contingut de cada un dels preceptes impugnats de la llei balear.

S'impugna en primer lloc l'art. 9.4, que determina literalment que «Es considera que no tenen efectes significatius en el medi ambient, i per tant no se subjecten als procediments d'avaluació ambiental estratègica, d'acord amb l'article 3.5 de la Directiva 2001/42/CE:...» una sèrie de modificacions de plans territorials o urbanístics lligades a unes específiques finalitats que recull en un llistat, així com tampoc els catàlegs de protecció de patrimoni cultural i els plans d'ordenació de recursos naturals, plans d'ús i gestió d'espais naturals (sempre que representin major grau de protecció del medi ambient); algunes modificacions de programes de desenvolupament rural i els estudis de detall.

L'Advocacia de l'Estat, els arguments de la qual segueix la Sentència com a punt de partida, al·lega que el precepte, quan exclou «categories completes de plans, programes i projectes» dels procediments d'avaluació ambiental per considerar que en aplicació de la Directiva no tenen efectes significatius en el medi ambient, implica una rebaixa del nivell de protecció previst en la normativa bàsica, en concret en l'art. 8 de la Llei 21/2013, en el marc del seu art. 6, que limita a supòsits concrets les excepcions a l'avaluació ambiental estratègica preceptiva.

Després d'una breu argumentació, el TC determina que la Llei estatal només permet excloure d'avaluació ambiental estratègica els plans i programes que tenen com a únic objecte la defensa nacional o la protecció civil en casos d'emergència, i

els de tipus financer o pressupostari. D'aquesta manera, els preceptes estatals fixen una regla general, com és la subjecció a avaluació, sigui ordinària o simplificada, de tot pla o programa i les seves modificacions relatives a sectors materials amb incidència mediambiental, admetent solament excepcions taxades en funció de l'objecte del pla o programa.

Els dos preceptes referits de la Llei estatal són formalment bàsics i també ho són des de la perspectiva material perquè fixen una norma mínima de protecció ambiental, i per això el TC entén que l'art. 9.4 de la Llei balear incorre en vulneració competencial, perquè l'exclusió de determinats plans o les seves modificacions de l'avaluació ambiental prescrita per les normes estatals, suposa, per si mateixa, una reducció dels nivells mínims de protecció establerts per la legislació bàsica.

En segon lloc, s'impugnava l'art. 26.2, que determinava que «són nuls de ple dret i no tenen validesa els actes d'adopció, aprovació o autorització dels plans, els programes i els projectes determinats en l'apartat 1 anterior respecte dels quals no s'hagi sol·licitat l'informe de consulta esmentat.» La mateixa Sentència explica com l'apartat 1 disposa que l'òrgan competent per formular la consulta preceptiva que preveu la legislació bàsica és l'òrgan ambiental autonòmic respecte als programes o els projectes que han d'adoptar, aprovar o autoritzar l'Administració general de l'Estat o els seus organismes públics vinculats o dependents. Aquesta consulta preceptiva és la que preveu amb caràcter general l'art. 3.3 de la Llei 21/2013, segons el qual, quan correspongui a l'Administració de l'Estat formular la declaració ambiental, s'ha de consultar preceptivament l'òrgan que exerceix les competències en matèria de medi ambient de la comunitat autònoma en què s'ubiqui territorialment el pla, programa o projecte.

Amb això, el TC exposa que la Comunitat Autònoma té garantida una participació en l'avaluació de l'impacte ambiental dels projectes de competència estatal que s'hagin de dur a terme sobre el seu territori o que, més en general, poden afectar el seu medi ambient, i que aquest mecanisme de consulta s'ha de considerar bàsic des d'un punt de vista material, tant pel que fa a la seva necessitat, com pel que ara ens interessa als efectes que pot tenir la seva mancança sobre el procediment d'avaluació d'impacte ambiental. La participació s'articula mitjançant un tràmit de consulta, la sol·licitud de la qual és preceptiva d'acord amb la Llei 21/2013, factor que no planteja cap problema competencial quant al fet que les Illes Balears participin en els procediments d'avaluació ambiental de plans estatals; però la Comunitat Autònoma no està habilitada competencialment per determinar les

conseqüències que té una eventual omissió de la sol·licitud estatal de l'informe autonòmic preceptiu.

Per això, el legislador autonòmic no pot regular, ni tan sols en un cas concret, el règim de validesa dels actes de l'Administració de l'Estat, atès que suposaria convertir la competència sobre medi ambient autonòmica en una competència prevalent sobre la d'obres d'interès general, en contra de la doctrina constitucional que considera que és l'Administració estatal la que exerceix les seves competències substantives pròpies sobre les obres projectades, encara que preceptivament hagi de considerar el seu impacte mediambiental.

Finalment, s'impugnava l'art. 33 de la Llei balear, que establia que l'ordre jurídic pertorbat per un projecte, un pla o un programa sotmès a avaluació ambiental que no hagués dut a terme la tramitació ambiental preceptiva o que contravengui les seves condicions es podia restablir de dues formes. Bé mitjançant l'aprovació, l'autorització o la llicència del projecte, el pla o el programa corresponent, amb la tramitació prèvia de l'avaluació ambiental, si se sol·licita i és compatible amb l'ordenació vigent; o bé a través de la declaració de nul·litat dels acords adoptats o la reposició de la realitat física alterada a l'estat originari.

El president del Govern qüestionava només la primera modalitat, prevista en la lletra a) de l'apartat 1, per entendre que es tractava d'una esmena de l'avaluació ambiental no realitzada o no respectada que resultava contrària a la legislació bàsica reflectida en l'art. 9.1 de la Llei 21/2013, que no preveu aquesta conseqüència jurídica, sinó la falta de validesa de tots els actes vinculats; tesi avalada pel TC que en declara la inconstitucionalitat, per entendre que la Llei autonòmica no és una norma addicional que suposi major protecció mediambiental, sinó una permissió de l'esmena de la manca d'avaluació mediambiental que no preveu la legislació estatal.

**Comentari:** per raó de sistemàtica, abordarem el comentari en un ordre diferent al correlatiu dels preceptes impugnats que ha dut a terme la Sentència. Podríem dir així, en primer lloc, que el resultat de l'anàlisi constitucional de l'art. 26.2 de la Llei balear era previsible: la competència estatal associada a les obres d'interès general és una matèria emparada per un títol habilitant que, per la seva naturalesa i finalitat, atreu la competència autonòmica sobre medi ambient, i no al revés.

Es conclou així que no seria conforme a la finalitat de la regulació bàsica estatal que la Comunitat Autònoma pogués preveure quines són les conseqüències de l'omissió de l'actuació estatal en la sol·licitud de l'informe a l'òrgan autonòmic, perquè la sanció que pogués correspondre és una qüestió la regulació de la qual

correspon a l'Estat, tant a través de la normativa general en matèria de validesa dels actes administratius (art. 149.1.18a CE), com específicament mitjançant l'exercici de les competències reconegudes en relació amb els procediments d'avaluació d'impacte ambiental (art. 149.1.23a CE).

D'aquesta conseqüència, d'altra banda, certament el legislador balear en podia ser conscient, tenint en compte que aquesta mateixa doctrina, per bé que referida a una altra modalitat de condicionament de la competència estatal, mitjançant la conformació d'un informe autonòmic amb una naturalesa vinculant, va ser la que va utilitzar el TC per declarar la inconstitucionalitat de l'art. 79.2 de la Llei 6/1999, de 3 d'abril, de les Directrius d'Ordenació Territorial de les Illes Balears, en la Sentència d'1 de març de 2007. En aquest sentit, el precepte determinava que el Govern de les Illes Balears hauria d'emetre informe vinculant, prèviament a l'aprovació d'un pla de l'Administració general de l'Estat o de les seves entitats autònomes, sempre que aquest tengués incidència en el territori de les Illes Balears, sobre la conformitat del pla amb les directrius.

De forma semblant al cas que ara hem tractat, davant aquella previsió el TC va assenyalar que, atesa la incidència indubtable que les actuacions sectorials de l'Estat puguin tenir sobre l'ordenació territorial establerta per la Comunitat Autònoma, res no impedeix que aquesta pugui subjectar aquelles actuacions a informe preceptiu. No obstant això, ja va assenyalar que el precepte excedia del marc competencial, com també de l'àmbit de col·laboració i cooperació interadministrativa, ja que l'informe de la Comunitat Autònoma no solament es configurava com a preceptiu, sinó, a més, com a vinculant per a l'Estat, cosa que suposava en darrera instància la imposició unilateral del criteri autonòmic en un àmbit de decisió materialment compartit per projectar-se sobre un mateix espai físic.

Pel que fa a la declaració d'inconstitucionalitat de l'art. 33.1.a), pensam que l'anàlisi jurídica s'ha plantejat més aviat en uns termes massa reduccionistes, tanmateix potser induïda per una confusió de base en el debat inicial plantejat per l'advocat de l'Estat i en els termes de la defensa de la CAIB, centrats en l'abast de la invalidesa dels actes que fixa la Llei estatal i en la incorrecta al·lusió a la naturalesa o no de regla de «norma addicional de protecció» de la previsió de la Llei autonòmica.

Efectivament, des de la nostra modesta percepció, la fonamentació jurídica entremescla el concepte d'esmena i el de protecció mínima, i entén en definitiva que la solució impugnada de la Llei balear rebaixa el llindar de protecció de la norma estatal, en permetre l'esmena de defectes en un cas en què la norma estatal en determina la manca de validesa per raons vinculades a la finalitat tuïtiva de

protecció del medi ambient que persegueix la Llei 21/2013. Aquesta finalitat es plasma, segons diu el TC, en la necessitat que l'Administració torni a conèixer íntegrament el pla, programa o projecte i dugui a terme una nova avaluació completa de les conseqüències mediambientals eventuals. Bé, si això és així i aquest ha de ser el punt d'inflexió, entendríem que en puritat l'art. 33.1.a) de la Llei balear, almenys literalment, no confrontava amb la dita finalitat.

Comencem per dir que la regla d'invalidesa establerta en l'art. 9.1 de la Llei bàsica estatal resulta reproduïda en l'art. 23.2 de la Llei balear, en indicar que «Són nuls de ple dret, i no tenen validesa, els actes d'adopció, aprovació o autorització dels plans, els programes o els projectes inclosos en l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei que no s'hagin sotmès a l'avaluació ambiental, sens perjudici de les sancions que, si escau, puguin correspondre. Respecte de les actuacions que es duguin a terme a l'empara d'aquesta Llei, s'han d'aplicar les mesures de protecció i defensa de la legalitat ambiental que s'hi preveuen.» Per tant, l'art. 33.1.a) potser d'entrada no s'havia de llegir aïlladament, sinó en conjunt amb l'art. 23.2 que, notem-ho, encara precisa com a associat a la seva invalidesa el concepte de nul·litat (de ple dret) dels actes d'aprovació de plans que no s'hagin sotmès al procés d'avaluació ambiental.

Així, en realitat, pensam que la Sentència no ha captat que la norma autonòmica impugnada potser no pretenia neutralitzar cap tipus de «regla mínima de protecció» establerta en la legislació bàsica estatal, sinó únicament aclarir una possibilitat d'articular la restauració de l'ordre jurídic pertorbat inherent al sistema, sigui estatal o autonòmic. Els termes de l'art. 33.1.a) no determinaven, almenys literalment, la possibilitat de convalidar actes invàlids nuls de ple dret, sinó simplement una conseqüència lògica de la restauració de la legalitat, com és la tramitació d'acord amb la legislació vigent en el moment actual del procediment escaient, davant una prèvia actuació autoritzatòria o aprovatòria nul·la. Notem que la previsió en cap moment no parlava dels conceptes jurídics de convalidació o esmena sinó simplement del fet que, davant actuacions il·legals per no haver tramitat el procediment, aquest es tramitàs.

Des de la nostra percepció, el problema no radicava tant en el contingut estricte de l'art. 33.1.a) com de l'ordre amb què s'assenyalaven les dues possibilitats, a) i b), en aquest apartat 1. Certament la lletra b) determinava com a acció de restabliment de l'ordre pertorbat la declaració de nul·litat dels acords presos o la reposició de la realitat física alterada a l'estat originari, però afegint «si no es dóna el supòsit de l'apartat a) anterior», essent potser aquesta redacció deficient de la norma la que podria induir a pensar que la lletra a) comportava una esmena d'un acte invàlid, quan per ventura mai no havia estat la intenció del legislador balear. En definitiva,

potser la qüestió s'hagués pogut resoldre alternativament a través d'una interpretació conforme, d'acord amb la qual, l'art. 33.1.a) de la Llei balear s'havia d'interpretar en el sentit que el procediment de restabliment de l'ordre jurídic que determina s'ha d'entendre sens perjudici del manteniment de la nul·litat de base, prevista en l'art. 9.1 de la Llei estatal i corresponent art. 23.2 de la Llei autonòmica.

En essència, i passant al darrer dels preceptes analitzats pel TC en aquesta Sentència, l'art. 9.4 de la Llei balear, hem de recordar que el conflicte competencial s'aborda des d'un principi de reducció del nivell de protecció respecte del fixat per l'Estat amb caràcter bàsic; tot arribant a la conclusió d'apreciar la vulneració competencial per les raons extractades en l'apartat precedent.

Si aquest ha estat el punt d'inflexió, entenem que les consideracions jurídiques vers l'art. 9.4 no acaben de tenir el nivell de rigor que caldria esperar si és que, com hem dit, literalment, s'ha volgut agafar el concepte de «reducció de la protecció» com a criteri exclusiu.

És cert, com explica la Sentència, que els dos preceptes formalment i materialment bàsics de referència de la Llei 21/2013, l'art. 6 i l'art. 8, formulen la regla general i les úniques excepcions possibles a la subjecció a avaluació ambiental; articles vinculats a la finalitat primordial de garantir en tot el territori de l'Estat un nivell elevat de protecció ambiental, basant-se en la impossibilitat d'exclusió de categories generals de plans, com pretesament faria la norma balear impugnada (segons paraules del TC).

Afegeix que l'adequació o no a la Directiva europea a la qual al·ludeix la Llei balear no és la qüestió que es ventila en el procés, i que tampoc aquesta pretensió de fonamentar-la no permet fer abstracció de les competències que la Constitució i els estatuts atribueixen a l'Estat o a les comunitats autònomes. Per tant, el contingut de la Directiva, si bé és de transposició obligatòria, no impedeix a l'Estat fixar normes mediambientals que estableixin un estàndard de protecció, en principi, més elevat, ja que l'ordre de distribució de competències obeeix exclusivament a les pautes del dret intern, i si aquest estàndard és bàsic s'ha de respectar per les comunitats autònomes en la fixació de normes addicionals de protecció.

Anem a explicar per què, des de la nostra percepció i amb el màxim respecte que mereix el TC, el resultat hauria pogut ser un altre absolutament distint, si s'hagués dut a terme una lectura finalista de les pretensions de la legislació balear, que potser possibilitarien l'encaix ple dels preceptes impugnats de la legislació balear amb el marc bàsic, ni que fos amb el recurs de la «interpretació conforme».

Comencem primer per una crítica de simple contrast amb aquest pretès criteri de «reducció», exposant quins eren alguns dels supòsits de modificació de plans territorials i urbanístics que s'eximien d'avaluació ambiental en la Llei balear. Així, hi trobam els de «canvis de classificació de sòl urbà, urbanitzable o apte per a la urbanització amb la finalitat de reconvertir-ho en sòl rústic»; la «implementació o extensió de les mesures de protecció del medi ambient, de restauració o recuperació d'hàbitats o espècies afectades per incendis forestals o altres desastres naturals, en sòl rústic o respecte a béns integrants del patrimoni històric», o els supòsits no ja de modificacions, sinó de primera elaboració de catàlegs de protecció cultural o de plans d'ordenació de recursos naturals que representin major grau de protecció del medi ambient.

Essencialment, el TC ha adoptat un criteri interpretatiu literal de «no inserció» taxativa en els supòsits d'exclusió que preveu la normativa estatal, però en una interpretació finalista, és obvi que en cap cas, en els supòsits autonòmics anteriors, no es produeix cap reducció de nivell de protecció, perquè aquest nivell «mínim» de protecció de referència s'ha associat en la Sentència només a l'obligació de la tramitació d'un procediment d'avaluació ambiental, és a dir, a un aspecte «formal» o processal que resulta innocu per determinar o arribar a la conclusió que no es redueix la protecció ambiental materialment existent en el cas en concret de la Llei balear.

Per contra, el TC rebutja una interpretació defensada per la CAIB i entén que, apriorísticament, de tots els plans a què es refereix la Llei balear (afegint també, o de les seves modificacions), no se'n pot afirmar la seva consideració de beneficiosos o respectuosos amb el medi ambient. Però a aquesta conclusió hi arriba simplement prioritzant la perspectiva que adopta la norma estatal d'exigència (formal) amb caràcter general de subjecció a avaluació ambiental. Això ens sembla massa rigorós si tenim en compte que el plantejament general de la Llei balear no era tant el d'una exempció per grups o categories senceres de plans, com per casos en concret de modificacions de plans, moltes d'elles fins i tot apriorísticament amb efectes de benefici directe per al medi ambient des d'una perspectiva material. El major benefici, simplement, s'enfocava des d'una perspectiva d'exempció procedimental perquè l'objecte material de la modificació del pla és, *a priori*, clarament més avantatjós.

I és que en aquest primer apartat de crítica, ens demanam, per exemple, si exonerar d'avaluació ambiental el supòsit que també regulava la Llei balear de modificació del pla urbanístic per canviar «el sistema d'actuació de polígons o unitats d'actuació», redueix de manera finalista les previsions de la legislació bàsica perquè aquesta no en determini expressament l'exoneració, quan paradoxalment, la legislació

urbanística balear i moltes altres autonòmiques admeten aquests canvis de sistema de gestió urbanística per procediments distints del planejament urbanístic i, per tant, no ja exempts, sinó directament no subjectes a avaluació ambiental.

Així, ens fa la impressió en alguns moments que, tot i transcriure la totalitat de l'art. 9.4 de la Llei balear en la Sentència, no s'ha reflexionat des d'una perspectiva ontològica quant a la presència d'un efecte real reduccionista o no, envers la «mínima protecció» estatal, dels supòsits que hi regulava: en realitat el llistat de supòsits de no subjecció als procediments d'avaluació partien d'una finalitat d'economia procedimental, és a dir, se'n declarava la no subjecció perquè, a banda d'entendre que no tenien efecte significatiu en el medi ambient, s'hi explicitava en molts d'ells la clàusula inequívoca d'acord amb la qual s'assolia un major grau de protecció material ambiental.

La pretesa reducció del nivell de protecció s'ha construït així en exclusiva des de la presumpció que la mera tramitació d'un procediment d'avaluació aniria associada a una major protecció, quan paradoxalment el resultat final de les modificacions de plans al·ludides en l'art. 9.4 sempre hauria estat més favorable per al medi ambient que la situació prèvia anteriorment planificada. Altrament, reforça aquesta percepció que ens dóna la Sentència el fet que fins i tot no hagi reparat en un supòsit d'exempció previst en la Llei balear i que tenia encaix plenament en l'art. 8.1 de la Llei estatal bàsica utilitzat com a norma de contrast, com era el previst en la lletra d) de l'art. 9.4, relatiu a «les modificacions de caràcter financer... dels programes de desenvolupament rural.»

Tanmateix, una important reflexió que cal fer al nostre entendre vers aquesta Sentència se situa més aviat fora de la mateixa anàlisi jurisprudencial. Ens explicam.

Si no anam errats, els paràmetres de contrast que finalment porten a declarar la inconstitucionalitat de l'art. 9.4 de la Llei balear de 2016, regulador dels supòsits d'exempció directa, per contravenir allò que estableix la Llei bàsica estatal de 2013 en l'art. 8, en suposar «una reducció dels nivells mínims de protecció», són exactament els mateixos que s'haurien d'haver aplicat amb motiu de l'aprovació de la Llei 6/2009, de 17 de novembre, de mesures ambientals per impulsar les inversions i l'activitat econòmica a les Illes Balears.

Efectivament, encara de manera molt més visible, resulta que l'art. 24 d'aquella norma balear va modificar la precedent Llei 11/2006, de 14 de setembre, d'avaluacions d'impacte ambiental i avaluacions ambientals estratègiques a les Illes Balears, introduint-hi gairebé exactament el mateix llistat de supòsits d'exempció que contenia l'art. 9.4 de la Llei de 2016 que ara es declaren inconstitucionals.

En aquell moment, el paràmetre de constitucionalitat mediata per la legislació balear en aquest aspecte el constituïa sens dubte l'art. 3.4 de la Llei bàsica estatal 9/2006, de 28 d'abril, sobre avaluació dels efectes de determinats plans i programes en el medi ambient, d'idèntic contingut quant a la determinació taxada de supòsits d'excepcions que el contingut en l'art. 8 de la legislació estatal vigent de 2013. Sorprèn per tant, en aquest aspecte que tractam, l'opció activa de la Presidència del Govern en impugnar la nova regulació de 2016, enfront de l'omissiva en la regulació d'idèntic contingut introduïda *ad hoc* l'any 2009, davant un paràmetre bàsic vigent en aquell moment també pràcticament idèntic.

Manca d'impugnació en via constitucional que també s'ha produït en supòsits que, a la vista d'aquesta doctrina restrictiva dels supòsits d'exempció, també hauria d'haver activat l'Estat davant de normes del Parlament de les Illes Balears encara més evidents en aquest aspecte de manca d'inadequació al marc bàsic estatal.

Per posar-ne només dos exemples, ens podem referir al cas de la Llei 10/2010, de 27 de juliol, de mesures urgents relatives a determinades infraestructures i equipaments d'interès general en matèria d'ordenació territorial, urbanisme i d'impuls a la inversió; que conté determinacions que comporten mesures de planificació territorial i urbanística directa, fins i tot arribant a un nivell de detall propi d'un pla parcial, i sense haver dut a terme cap tipus d'avaluació ambiental prèvia. O també el cas més significatiu i cridaner, per tractar-se a més a més d'una norma singular de destinatari únic, que va constituir la Llei 5/2012, de 23 de maig, de mesures urbanístiques per a l'execució del Centre Internacional de Tennis Rafael Nadal.

Certament aquesta darrera llei-pla singular, a més d'una classificació i qualificació urbanística directa de terrenys, funció pròpia de la planificació general, en duu a terme una ordenació completa i detallada. A banda de no haver-se sotmès tampoc a cap tipus d'avaluació ambiental de pla, la Llei singular arriba al punt de declarar que, per a l'execució dels projectes en concret a l'àmbit per ella planificat i sense avaluació del planejament, s'eximeix directament i acumulativa els projectes necessaris per a l'execució, de l'obligació de «l'avaluació ambiental regulada per la Llei 11/2006, de 14 de setembre, d'avaluacions d'impacte ambiental i avaluacions ambientals estratègiques a les Illes Balears» (art. únic, apartat 3.a).

Òbviament no ens pertoca a nosaltres efectuar un judici de constitucionalitat d'aquestes mesures, més enllà de posar de manifest que la segona de les que hem aportat com a exemple, comportava la classificació i qualificació directa d'uns terrenys prèviament classificats com a rústic, amb ordenació directa detallada de l'actuació de transformació urbanística en la llei-pla, no sotmesa a avaluació ambiental. Només per palesar un simple factor de contrast del qual cadascú pot

treure la valoració que li mereixi, recordem que ara el TC estableix en la Sentència comentada que resulta inconstitucional el supòsit contrari, és a dir, que la llei autonòmica eximeixi les modificacions de plans que suposin «canvis de la classificació de sòl urbà, urbanitzable o apte per a la urbanització amb la finalitat de reconvertir-lo en sòl rústic»; entenent que això comporta una rebaixa del nivell de protecció previst en la normativa bàsica.

Naturalment cap crítica no es pot retreure al TC, atès que no actua d'ofici sinó a instància de les úniques parts legitimades; i, per tant, sense negar la plena legitimitat de l'Estat per impugnar la regulació general de 2016 dels supòsits d'exempció, malgrat que no ho hagués fet l'any 2009, ni tampoc davant casos singulars més patents produïts el 2010 i 2012, sí que suposa clarament una actuació amb una certa dosi d'incoherència amb la manca d'impugnació en aquelles ocasions, de la qual naturalment tampoc no ens pertoca fer-ne aquí cap valoració.

## II. Dret civil balear

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

*1. INTERLOCUTÒRIA DE 2 DE MARÇ DE 2017. Ponent: Sr. Monserrat Quintana. INADMISSIÓ DELS DOS RECURSOS DE CASSACIÓ PRESENTATS PER L'EXISTÈNCIA DE DOCTRINA LEGAL, ENCARNADA EN LA SENTÈNCIA DEL MATEIX TRIBUNAL 2/2010, DE 24 DE MARÇ. CONSIDERACIONS SOBRE L'APLICACIÓ ANALÒGICA ALS MATRIMONIS DE L'ARTICLE 9.2 DE LA LLEI DE PARELLES ESTABLES. DICTÀMENS PERICIALS ACOMPANYATS AMB LA DEMANDA I CONTESTACIÓ: CARACTERÍSTIQUES I VALOR PROBATORI. NECESSITAT DE FER ÚS DE L'ARBITRI JUDICIAL PER DETERMINAR EL QUÀNTUM DE LA INDEMNITZACIÓ A REBRE PEL TREBALL REALITZAT PER A LA FAMÍLIA. NOVA REGULACIÓ DE LA MATÈRIA PER PART DE LA LLEI 7/2017, DE 3 D'AGOST, DEL PARLAMENT BALEAR. EXAMEN DE LES MANCANCES DE LA NOVA REGULACIÓ.*

**Resum dels fets:** en un procediment de divorci la Sra. N demanda una indemnització pel treball que ha efectuat per a la família, perquè considera que li correspon la meitat del valor d'un establiment hoteler del que n'és propietari el seu espòs, estimada aquesta meitat en 1.831.288,50 €. L'Audiència Provincial, Secció 4a, va dictar sentència concedint la indemnització, encara que reduïda a la quantitat de 200.000 €.

Contra aquesta sentència la Sra. N va interposar recurs de cassació sol·licitant que la quantitat a satisfer per part de qui va ser el seu espòs ha de ser la indicada quantitat de 1.831.288,50 € o, subsidiàriament, superior a la quantitat de 200.000 € reconeguda en la sentència de l'Audiència. Per la seva part, el que va ser el seu espòs Sr. M interposa així mateix recurs de cassació sol·licitant l'anulació de la sentència impugnada per no ser procedent l'aplicació analògica de l'art. 9 de la Llei de parelles estables (LPE, en endavant). La Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia acorda, mitjançant la Interlocutòria que és objecte de comentari, no admetre cap dels dos recursos, declarant ferma la sentència recorreguda.

**Fonamentació jurídica:** la raó de la no admissió dels recursos és la doctrina de la Sala Civil i Penal fitxada en la coneguda Sentència 2/2010, de 24 de març, la qual

dóna lloc a l'aplicació analògica als matrimonis de la indemnització del treball efectuat per a la família establerta per l'art. 9.2 LPE. Com diu la Interlocutòria que es comenta «aunque el concepto de jurisprudencia comporta, en principio, reiteración en la doctrina, lo que normalmente implica la existencia de dos o más sentencias en el mismo sentido, el Tribunal Supremo tiene establecido, en criterio que esta Sala de lo Civil y Penal considera también aplicable a las materias de Derecho Civil Balear propias de su competencia, que cuando se trate de sentencias del Pleno o de sentencias fijando doctrina por razón de interés casacional, en estos casos, basta la cita de una sola sentencia invocando su jurisprudencia, siempre que no exista ninguna sentencia posterior que haya modificado el criterio seguido.» Com sigui que la indicada Sentència 2/2010, de 24 de març, va ser dictada per un tribunal compost per tots els membres de la Sala Civil i Penal es considera que aquesta Sentència ha creat doctrina legal; i és per aquesta raó que no varen ser admesos els recursos de cassació 5/2014, 1/2013 i 4/2012, com no ho han estat tampoc els que han donat lloc a la Interlocutòria objecte d'aquesta ressenya.

Amb criteri plausible, la resolució judicial que es comenta segueix dient que, amb el que s'acaba d'exposar és ja suficient per a la no admissió dels recursos, però passa a contestar les qüestions que en ells es plantegen «a los efectos de una más intensa tutela judicial efectiva».

D'aquesta manera es fan a la resolució que es comenta les consideracions que a continuació s'exposen.

Sobre l'extensió al matrimoni de la indemnització pel treball per a la família de l'art. 9.2 LPE, es comença dient que «en Derecho balear, la analogía viene autorizada por el artículo 1 de la Compilación, donde se nos dice que el Derecho civil balear se interpretará e integrará [...] con arreglo a los principios generales que lo informan; y supletoriamente el Código civil. Lo fundamental es que, de advertirse una situación injusta, derivada de la dedicación exclusiva o preponderante al trabajo para la familia en el ámbito del Derecho Balear, los tribunales han de estar a lo previsto en la Constitución: artículo 1.1, que propugna como valor superior del ordenamiento jurídico español, entre otros, la justicia; y que ésta debe ser administrada por jueces y magistrados integrantes del poder judicial (art. 117.1). Corolario de todo lo anterior es que, al no establecer expresamente el art. 4.1 CDCIB la compensación económica que sí regula el art. 9.2 LPE —que es también Derecho Balear— de demostrarse que se ha producido un enriquecimiento injusto —o mejor un empobrecimiento no debido en la parte que solicita la compensación— estamos ante una situación que precisa del restablecimiento del orden jurídico

perturbado por manifiesta injusticia, en virtud de los artículos 1.1 y 117.1 CE, en relación con la tutela judicial efectiva proclamada en el art. 24 CE.

El referido silencio del artículo 4.1 CDCIB puede suplirse:

1) Aplicando al matrimonio el art. 9.2 LPE por *analogia legis*, como se hizo por la tan reiterada STSJIB 2/2010, de 24 de marzo, sobre la base de la identidad de razón.
2) Aplicando, por *analogia iuris*, el principio general del Derecho balear que se manifiesta tanto en el espíritu del art. 4.1 CDCIB como, expresa y terminantemente, en el art. 9.2 LPE.
3) Sin olvidar que muy autorizada doctrina ha expuesto que dicha compensación puede deducirse directamente del art. 4.1 CDCIB, al entender que el trabajo para la familia es contribución a las cargas familiares.

Sin embargo de todo ello, la aplicación por analogía del art. 9.2 LPE tiene la obvia ventaja, además de su mayor concreción, de que, al exigir que se haya producido un enriquecimiento-empobrecimiento injusto, de esta manera se nos aleja del sistema económico-conyugal de participación, que nada tiene que ver con la estructura, antecedentes históricos ni dogmática del Derecho civil propio de las Illes Balears».

Sobre la pretensió de la Sra. N que se la indemnitzi en una quantitat equivalent a la meitat del valor d'un establiment hoteler del que era propietari el seu espòs (1.831.288,50 €), la resolució que es comenta ens diu que el que es pretén, en la realitat, és una revisió dels fets provats, al afirmar rotundament la sentencia recorreguda que «no se comprende cómo se pretende en autos la atribución del 50% del valor del negocio propiedad del actor, pues solo en el caso de ser un socio capitalista en tal porcentaje, o de demostrar que la colaboración personal de ella igualara todas las inversiones patrimoniales, los riesgos empresariales y los endeudamientos hipotecarios que ha ido contrayendo exclusivamente el marido a su nombre, cabría comprender la singular reivindicación de tal porcentaje de titularidad patrimonial por mitades del negocio de autos. Siendo evidente que no [se] ha probado tan absoluto, decisivo e imprescindible protagonismo empresarial» (de la Sra. N).

Les dues parts del litigi havien presentat informes pericials sobre el valor de l'hotel, sobre els quals es fan, en la resolució que es comenta, les consideracions següents.

Pel que fa a la titulació dels autors d'aquests informes, es diu que «las partes pueden hacer uso del perito o persona que consideren entendida que deseen; sólo en el caso de que se pretenda la designación judicial es cuando se establece terminantemente dicha exigencia de titulación. Así se desprende del actual art. 335 LEC, que prevé la aportación al proceso del dictamen de los peritos que

libremente elijan las partes, mientras que el art. 340 LEC, que sí exige dicha titulación oficial en los casos en que exista, figura a continuación del art. 339, que regula la solicitud de designación judicial de peritos por el tribunal y la resolución judicial sobre dicha solicitud.»

Evidentment, tots aquests informes emesos per perits no designats judicialment han de ser apreciats segons les regles de la sana crítica. I així, la resolució que es comenta fa seva la declaració continguda en la sentencia objecte dels recursos, assenyalant que «en ausencia de una pericial judicial, las periciales de parte arrojan cuantificaciones del negocio y de su situación actual notablemente distintas, sin que se puedan considerar, ni la una ni la otra, prueba inequívoca de los rendimientos del negocio y del valor de éste, una vez deducidos los gastos y las deudas».

A les hores, quins són els criteris que s'han de tenir en compte per fixar la indemnització? Sobre el particular, la resolució que es comenta ens recorda que «en la materia que nos ocupa, desde siempre se ha venido diciendo que habrá casi siempre que estar al prudente arbitrio judicial, ante la indeterminación legal respecto de la forma de cuantificar la compensación económica, y así lo ha entendido la jurisprudencia que, en muchos casos, se ve abocada a hacer uso de dicho razonable arbitrio, como muestra, por ejemplo, la STS 614/2015, de 25 de noviembre, la cual, tras lamentarse de que nada se dice en la norma (se refiere al art. 1438 Cc) sobre cómo debe hacerse esta compensación económica, concluye que el juez debe valorar las circunstancias concurrentes y procurar hacerlo de forma ponderada y equitativa [...]».

**Comentari:** amb criteri molt plausible, la resolució que es comenta no es limita a declarar la no admissió dels recursos de cassació per l'existència de la doctrina legal fitxada en la Sentència 2/2010, de 24 de març, sinó que fa també consideracions sobre les pretensions deduïdes pels litigants en els recursos. No es pot oblidar, en efecte, que les resolucions judicials són també llegides pels litigants, per als quals serà d'interès veure els motius jurídics pels quals són rebutjades les qüestions de fons deduïdes en els recursos. A més, d'aquesta manera, es fan a la resolució que es comenta interessants consideracions sobre la *ratio decidendi* de l'aplicació analògica al matrimoni de l'art. 9.2 LPE, sobre els informes pericials acompanyats amb els escrits de demanda i contestació i sobre la incidència del arbitri judicial en la quantificació de les indemnitzacions motivades pel treball per a la família.

Però la doctrina legal derivada de la Sentència 2/2010, de 24 de març, ja serà inaplicable a totes les demandes indemnitzatòries que s'hagin presentat a partir de l'entrada en vigor —que va ser el 6 d'agost de 2017— de la Llei 7/2017, de 3 d'agost, que dóna nova redacció a l'art. 4.1 de la Compilació que passa a tenir la següent

redacció: «Els béns propis de cada cònjuge seran afectes a l'aixecament de les càrregues del matrimoni. En defecte de pacte, cadascun dels cònjuges hi contribuirà en proporció als seus recursos econòmics; es considera com a contribució el treball per a la família i dóna dret a obtenir una compensació que el jutge ha d'assenyalar, si no hi ha acord, quan s'extingeixi el règim de separació. [...]».

Igualment es modifica l'article 67.2, disposant que «[...] Es considera com a contribució el treball per a la família i dóna dret a obtenir una compensació que el jutge ha d'assenyalar, si no hi ha acord, quan s'extingeixi el règim de separació.»

Comparada aquesta disposició amb la de l'art. 9.2 LPE, la realitat és que s'ha perdut molt amb el canvi, ja que la nova reglamentació és clarament insuficient, deixa sense resposta moltes qüestions i pot donar lloc a situacions injustes. Tot això possiblement n'és conseqüència de les presses i la falta d'assessorament doctrinal que han acompanyat la reforma. Breument passam a posar-les de relleu.

1) El nou text legal es limita a declarar el dret a una indemnització pel treball realitzat per a la família, però no el lliga a l'existència d'un desequilibri econòmic entre els patrimonis del cònjuges, com feia l'art. 9.2 LPE, i com disposa l'art. 232-5.1 de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, del Parlament català. Evidentment, si un dels cònjuges ha treballat per a la casa i l'altre ha tingut una feina retribuïda fora d'ella, però dedicant les retribucions rebudes a l'aixecament de les càrregues familiars, és un contrasentit que el primer pugui demandar una especial compensació per aquest treball. Es oportú recordar que la Sala 1a del Tribunal Suprem ha dit reiteradament, comentant l'art. 1438 Cc —de redacció molt similar a la de l'actual art. 4.1 CDCIB—, que la indemnització a favor del cònjuge que ha treballat per a la casa procedirà encara que no hi hagi desequilibri patrimonial respecte del cònjuge que ha treballat fora d'ella, ja que el precepte legal no ho exigeix (STS de 28 de febrer, de 24 de març i de 26 d'abril 2017, entre moltes altres). Òbviament, aquesta doctrina no vincula al nostre Tribunal de cassació (la Sala Civil i Penal del TSJIB), però la realitat és que tampoc l'actual art. 4.1 CDCIB exigeix cap mena de desequilibri patrimonial o enriquiment injust.
2) La reforma legislativa no ha tingut en compte la realitat social dels matrimonis de les nostres Illes, en els quals es dóna quasi sempre el costum d'adquirir els béns importants del matrimoni (vivenda, vivenda de vacances i, fins i tot, immobles adquirits per pura inversió) per meitats indivises, encara que el capital amb el que es fa l'adquisició procedeixi del cònjuge que treballa fora de la casa. En aquests casos, seria injust haver de satisfer, a la finalització del règim de separació, una indemnització que en realitat ja està pagada. Per això,

l'art. 14 de la Llei valenciana 10/2007, de 20 de març, —anul·lada pel TC, però en vigor per als matrimonis celebrats mentre estava vigent— ens diu que la compensació no tendrà lloc quan d'altra forma el cònjuge que ha treballat per a la casa hagi obtingut «avantatges patrimonials» equiparables a la compensació. Res d'això trobam en la Llei balear. Encara que jo entenc, per pura lògica i a pesar del silenci de la llei, que si hi ha hagut donacions, del tipus que sigui, a favor del cònjuge que ha treballat per a la casa, d'un valor similar al que tendria dret a percebre, no podrà reclamar aquesta especial compensació. Seria injust pagar-la dues vegades.

3) El nou text legal parla de «treball per a la família», no de treball per a la casa; i això n'és una nova mostra de la manca de rigor de la Llei. És que per ventura no treballa per a la família el cònjuge que ho fa fora de la casa i dedica el fruit del seu treball a l'aixecament de les càrregues familiars? A diferència de la nostra, les lleis fetes amb més calma i saviesa —com la catalana i la valenciana abans esmentades— delimiten el concepte de treball per a la casa. Així, la Llei catalana concedeix la indemnització al cònjuge que ha treballat per a la casa (no per a la família, concepte molt més general) substancialment més que l'altre i al cònjuge que ha treballat per l'altre sense remuneració o amb remuneració insuficient; la Llei valenciana estableix la indemnització per als supòsits de treball per a la casa, assistència als fills, ascendents i discapacitats que conviuen a la llar o que, sense conviure, siguin assistits pel matrimoni.

4) El nou text legal tan sols condiciona la indemnització a la prèvia existència d'un treball per a la família i que s'hagi produït l'extinció del règim de separació de béns. Però aquesta extinció pot tenir lloc, a més de mitjançant divorci i separació legal, per la mort d'un dels cònjuges. I com sigui que no s'ha tengut la prevenció de donar al dret a la indemnització el caràcter de dret personalíssim, es transmet als hereus. Això vol dir que, a la mort del cònjuge que ha treballat per a la família, els seus hereus la poden reclamar al cònjuge sobrevivent, encara que aquell no l'hagués mai demandat en vida. I si el que mor és el que no ha treballat per a la família, els seus hereus poden ser demandats pel que sí ho ha fet. El nostre text legal no ens parla de terminis de prescripció, per la qual cosa podria ser aplicable l'art. 1964 Cc, i d'aquesta manera, la acció indemnitzatòria es podria exercitar durant cinc anys a contar de l'extinció del règim de separació. Així es podrien crear situacions vertaderament violentes particularment en els casos en què els hereus del cònjuge premort no són fills comuns de ambdós cònjuges. No importa dir que

les legislacions fetes amb més calma han previst aquesta especial situació; i així, la Llei catalana assenyala que el dret a la indemnització és un dret personalíssim del cònjuge —no exercitable, per tant, pels hereus— i tan sols podrà prosperar sempre que els béns que el cònjuge premort li ha atribuït en la successió voluntària o els que li correspondrien en la successió intestada no cobreixin l'import de la compensació deguda.

Lamentablement, el model que s'ha tingut en compte per establir en el nostre dret la compensació per raó de treball per a la família és l'art. 1438 Cc que es limitava a proclamar la seva procedència una vegada extingit el règim de separació de béns, sense més regulació. Però la veritat és que la Llei estatal 11/1981, de 13 de maig —que va donar l'actual redacció al precepte— també, com la nostra, va ser fruit de les presses, en aquest cas per anar adaptant l'ordenament jurídic espanyol a la Constitució.

**B. Secció Tercera de l'Audiència Provincial**

*1. SENTÈNCIA NÚM. 309/2017, DE 10 D'OCTUBRE. Ponent: Sr. Gómez Martínez. RECLAMACIÓ DELS HONORARIS I DRETS DE PROCURADOR DERIVATS D'UN ANTERIOR LITIGI CONTRA LA CLIENTA I ELS SEUS FILLS, PER HAVER ATORGAT UN PACTE SUCCESSORI AMB TRANSMISSIÓ ACTUAL DE BÉNS ALS FILLS. FALTA DE LEGITIMACIÓ PASSIVA D'AQUESTS PER NO TENIR LA CONDICIÓ D'HEREUS I NO SER RESPONSABLES DELS DEUTES DE LA CAUSANT FINS QUE ES PRODUEIXI LA SEVA MORT. APLICACIÓ DE LES REGLES DE LA CONGRUÈNCIA PER FIXAR ELS HONORARIS EN UNA QUANTITAT QUE LA PART DEMANDADA CONSIDERAVA AJUSTADA A DRET EN EL ESCRIT DE CONTESTACIÓ I NO HAVER IMPUGNAT ESPECIALMENT LA QUANTITAT DEMANDADA COM A DRETS DE PROCURADOR. CONSIDERACIONS SOBRE ELS DICTÀMENS PERICIALS PRESENTATS PER LES PARTS SENSE QUE HI HAGI HAGUT DESIGNACIÓ JUDICIAL DEL PÈRIT.*

**Resum dels fets:** demanda interposada per advocat i procurador en reclamació dels honoraris i drets corresponents a la tramitació d'un anterior judici ordinari. La demanda s'interposa contra la clienta Sra. X i també contra el seu fills, en raó d'haver existit un pacte successori amb transmissió actual de tots el béns de la Sra. X al fills, amb la conseqüent designació d'hereus a favor d'aquests.

La Sentència del Jutjat de Primera Instància desestima la demanda respecte dels fills de la Sra. X per considerar que el pacte successori no els atribuïa la condició d'hereus sinó la de legataris i, com a tals, no responen de les deutes del seu causant. A més, estableix una important reducció en els honoraris d'advocat i en el drets de procurador, establint-los en les quantitats de 2.000 i 436,79 € (IVA inclòs), respectivament.

Apel·lada la Sentència, la Secció 3a de l'Audiència Provincial estima en part el recurs, confirma la desestimació de la demanda respecte dels fills de la Sra. X —encara que per distints motius dels apreciats per la Sentència del Jutjat— i fixa els honoraris a percebre per l'advocat en la quantitat de 15.076,75 € i els drets de procurador en 1.537,28 €.

**Fonamentació jurídica:** en la Sentència que es comenta es planteja la incidència que pot tenir en aquest cas el fet d'existir el pacte successori abans esmentat. Diu que «El pacto sucesorio produce distintos efectos antes y después de que se abra la sucesión por la muerte del causante. Antes de que muera el causante las partes contratantes quedan recíprocamente vinculadas ex artículo 1256 del Código Civil, y eso es, precisamente, lo que indica la cláusula segunda de la escritura [...] cuando refiere como efecto propio "la transmisión actual del pleno dominio de las fincas"». A més, quan s'obri la successió de la Sra. X, a la seva mort, passaran a ser hereus els seus fills, designats com a tals en el pacte successori, sense que puguin repudiar l'herència i sense necessitat d'acceptar-la, ja que ho varen fer a l'atorgar el pacte successori. I com sigui que —segueix dient la Sentència— la Sra. X «no ha fallecido todavía y que, por tanto, no se ha abierto su sucesión, habremos de confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto niega legitimación pasiva a los codemandados comparecidos en las acciones entabladas en cumplimiento de obligaciones contraídas por su madre instituyente ya que, cualquiera que sea la forma de la delación de la herencia —testamentaria, legal o contractual— no pueden coexistir o vivir simultáneamente una persona y su sucesor por causa de muerte.»

Pel que fa als honoraris de l'advocat que va defensar la Sra. X a l'anterior plet, la Sentència que es comenta les fixa en la quantitat de 15.076,75 € pel fet que en l'escrit de contestació a la demanda es diu literalment «siendo por tanto los

honorarios de abogado ajustados 15.076,75 €» i tenint en compte —diu la Sentència que es comenta— que «la congruencia opera también respecto de lo alegado por dicha parte, la condena pecuniaria con la que finalice el presente proceso no puede ser inferior a dicha cifra». En canvi no es pren en consideració el dictamen pericial acompanyat amb la demanda en el qual el lletrat Sr. M establia com a honoraris adequats una quantitat major. Diu la Sentència que es comenta que «no puede olvidarse que los informes periciales no judiciales se caracterizan porque la parte ha podido escoger a un perito de su conveniencia, lo que le puede garantizar un control sobre el resultado, en el sentido de que si éste no es favorable puede encomendar un nuevo dictamen a otro perito hasta así obtener uno que sea favorable a sus tesis»; i considera així mateix la Sentència que «en este tipo de dictámenes se hace imposible la participación de la parte adversa en las operaciones periciales (artículo 345 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).»

Quant als drets de procurador, la Sentència dóna per bons els reclamats en la demanda, basant-se que a l'escrit de contestació no es discuteix el seu import, per la qual cosa «en aplicación del principio de congruencia al que antes se ha hecho referencia, no cabe la reducción operada por la sentencia de primera instancia».

**Comentari:** curiós cas que ens mostra com la clienta de l'advocat i procurador demandants ha devingut insolvent a conseqüència d'haver atorgat a favor del seus fills un contracte successori amb transmissió actual de tots els seus béns, raó per la qual els actors demanden també als fills beneficiaris d'aquesta transmissió, a fi de poder cobrar els honoraris i drets corresponents a un judici ordinari anterior en què varen assumir la seva defensa i representació.

El motiu invocat per la Sentència que es comenta per desestimar la demanda respecte dels fills de la Sra. X és absolutament correcte ja que, com ha tingut ocasió d'afirmar reiteradament la doctrina, l'atorgament d'un pacte successori, inclús amb transmissió actual d'importants béns, no pot suposar mai una mort civil anticipada del causant, ja que fins a la seva mort no es podrà desencadenar el fenomen de la *successió* amb tot el que comporta: que els hereus designats en el pacte es converteixen en hereus reals i, com a tals, responen dels deutes del causant i acreixen a ells el béns del causant que anteriorment no varen ser objecte de transmissió i continuen en el seu patrimoni així com els adquirits posteriorment. La única possibilitat de fer responsables dels deutes de la Sra. X, en vida de la mateixa, els seus fills seria mitjançant les accions rescissòries

derivades de la consideració que el pacte successori amb transmissió actual de béns es va atorgar en frau dels creditors.

Pel que fa als honoraris d'advocat reclamats en el litigi, la Sentència del Jutjat va reduir-los a 2.000 € per considerar que la quantia del litigi (400.000 €) del que deriven no pot ser l'únic criteri per quantificar-los, ja que es va tractar d'un litigi molt senzill, atès que l'actora va renunciar a l'acció una vegada contestada la demanda per haver arribat a un acord amb els demandats; considera la Sentència del Jutjat, així mateix, que la demanda no va suposar un especial esforç de redacció ni va fer necessari un treball previ de recopilació de dades, consideracions que són rebutjades per l'advocat apel·lant.

La Sentència que es comenta, per altra part, coincideix amb la doctrina resultant de la Interlocutòria de la Sala Civil i Penal del TSJ abans comentada sobre l'apreciació, «según las reglas de la sana crítica» dels dictàmens pericials aconseguits per la mateixa part sense prèvia designació judicial. En la realitat, aporta encara més arguments per debilitar el valor probatori d'aquests dictàmens pericials.

## *2. SENTÈNCIA NÚM. 170/2017, DE 2 DE JUNY. Ponent: Sr. Gómez Martínez. PREMORIÈNCIA DE L'HEREU INSTITUÏT I D'UN DELS DOS SUBSTITUTS VULGARS DESIGNATS A L'EFECTE. EL DRET DE REPRESENTACIÓ PER PART DELS DESCENDENTS DEL SUBSTITUT PREMORT S'HA DE ENTENDRE LIMITAT A LA LLEGÍTIMA, SENSE INCLOURE LA PART DE LLIURE DISPOSICIÓ. ANÀLISI DEL DRET DE REPRESENTACIÓ EN EL SISTEMA DEL CODI CIVIL I EN EL DRET CIVIL BALEAR.*

**Resum dels fets:** la Sra. B va morir el 10 d'octubre de 2015. En el seu darrer testament, atorgat molt abans, el 9 de gener de 1976, s'instituïa en la porció llegítima a les persones amb dret a ella i es designava hereu universal el seu espòs Sr. C, amb substitució vulgar a favor dels seus dos fills Srs. G i H per parts iguals.

L'espòs Sr. C i el fill Sr. G varen premorir a la testadora, deixant aquest darrer tres filles. Una d'elles interposa demanda sol·licitant que a ella i a les seves germanes les correspon heretar la part de l'herència de la Sra. B que havia de ser pel seu pare Sr. G, en virtut del dret de representació, i tant pel que fa a la porció llegítima com la de lliure disposició.

La Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 24 de Palma estima la demanda pel que fa a la porció llegítima, però la desestima respecte de la part de lliure disposició, per considerar que el dret de representació no es dóna dins la successió testada. La Sentència es confirmada per l'Audiència Provincial, Secció Tercera, a excepció del pronunciament sobre costes, no imposant-se a la part actora les de primera instància pel fet d'haver estimat la sentència d'instància parcialment la demanda.

**Fonamentació jurídica:** comença dient la Sentència que es comenta que "[...] lo que ha de discutirse en el presente proceso es si [la actora] ha de adquirir por representación de su padre premuerto (Sr. G) la porción que le corresponde (en concurrencia con sus hermanas [...]) de la mitad de la parte de libre disposición de la herencia de su abuela (Sra. B).» La part demandada havia mostrat la seva conformitat amb les pretensions de l'actora respecte de la llegítima.

Segueix exposant la Sentència que «En la sucesión intestada, en virtud del derecho de representación, los descendientes del premuerto, aunque sean de grado ulterior, concurren —en algunos supuestos— con sucesores de grado más próximo y en la misma medida en que lo hubiera hecho aquél. Es una excepción al principio fundamental en la sucesión intestada de que el pariente más próximo en grado excluye al más remoto (ex artículo 921 del Código civil).

Ahora bien, este derecho de representación consagrado en la sucesión intestada ha sido objeto de discusión dentro de la sucesión testada.

La doctrina, tras la publicación del Código civil, vino manteniendo que el derecho de representación sólo era aplicable a la sucesión intestada porque, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos como el italiano, el Código trataba tal derecho de representación únicamente dentro de esta clase de sucesión, sin hacer mención alguna a él en las disposiciones generales de la sucesión ni en las específicas de la sucesión testada.

En efecto, en principio, en la sucesión testada, cuando un llamado voluntariamente a la herencia no puede (por premoriencia o por indignidad) o no quiere (repudia) adquirirla, ocupará su puesto otro que haya sido llamado por el testador subsidiariamente; es decir, se aplicará la sustitución vulgar si la ha previsto el testador; en caso contrario, si no la ha previsto, se dará el derecho de acrecer si concurren los requisitos de éste; y a falta de éste, se dará la sucesión intestada.»

La Sentència fa referència, a continuació, a la modificació de l'art. 814 apartat 3 Cc per la Llei de 13 de maig de 1981 i, en especial, a la realitzada a la Compilació del Dret Civil de les Illes Balears pel Decret legislatiu 79/1990, de 6 de setembre, que estableix, en el paràgraf 3r de l'article 46, que «no se consideraran pretèrits els descendents d'un descendent no pretèrit que hagi premort al testador». Com sigui que tal precepte està ubicat en la secció 4a, dedicada a les llegítimes, assenyala la Sentència que «habrá de entenderse que, por razones de interpretación sistemáticas, el derecho de representación en la sucesión testamentaria se refiere solo a la legítima [...] y no tiene, por tanto, un alcance general para toda la sucesión testamentaria.»

Reforça aquesta consideració tot dient que «Es más, la testadora estableció una sustitución vulgar para el caso de premoriencia del marido, pero nada previó para el idéntico supuesto pero en relación a los hijos, por lo que nada permite entender que su voluntad fuese la que ahora pretende la actora apelante, de incluir en el testamento a sus nietos pese a que dos de las tres nietas de la testadora habían ya nacido cuando se otorgó el testamento, como acertadamente señala la juez *a quo*».

I finalitza afirmant encertadament que «ceñirse a la voluntad del testador, a lo que dijo en su testamento y también a lo que no dijo, es lo que mejor se ajusta al carácter voluntario de la sucesión testamentaria y más en Mallorca. En efecto, el artículo 7 de la Compilación al establecer *que la sucesión intestada sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con la testada y la contractual*, recoge el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatuts decedere potest.* La consagración del derecho de representación en la sucesión testada supone una excepción a tal principio puesto que implica un llamamiento por ley a descendientes del premuerto en una sucesión testamentaria y, por tanto, ha de ser objeto de interpretación restrictiva limitada a la legítima».

**Comentari:** la incidència del dret de representació en la successió intestada i en l'àmbit concret de la llegítima és inqüestionable tan en el sistema del Codi civil com en el nostre Dret.

Quant a la successió intestada, així ho estableixen clarament els art. 924 a 929 Cc, dins la regulació general de la successió intestada, els quals són aplicables

també en el nostre Dret atesa la remissió al Codi civil dels art. 53 i 84 CDCIB, ambdós modificats per la recent Llei 7/2017, de 3 d'agost.

Pel que fa al dret de representació en l'àmbit de la llegítima, el nostre Dret la contempla al establir la llegítima dels descendents, ja que l'art. 42 CDCIB ens diu que «Constitueix la llegítima dels fills, per naturalesa i adoptius, i, en representació dels premorts, dels seus descendents de les classes indicades [...]» i l'article 79 CDCIB declara que són legitimaris els fills i descendents i que el fills es comptaran per caps i els altres descendents per estirps. Queda clar, per tant, que en cas de premoriència d'un fill legitimari ocupen el seu lloc —i el seu dret a llegítima— els seu descendents. Per altra part, la incidència, en aquest punt, de les causes d'indignitat i desheretament d'un legitimari podrien determinar que els seus descendents ocupin també el seu lloc quant a tal legitimari, ja que, en aquest punt, serien d'aplicació els art. 761 i 857 Cc; no entraria, en canvi, en joc el dret de representació en el cas de renúncia o repudiació, ja que així ho estableix l'art. 923 Cc; i encara que aquest article està dins la regulació de la successió intestada s'entén aplicable a tota classe de disposicions *mortis causa* ja que qui renuncia o repudia vincula amb la seva declaració els seus descendents.

La situació, però, canvia quan ens plantegem —com en el cas de la Sentència que es comenta— la possible incidència del dret de representació dins la successió testada i en contemplació concreta de la part de lliure disposició.

En el sistema del Codi civil es partia de la base que si el testador volia que, en el cas de premorir un dels designats hereus, el representessin altres persones, estava al seu abast la possibilitat de disposar una substitució vulgar, ja que la regla general —establerta per l'art. 766 Cc— era que l'hereu voluntari que mor abans que el testador no transmet cap dret als seus hereus. Però, segons el parer d'un important sector doctrinal, la Llei 11/1981, de 13 de maig, va capgirar aquesta doctrina, al reformar l'art. 814 Cc i disposar que «Los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido representan a éste en la herencia del ascendiente y no se considerarán preteridos». En comentari del precepte, la doctrina va dir que s'estava davant d'un dret de representació inclòs excepcionalment dins la successió testada pel fet de tractar-se de tres persones unides per parentesc en línea recta, que pot donar lloc a la suposició que el desig del causant és que, en el supòsit de premoriència del primer descendent,

l'herència passi al descendent d'aquest. Però la qüestió, al meu parer, no està del tot clara. Per una part, és veritat que el precepte diu literalment que els descendents el representaran «en la herencia del ascendiente»; i l'herència és molt més que la llegítima. Però, per una altra part, s'ha de dir també que el precepte està ubicat dins d'una secció que duu per títol «De las legítimas», la qual cosa duria a la consideració que una interpretació *sedes materiae* del precepte reduís el seu impacte a la llegítima i no a tota l'herència. I sense oblidar que l'esmentada Llei 11/1981, de 13 de maig, va deixar vigent l'art. 766 Cc, que ens diu «Que el heredero voluntario que muere antes que el testador [...] no transmiten ningún derecho a sus herederos», a excepció dels supòsits vists abans d'indignitat i desheretament respecte de la llegítima (art. 761 i 857), precepte que està ubicat dins de les disposicions generals de l'herència.

Venturosament, en el nostre Dret la qüestió es presenta amb més simplicitat. L'art. 46 CDCIB, en regular la preterició, no estableix el dret de representació en l'herència, que proclama, com s'ha vist, l'art. 814 Cc*,* sinó que es limita a dir que «No se consideraran pretèrits els descendents d'un descendent no pretèrit que hagi premort al testador». Amb la qual cosa simplement es vol indicar que els descendents del descendent premort no poden exercitar les accions derivades de la preterició; i no són cridats a l'herència si no hi ha substitució vulgar al seu favor, ja que cap precepte, del nostre Dret, els concedeix, en la successió voluntària, dret de representació de l'ascendent premort respecte de la total herència o part de lliure disposició.

Dues petites anotacions per acabar.

Fa molts d'anys vaig llegir un dictamen que feia referència a un cas similar al contemplat per la Sentència. També, en el cas del dictamen, no hi havia substitució vulgar a favor dels descendents dels substituts dels hereus instituïts. I recordo que el dictamen acabava fent referència que era molt fàcil resoldre el cas sense fer res més que acudir a la dita catalana que, per a casos com aquest, deia «A la taula d'en Bernat, qui no hi és no hi és comptat». En efecte, en el testament de la Sra. B hi ha un hereu designat i uns substituts vulgars, però no hi ha uns substituts dels substituts; per això, aquests no hi són comptats. I això ens du a la segona consideració, que no és sinó una recomanació general de fer en els testaments ús i abús de las substitucions vulgars, que mai sobren ja que els designis de Déu són inescrutables.

**C. Secció Cinquena de l'Audiència Provincial**

*1. SENTÈNCIA NÚM. 19/2017, DE 25 DE GENER. Ponent: Sra. Solá Ruiz. RESERVA ORDINÀRIA. LA SEVA VIGÈNCIA DINS DEL NOSTRE DRET I EL SEU FONAMENT. ESCRIPTURA DE CANCEL·LACIÓ D'AFECCIÓ LEGITIMÀRIA EN QUÈ CONSTA QUE EL RESERVATARIS ES DONEN PER PAGATS DE TOTS ELS DRETS QUE LES CORRESPONEN EN L'HERÈNCIA DE LA SEVA MARE. NO DEIXA SENSE EFECTE L'OBLIGACIÓ DE RESERVAR, PER CONSIDERAR LA SENTÈNCIA QUE NO ÉS UNA RENÚNCIA EXPRESSA.*

**Resum dels fets:** els actors són fills del matrimoni celebrat entre la Sra. A i el Sr. B, morts respectivament el 4 de juny de 1985 i el 19 d'agost de 2011. En el darrer testament atorgat per la primera, de veïnatge civil pitiús, instituïa hereu el seu espòs i llegava la llegítima als seu fills, amb substitució vulgar en ambdós casos a favor dels respectius descendents. L'herència de la Sra. A és acceptada notarialment en aquests termes i expressament s'inclou entre els béns, que així passen a ser propietat del Sr. B, la finca registral 003, que ho era de la seva esposa.

El 29 d'abril de 1993, el Sr. B es va casar amb la Sra. G sense que aquest matrimoni tengués descendència.

El 30 de març de 2004 el Sr. B va atorgar escriptura de declaració d'obra nova respecte de la finca registral 003, la qual, reconeix en l'escriptura, li pertany per herència de la seva esposa, dividint-la en quatre entitats registrals diferents que donen lloc a les finques 008, 009, 010 i 011, a més de la porció restant de la finca 003. S'adjunten a l'escriptura unes certificacions expressives de l'antiguitat de les edificacions i del fet de no haver realitzat, durant aquest temps, obres d'augment de volum o de superfície de les mateixes.

Mitjançant escriptura de cancel·lació d'afecció legitimària de 22 de setembre de 2004 els fills del primer matrimoni del Sr. B declaren «que han percibido cuantos derechos, incluso legitimarios, puedan corresponderles en la herencia de su madre (Sra. A) y consienten expresamente la cancelación de cualesquiera menciones o afecciones por sus derechos legitimarios derivados de tal herencia, especialmente sobre las fincas registrales NUM003, NUM009, NUM010, NUM011 y NUM008 del Registro de la Propiedad número 2 de Eivissa».

El Sr. B va morir el 19 d'agost de 2011 sota darrer testament en el qual institueix hereva universal la seva esposa Sra. G, a qui llega especialment la finca 008, mentre que les altres finques són objecte de llegat, o ho han estat de donació prèvia, a cadascun dels seus quatre fills. La Sra. G va acceptar l'herència del seu espòs mitjançant escriptura de 21 d'octubre de 2011 i va morir intestada el 15 de gener de 2013.

La demanda origen del plet la interposen el fills del Sr. B contra els qui varen resultar ser hereus de la seva segona esposa, reclamant l'efectivitat de la reserva vidual respecte de les finques que eren de la seva mare Sra. A i que va adquirir el seu pare Sr. B a títol d'herència, en especial sobre la finca 008, sol·licitant així mateix la nul·litat de les escriptures i inscripcions registrals practicades sobre la indicada finca amb la seva conseqüent inscripció a favor dels actors reservataris.

La demanda és estimada pel Jutjat de Primera Instància núm. 1 d'Eivissa i desestimat per l'Audiència Provincial, Secció Cinquena, el recurs d'apel·lació deduït contra la Sentència.

**Fonamentació jurídica:** la Sentència que es comenta comença fent una àmplia consideració sobre el fonament de la reserva vidual, amb referència a la Sentència de 25 de maig de 2010 de la Sala Civil i Penal del nostre Tribunal Superior de Justícia, així com les del Tribunal Suprem de 5 de juny de 2008 i de 22 de juny de 1995, de les quals resulta que la basen en la presumpció que el transmitent dels béns de cap manera hagués volgut que els béns passessin a una nova línea creada per un posterior matrimoni del espòs beneficiari de la transmissió.

A l'al·legació del recurs, segon la qual l'efectivitat de la reserva vidual exigeix que la imposi el transmitent dels béns, es contesta que la reserva vidual «no precisa para su existencia que así haya sido impuesta por el cónyuge premuerto, de hecho del contenido de los artículos 968 y siguientes se desprende claramente que se trata de una obligación del reservista (cónyuge bínubo) quien en fase de la pendencia de la reserva tiene el derecho de dominio o propiedad sobre los bienes reservables si bien el mismo se encuentra sujeto a condición resolutoria, que consiste a que a su fallecimiento le sobrevivan alguno de los reservatarios, y a quien a su vez corresponde al momento de contraer segundo matrimonio, inventariar todos los bienes sujetos a reserva».

Es fonamenta així mateix el recurs en el contingut de l'escriptura de 22 de setembre de 2004, en la qual els fills reservataris declaren donar-se per pagats de tots els drets que els puguin correspondre en l'herència de la seva mare, consentit expressament en la cancel·lació de l'afecció legitimària existent sobre les finques objecte de la reserva. A la qual cosa contesta la Sentència de la manera següent: «no es posible confundir las manifestaciones que efectuaron algunos de los reservistas, respecto de los derechos legitimarios que le correspondían respecto de la herencia de su madre, con el pago de la reserva que constituye un conjunto patrimonial identificado por la procedencia y que en el caso, afectaba no tan sólo a las fincas ya percibidas por alguno de los accionantes […] sino igualmente a la finca NUM008 que es la que constituye el objeto del presente procedimiento». La Sentència proclama així mateix que, segons constant jurisprudència (STS de 18 d'octubre de 2011), la renúncia a la reserva ha de ser expressa.

Es deia també en el recurs que, en tot cas, la reserva relativa a la finca registral de procedència materna afectaria tan sols a la parcel·la i no a les edificacions en ella construïdes, ja que ho varen ser per part del reservista Sr. B, motiu que també és rebutjat per la Sentència que es comenta, la qual oposa a aquesta al·legació els dos certificats adjunts a l'escriptura, en els quals consta que les edificacions tenen una antiguitat superior a 20 o 30 anys i no consta la realització d'obres d'augment de volum o superfície, per la qual cosa, les obres a què es refereix l'escriptura de declaració d'obra nova atorgada el 30 de març de 2004 «se han ejecutado sobre lo ya edificado» o suposen «pequeñas obras de mejora, reforma o mantenimiento».

**Comentari:** les reserves suposen una evident limitació a la voluntat del testador com ho són les llegítimes, i és per aquesta raó que una i altra han estat en el punt de mira de la doctrina i de les legislacions. El cert és que han estat eliminades del Dret civil propi de tres comunitats autònomes. L'art. 182 de la Llei 2/2006, de 14 de juny, de dret civil de Galícia, l'art. 411-8 de la Llei catalana 10/2008, de 10 de juliol i l'art. 464.3 del Decret legislatiu 1/2011, de 22 de març, del Govern d'Aragó, que aprova el Codi de dret foral d'Aragó, coincideixen en afirmar que no poden existir més reserves que les que voluntàriament hagi imposat el testador.

Precisament, el Butlletí XIII de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears (Palma 2012) conté un ampli i profund estudi sobre el tema de les reserves, en què treballà, durant el curs acadèmic 2010/2011, la Comissió

Acadèmica de Dret Privat sobre la base d'una ponència de la qual fou autor l'acadèmic Jiménez Gallego, en la qual s'estudien les reserves en el marc del dret comparat, es passa després revista als arguments a favor i en contra de la institució, a la problemàtica que presenta la regulació de les reserves dins del dret civil balear i es finalitza aportant un estudi *de lege ferenda* sobre una possible regulació de la institució dins del marc del nostre dret. És de destacar que les conclusions de l'esmentada Comissió Acadèmica propugnaren la conservació de les reserves ordinària i lineal, per considerar que ambdues tenen una finalitat d'estricta justícia encara que amb una regulació que ha de superar els esquemes del Codi civil i ha de resultar adequada a les circumstàncies actuals.

En tot cas, el que *hic et nunc* està fora de dubte és l'aplicabilitat en el nostre Dret del règim de les reserves. Quant a la reserva lineal, hi ha una referència expressa a la mateixa en l'article 43 *in fine* CDCIB. En canvi no conté la Compilació cap indicació sobre la reserva ordinària. Però la seva vigència dins del nostre dret ha estat proclamada per la Sentència de 25 de maig de 2010 de la Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia, en un procés en què es va atacar fortament la reserva, per considerar que era inconstitucional i que anava en contra dels principis fonamentals del dret successori mallorquí (caràcter essencial de la institució d'hereu, *semel heres semper heres* i *nemo pro parte).* Precisament, comentant aquesta Sentència, vaig tenir ocasió de dir que de cap manera es pot entendre que vagi en contra d'aquests principis donat que les reserves afecten tan sols a uns béns concrets i determinats mentre que els indicats principis successoris graviten en torn a l'hereu o successor universal. I, per una altra part, està en la Llei perfectament determinat qui seran, en el seu cas, els reservataris que tendran dret a exigir l'efectivitat de la reserva, per la qual cosa mai no es pot acabar dins d'una successió intestada.

Per això, són plausibles tant la Sentència que es comenta com la de la Sala Civil i Penal de 25 de maig de 2010 que consideren aplicable dins del nostre dret la reserva ordinària, mantenint en aquest punt la tradició que ha estat vigent a les nostres Illes.

Dit el que antecedeix, no es pot deixar de comentar que els fets del plet, tal com estan exposats en la Sentència, susciten algun dubte; en particular, el fet que tots els reservataris varen atorgar una escriptura pública en la qual declaren «que han percibido cuantos derechos, incluso legitimarios, puedan corresponderles en la herencia de su madre [...]». I si això es combina amb el fet que el reservista va

atribuir, via testament o donació, als reservataris quatre de les finques registrals resultants de la finca 003 —que n'era l'afectada per la reversió— i també amb la circumstància que els reservataris varen consentir, en l'escriptura esmentada, la desafectació a la llegítima de l'abans dita finca així com les d'ella derivades, fa dubtar sobre si, realment, el que es va pretendre amb tota aquesta actuació era deixar les coses ben fermades i que no es podés reclamar res al pare respecte de l'abans dita finca.

Segons diu la Sentència, la part demandada va oposar el fet que les construccions existents sobre la finca registral 003 varen ser aixecades pel Sr. B amb el seu propi capital, entregant a cadascun dels fills una de las parcel·les amb habitatge resultant, a excepció de la finca 008, que va mantenir per a ell i després va llegar a la seva segona esposa. És veritat que hi ha unes certificacions que acrediten l'antiguitat de les construccions, però el cert és que queda el dubte de quina era l'obra nova efectivament realitzada i després declarada en l'escriptura de 30 de març de 2004.

S'està d'acord que no cap una renúncia tàcita del dret a exigir la reserva, però és qualque cosa més que això el fet de declarar els reservataris que es donen per pagats de tots el drets («cuantos derechos») que els puguin correspondre en l'herència de la seva mare.

De totes maneres, no s'ha de oblidar que els que han jutjat el cas han estat en contacte directe amb el material probatori —cosa que òbviament no ha fet qui, com el comentarista, just ha llegit la Sentència a comentar—, per la qual cosa la seva decisió mereix un total respecte.

**III. Civil**

**Audiència Provincial**

*1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ QUARTA NÚM. 105/2017, DE 22 DE MARÇ. Ponent: Sr. Latorre López. L'ADQUIRENT DE PARTICIPACIONS PREFERENTS EXERCITA ACCIÓ DE RESOLUCIÓ DEL CONTRACTE DE COMPRA D'AQUEST PRODUCTE PER MANCA D'INFORMACIÓ CONTRACTUAL. L'AUDIÈNCIA ACABA DECLARANT LA NUL·LITAT PER VICI DEL CONSENTIMENT, SENSE QUE AIXÒ IMPLIQUI INCONGRUÈNCIA.*

**Resum dels fets:** una senyora de 87 anys, amb una minusvalidesa del 75%, adquirent de participacions preferents, exercita acció de resolució del contracte de subscripció d'aquests títols valor per manca d'informació. L'entitat bancària demandada addueix la caducitat de l'acció, nega la manca d'informació, i al·lega que no va prestar serveis d'assessorament a l'actora.

La Sentència de primera instància desestima la demanda ja que el jutjat entén que la manca d'informació precontractual tan sols pot donar lloc a la nul·litat del contracte, però no a la seva resolució, que és el que es demana en l'escrit instaurador del litigi.

**Fonamentació jurídica:** el punt de partida ha de ser, diu l'Audiència, que efectivament, i tal com s'assenyala en la Sentència de primera instància, el dèficit informatiu precontractual només pot constituir la base d'una acció d'anul·labilitat per error vici del consentiment, però no d'una acció resolutòria (STS de 13 de juliol de 2016).

Ara bé, el tribunal fa aplicació de la jurisprudència recollida en la STS de 19 de novembre de 2015 segons la qual: «lo determinante no es la correcta identificación nominal de la acción, puesto que conforme al artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo relevante son los hechos alegados por la parte demandante y que, conocidos por la parte demandada, pueden ser objeto de su defensa».

Doncs bé, es constata que l'entitat financera va contestar tot al·ludint a la informació donada a l'actora amb ocasió de la signatura del contracte de depòsit i administració de valors i es va defensar de les al·legacions en les quals la demandant basava l'acció de nul·litat i, en conseqüència, valorant el material

litisdecisori en el sentit que havia quedat provada la manca de informació, declara nul el contracte.

**Comentari:** en el nostre ordenament processal civil regeix la doctrina de la substanciació i no la de l'anomenada de la individualització. D'acord amb la primera, la *causa petendi* està formada pels fets (jurídicament rellevants), mentre que per a la segona, el que és rellevant és el títol jurídic fet valer, és a dir, la qualificació jurídica de la relació juridicomaterial controvertida. En la Sentència comentada es fa una adequada aplicació de la doctrina de la substanciació i, per tant, no hi ha variació de la *causa petendi* ni incongruència si la Sentència es basa en els fets al·legats en la demanda i respecte dels quals el demandat ha pogut articular la seva defensa, encara que el nom de l'acció exercitada no es correspongui amb el títol en virtut del qual la Sentència declara ineficaç en contracte.

No existeix en el nostre procés un sistema de *nomen actionis* d'acord amb el qual sigui la qualificació que la part dóna a l'acció que exercita la que determini l'objecte del litigi. Aquest es fixa en la demanda sense cap tipus de fórmula ritual, de manera que és el contingut del que efectivament insta l'òrgan jurisdiccional el que fixa la pretensió, i encara que en la demanda es postula la resolució i la Sentència acorda la nul·litat, ja que la conseqüència jurídica d'una i altra és la mateixa, això es, la ineficàcia del contracte, no hi ha incongruència.

En certa manera, aquesta Sentència s'avança al que després ha dit el Tribunal Suprem en la Sentència de la Sala Civil núm. 491/2017, de 15 de setembre, segons la qual: «aun cuando consideráse mos que la entidad de servicios de inversión no cumplió debidamente sus deberes de información y que ello propició que la demandante no conociera los riesgos inherentes al producto que contrataba, un posible error en el consentimiento por déficit informativo podría dar lugar a la nulidad del contrato, conforme a los arts. 1265, 1266 y 1301 CC. Pero lo que no procede es una acción de resolución del contrato por incumplimiento, en los términos del art. 1124 CC, dado que el incumplimiento, por su propia naturaleza, debe venir referido a la ejecución del contrato, mientras que aquí el defecto de asesoramiento habría afectado a la prestación del consentimiento. La vulneración de la normativa legal sobre el deber de información al cliente sobre el riesgo económico de la adquisición de participaciones preferentes puede causar un error en la prestación del consentimiento, o un daño derivado de tal incumplimiento, pero no determina un incumplimiento con eficacia resolutoria».

*2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 168/2017, DE 26 DE MAIG. Ponent: Sra. Ordóñez Delgado. NACIONALITAT ESPANYOLA D'UNA PERSONA NASCUDA AL SÀHARA QUAN AQUEST TERRITORI ERA UNA POSSESSIÓ ESPANYOLA.*

**Resum dels fets:** l'actora va néixer en 1973 en el que llavors era el Sàhara Occidental quan aquest territori era possessió espanyola, de pares també nascuts al Sàhara, i va promoure davant el Jutjat de Primera Instància núm. 1 d'Eivissa (lloc on resideix) expedient governatiu amb base en els art. 96.2 de la Llei sobre el Registre Civil (en endavant, LRC) i 338 del Reglament d'aquesta Llei (en endavant, RRC) en el qual sol·licita la declaració de la nacionalitat espanyola per haver nascut en territori del Sàhara Occidental abans de 1976, ser filla d'espanyols i considerar aplicable la doctrina continguda en la STS de 28 d'octubre de 1998 en què s'acceptava que una persona natural del Sàhara hagués consolidat la nacionalitat espanyola.

La seva pretensió va ser desestimada per Interlocutòria de 13 de juliol de 2010 i, recorreguda, va ser confirmada per la Direcció General dels Registres i del Notariat (en endavant, DGRN) mitjançant Resolució de 23 de juliol de 2014 en la qual s'explicava que, per més que algunes disposicions anteriors a l'abandonament per Espanya del Sàhara Occidental assenyalessin una altra cosa, els nascuts al territori del Sàhara quan aquest era possessió espanyola no eren pròpiament nacionals espanyols, sinó només súbdits d'Espanya que es beneficiaven de la nacionalitat espanyola, fet aquest que necessàriament es desprenia de la Llei de 19 de novembre de 1975, de descolonització del Sàhara, el preàmbul de la qual expressament assenyalava que l'Estat espanyol havia exercit, com a potència administradora, plenitud de competències sobre el territori no autònom del Sàhara, que durant alguns anys havia estat sotmès en certs aspectes de la seva administració a un règim peculiar amb analogies al provincial, però que mai havia format part del territori nacional. Tan sols així cobrava sentit que als naturals del Sàhara se'ls concedís, en certes condicions, l'oportunitat d'optar a la nacionalitat espanyola en el termini d'un any a comptar des de l'entrada en vigor del Reial decret 2258/1976.

Indicava la DGRN que la doctrina seguida pel TS en la Sentència de 28 d'octubre de 1998 no era aplicable a la demandant perquè aquesta, contràriament al que va passar en aquell supòsit, no havia acreditat que mentre va estar en vigor el RD 2258/1976 els seus representants legals —atesa la seva minoria d'edat en

aquell moment— estiguessin impossibilitats *de facto* per optar a la nacionalitat espanyola per haver romàs en els territoris ocupats, ans al contrari, la mateixa sol·licitant admetia que ella i la seva família varen fugir en direcció als campaments de refugiats sahrauís. A més a més, sosté la DGRN, no constava títol inscrit en el Registre Civil, ni acreditada la possessió de la nacionalitat espanyola en els termes i durada establerts en l'art. 18 Cc. Fins i tot la recurrent era titular d'un passaport algerià, circumstàncies totes elles que impedien accedir a la seva pretensió que li fos declarada la nacionalitat espanyola amb valor de simple presumpció.

En la seva demanda, l'actora insistia en les raons que la van portar a promoure l'expedient governatiu: haver nascut en territori espanyol (Sàhara Occidental l'any 1973) i ser filla de pares espanyols, i apel·la a consideracions generals respecte a la situació i règim jurídic dels territoris del Sàhara, afirmant que tota persona que ha nascut en territori espanyol i sota la sobirania espanyola, sigui o no colònia, és ciutadana espanyola.

Assenyalava també l'actora que el RD 2258/1976, al qual la demandant no es va poder acollir tant per la seva minoria d'edat com per les dificultats que els seus representants legals tenien per fer-ho per ella en no tenir informació per haver hagut de desplaçar-se als campament de refugiats de Tindouf on es trobaven aïllats, infringia el principi de jerarquia normativa per contravenir el que establia el Codi civil vigent el dia de la seva publicació i, posteriorment la Constitució, en infringir tant el principi d'igualtat reconegut en l'art. 14, com en l'art. 11 al privar de la seva nacionalitat a un espanyol d'origen.

En la contestació a la demanda, la DGRN va reiterar els arguments en els quals es basava la seva resolució anterior.

La Sentència d'instància va desestimar la demanda. En ella la jutgessa realitza un estudi de la jurisprudència recaiguda en la matèria, concretament de les Sentències de la Sala Civil del TS de 28 d'octubre de 1998 i de la Sala Contenciosa Administrativa de 20 de novembre de 2007, i arriba a la conclusió que en les mateixes s'establia que els naturals del Sàhara no eren espanyols, però que en la segona s'afirmava expressament que no tenien nacionalitat i havien de considerar-se apàtrides, afirmació aquesta que obria la via a la possibilitat de declarar la nacionalitat espanyola d'origen a l'empara de l'art. 17.1.c) Cc que estableix que són espanyols d'origen els nascuts a Espanya de pares estrangers, si tot dos no tenen nacionalitat o si la legislació de cap d'ells atribueix al fill una nacionalitat, assenyalant que la finalitat d'aquest precepte, introduït en el Cc l'any 1982, és que ningú que hagi nascut a Espanya pugui no tenir nacionalitat, d'aquí que s'apliqui retroactivament a qualsevol naixement ocorregut a Espanya abans d'aquesta data,

com té reconegut la DGRN en múltiples resolucions. L'aplicació de l'article 17.1.c) Cc, assenyalava la jutjadora, quedava condicionada llavors a determinar si en l'expressió Espanya s'incloïa el Sàhara Occidental, arribant a la conclusió (després d'analitzar la STS de 7 de novembre de 2007, la Resolució de la DGRN de 18 de juliol de 2005 i el contingut de l'art. 17 Cc) que, efectivament, això era així. Per tant, tenint per acreditat que la l'actora no tenia nacionalitat declarada alguna (perquè el passaport algerià era un simple permís de viatge), que va néixer al Sàhara (territori espanyol) l'any 1973, de pares també nascuts al Sàhara i que, per tant, tenia la consideració d'apàtrida i podia d'aquesta manera haver-se acollit a la via de l'art. 17.1.c) Cc perquè fos declarada la seva nacionalitat espanyola d'origen. En canvi, la jutgessa va concloure que, tot i això, no podia estimar la demanda perquè no havia sol·licitat la nacionalitat d'origen per aquesta via en concret, sinó per la de l'art. 18.

La Sentència dictada en apel·lació estima el recurs i dóna lloc a la demanda.

**Fonamentació jurídica:** la Sala no considera acreditat que els pares de la demandant tenguessin nacionalitat espanyola ja que del sol fet que es consignés en el Llibre de família un número de DNI de tot dos progenitors no es desprèn aquesta circumstància. El tribunal assenyala que, després d'una simple consulta a Internet sobre l'esmentat document, es poden apreciar significatives diferències amb el document de DNI que tots coneixem, sent les més característiques que era de color vermell, estava encapçalat per la paraula SÀHARA i el número d'identificació venia presidit per una lletra.

Tampoc no assisteix la raó a la recurrent pel que fa a la invocada infracció del principi d'igualtat respecte al seu marit, perquè ha quedat acreditat que aquest, en l'expedient governatiu (contràriament a l'actora) ja va posar en relleu la seva condició d'apàtrida.

En canvi, el tribunal fa seus els arguments de la Sentència de primera instancia en virtut dels quals conclou que el Sàhara Occidental era Espanya. I així esdevé d'aplicació l'art. 17.1.c): l'actora és nascuda a Espanya, de pares que no eren de nacionalitat espanyola la legislació dels quals no atorgava a la filla una nacionalitat. Per tant, s'ha de reconèixer la nacionalitat espanyola de la demandant, com a nacionalitat d'origen, des de la data del seu naixement, tot i que ella no basés la seva petició expressament en aquest precepte, donat que aplicar l'art. 17.1.c) Cc és qüestió purament normativa sotmesa al principi *iura novit curia*.

**Comentari:** aquesta Sentència obre un camí per a les persones nascudes al Sàhara Occidental o als seus descendents per accedir a la nacionalitat espanyola.

El Reial decret 2258/1976 reconeixia als naturals del Sàhara el termini d'un any per optar per la nacionalitat espanyola, però molts d'ells no ho pogueren fer per les difícils condicions de la guerra i la fuita als campaments del refugiats de Tindouf.

També és coherent amb la dictada el 21 de desembre de 2016 pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea segons la qual el Sàhara Occidental no pertany a Marroc.

S'ha de dir que l'aplicació de l'art. 17.1.c) que fa aquesta Sentència es basa en la consideració que el territori del Sàhara en el moment de naixement de l'actora era «Espanya», fet que el Jutjat de primera instància havia considerat provat i que no es va discutir en apel·lació.

## *3. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 103/2017, DE 13 DE JULIOL. Ponent: Sra. Ordóñez Delgado. ADMISSIÓ DE DEMANDA DE DESNONAMENT DIRIGIDA CONTRA ELS «IGNORATS OCUPANTS» D'UN IMMOBLE.*

**Resum dels fets:** l'actor exercita una acció de desnonament per precari però, com que ignora la identitat dels ocupants de l'immoble, dirigeix l'acció contra els seus «ignorats ocupants». El Jutjat de primera instancia acorda no admetre la demanda. L'Audiència Provincial revoca la Interlocutòria.

**Fonamentació jurídica:** els arguments emprats en la Interlocutòria per admetre la demanda són:

a) El principi *pro actione* que regeix en el nostre dret, regulat en l'art. 403 LEC en disposar que les demandes només s'han d'inadmetre en els casos i per les causes que preveu expressament aquesta Llei, principi que ve a materialitzar el dret fonamental a la tutela judicial efectiva que preveu l'art. 24.1 CE. L'art. 404.2 LEC recull determinats supòsits en què és procedent la inadmissió de la demanda. Fora d'ells, no procedeix la inadmissió a tràmit, *ad limine litis*, no hi cap una interpretació extensiva o analògica dels supòsits d'inadmissió.
b) L'únic supòsit de l'art. 404.2.2 LEC en el qual es podria enquadrar la inadmissió de la demanda és el que aquesta presentés defectes formals i no s'haguessin esmenat per l'actor en el termini concedit. En la seva genèrica redacció cal incloure casos, com per exemple, els defectes de personació o

els incompliments de formalismes administratius previs, però no es poden entendre inclosos en el precepte els supòsits en què, com el present, la part demandant no ha pogut identificar els demandats amb el desitjable grau de precisió i concreció.

c) Els articles 399.1 i 437.1 de la LEC no exigeixen la menció expressa del nom i dels cognoms dels demandats, només indiquen que s'han de consignar en la demanda les dades i circumstàncies per a la seva identificació, i en aquest cas la relació dels demandats amb l'immoble objecte del procés és suficient per identificar-los com a demandats i possibilitar la seva compareixença i defensa.

d) No es conculca cap dret d'aquests demandats ja que tendran l'oportunitat d'identificar-se correctament en l'acte pel qual es dugui a terme el seu emplaçament (art. 155 i 158 en relació amb l'art. 161 LEC o, si escau, a través de la via edictal de l'art. 164 LEC) i, si així ho troben, defensar-se de les pretensions exercides contra seu.

**Comentari:** el tema que es planteja en aquest recurs, és a dir, si en cas d'ocupació d'un immoble s'ha de admetre o no la demanda dirigida contra les ignorades persones que duen a terme aquesta ocupació, no ha estat objecte de tractament uniforme per totes les audiències provincials del país. L'Audiència Provincial de Balears fixa el seu criteri en aquesta Interlocutòria, la qual cosa es considera important donada la transcendència pràctica del tema per la proliferació d'ocupacions com a conseqüència de la crisi econòmica.

## *4. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ QUARTA NÚM. 341/2017, DE 31 D'OCTUBRE. Ponent: Sr. Latorre López. ES CONSIDERA INTROMISSIÓ IL·LEGÍTIMA EN LA INTIMITAT LA INSTAL·LACIÓ D'UNA CÀMERA DE VIDEOVIGILÀNCIA SIMULADA ENFOCADA CAP A L'ENTRADA I SORTIDA DE L'HABITATGE DE L'ACTOR.*

**Resum dels fets:** es va instal·lar una càmera de videovigilància simulada enfocada cap l'accés a l'habitatge de l'actor de manera que es produeix l'aparença que l'aparell grava les entrades i sortides del seu domicili. La Sentència de primera instancia desestima la demanda contra la qual l'actor interposa recurs d'apel·lació que és estimat.

**Fonamentació jurídica:** el recurs s'estima sobre la base de dos arguments principals. En primer lloc, s'argumenta que encara que la càmera no sembli adient per gravar a l'interior de l'habitatge, el fet que enfoqui les entrades i sortides sí impedeix el titular del dret a la intimitat poder exercitar amb tranquil·litat raonable el dret fonamental a la intimitat, màxim en el cas jutjat on havia quedat provat que la càmera pareixia enfocar cap al jardí privat del demandant.

En segon lloc, es conclou que la càmera instal·lada, encara que simulada, impedeix que el dret personalíssim a la intimitat sigui exercitat íntegrament. Per tot això dóna lloc a l'acció de cessació exercitada.

**Comentari:** la Sentència es basa en el caràcter expansiu dels drets fonamentals l'exercici dels quals exigeix la confiança raonable del seu titular que aquests no es troben en perill efectiu de ser lesionats, la qual cosa és un pressupost per poder gaudir plenament d'ells.

## *5. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 321/2017, DE 9 DE NOVEMBRE. Ponent: Sra. Sola Ruiz. NUL·LITAT DE LA CLÀUSULA DE DESPESES A CÀRREC DEL PRESTATARI DE L'ESCRIPTURA DE PRÉSTEC AMB GARANTIA HIPOTECÀRIA.*

**Resum dels fets:** en la demanda s'insta la declaració de nul·litat de la clàusula que imposa al prestatari despeses i impostos meritats per l'escriptura de préstec amb garantia hipotecària. La Sentència de primera instància, fent aplicació de la doctrina que es desprèn de la STS de 23 de desembre de 2015 així ho declara, però l'entitat bancària apel·la aquesta decisió.

**Fonamentació jurídica:** la Sentència de l'Audiència posa de manifest, en primer lloc, el caràcter obert i omnicomprensiu de la clàusula, motiu suficient per considerar-la abusiva. Ara bé, quant als efectes de la nul·litat, es discrepa de la restitució al consumidor de tot l'import de les despeses que s'havia acordat en primera instància, i distingeix entre els conceptes diferents:

a) Despeses de taxació: són a càrrec del consumidor ja que és ell «quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera».
b) Impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats. La Sentència fa un acurat estudi de la regulació administrativa que regula aquest impost per arribar a la conclusió que el subjecte passiu és el prestatari i no el

prestador i, per tant, ha de ser el primer el que pagui el tribut. El Tribunal reconeix que la STS de 23 de desembre de 2015 sembla sostenir que el subjecte passiu és el prestador, però l'Audiència considera que, donada la matèria de què es tracta, ha de prevaldre el criteri de la Sala 3a del Tribunal Suprem que considera subjecte passiu el prestatari.

c) Despeses notarials i del Registre. La Sentència considera que són a càrrec del banc perquè és ell l'interessat en la garantia hipotecària i en la seva eficàcia. Seguint la Sentència de la mateixa secció de 27 d'octubre, es distingeix entre l'escriptura de préstec, que interessa al consumidor, i l'escriptura de garantia hipotecària, que interessa al banc i distribueix correlativament les despeses.

**Comentari:** la Sentència fixa el criteri de l'Audiència Provincial de Balears en un tema controvertit i d'àmplia repercussió social. De les distintes despeses generades per l'atorgament de l'escriptura de préstec amb garantia hipotecària la de major transcendència econòmica és, sens dubte, la de l'impost sobre transmissions i actes jurídics documentats. La STS de 23 de desembre de 2015 sembla inclinar-se per la devolució al consumidor, i així ho reconeix l'Audiència Provincial que, en canvi, opta pel camí que ja havien assenyalat altres audiències provincials, d'indagar en la determinació de qui és, segons la normativa administrativa, el subjecte passiu de l'impost. Un cop establerta, no es pot alterar la determinació del subjecte passiu per pacte entre les parts, segons la Llei general tributària (art. 17.5) i el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris (art. 89.3).

## IV. Penal

### Audiència Provincial

*1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ SEGONA NÚM. 347/2017, DE 25 JULIOL. Ponent: Sr. Rodríguez Rivas. DELICTES CONTRA LA PROPIETAT INDUSTRIAL. DANY. NECESSITAT DE DETERMINAR EL PERJUDICI DERIVAT DE LA IMATGE O EL PRESTIGI PER AL TITULAR REGISTRAL PROTEGIT.*

**Resum del fets:** es va produir la incautació d'un gran nombre d'objectes falsificats (CD´S musicals, pel·lícules en format DVD, rellotges, cinturons, i peces de primeres marques registrades), que es trobaven emmagatzemats per a la venda ambulant, amb l'ànim d'obtenir un benefici econòmic en perjudici dels titulars de les marques registrades i dels legítims titulars dels drets d'explotació de les obres artístiques, sense consentiment ni autorització d'aquests.

La Sentència comentada va desestimar el recurs d'apel·lació i va confirmar la inexistència de responsabilitat civil derivada d'aquests fets, atesa l'absència de perjudici acreditat.

**Fonamentació jurídica:** «[…] la condena en concepto de responsabilidad civil requiere que el daño o perjuicio a indemnizar sea real y efectivo, y no hipotético o presunto. En este sentido, la STS 228/2013, de 22 de Marzo, recuerda lo siguiente: "Asimismo es cierto que la restauración del ordenamiento jurídico alterado por el delito en aspectos económicos o susceptibles de valoración económica ha de fundarse sobre realidades probadas por quien pretenda su declaración y nunca sobre perjuicios futuribles o meramente hipotéticos, que no pueden en modo alguno presumirse (STS 1217/2003, de 29.9). Por tanto no se pueden admitir para el computo de daños y perjuicios datos que se refieran a cantidades dudosas, inseguras o hipotéticas, meros cálculos, hipótesis o suposiciones, o sea, carentes de certidumbre (SSTS. 589/99 de 21.4, 722/99 de 6.5, 811/99 de 25.5)".

[...] la condena en concepto de responsabilidad civil requiere que el daño o perjuicio a indemnizar sea real y efectivo, sin que sean admisibles para su cómputo datos que se refieran a cantidades hipotéticas o meros cálculos carentes de certidumbre, como sin embargo ha resultado ser en el caso, toda vez que la combatida Sentencia motiva razonablemente en pos de desestimar la pretensión

indemnizatoria que se no se aportó al perito relación de productos de venta, ni pudo el mismo determinar a cuánto asciende el perjuicio en imagen ni prestigio de las marcas, ni dispuso de información sobre lo que gana cada marca con una venta, ni el volumen de venta de cada marca, sin perjuicio además de no haber llegado a ser vendido, ni expuesto a la venta siquiera, el género falsificado que resultó aprehendido.

El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como los artículos 109 y 116 del Código Penal, abocan a desestimar por tanto la pretensión de nuevo articulada, pues, si bien en el caso hubo un perjuicio típico sobre las entidades sujetos pasivos —necesario para dictar los pronunciamientos condenatorios recaídos e ínsito en la propia acción—, no se ha acreditado sin embargo resultar perjuicios económicos de dicha acción típica, pues los mismos no resultan —como se pretende— *evidentes*, máxime ante una situación de no exposición a la venta de los productos falsificados, procediendo concluir que lo único que resulta evidente (*in re ipsa loquitur*) es el perjuicio que al bien jurídico protegido por los tipos penales que ocupan ocasionan conductas como la declarada probada.

En definitiva, las normas sobre liquidación estimativa de perjuicios a las que se ha hecho referencia, incardinadas en la legislación sobre marcas y propiedad intelectual, no se traducen ni pueden asociarse con los perjuicios que la conducta típica enjuiciada *per se* produce, sino que pautan la cuantificación de éstos una vez su efectiva causación haya quedado, en su caso, debidamente acreditada mediante prueba practicada al efecto.»

**Comentari:** el CP 1995 va substituir la tipificació anterior en blanc per una delimitació en general ben perfilada i descriptiva de les figures delictives infractores dels drets de propietat industrial, però inevitablement vinculada a la regulació extrapenal corresponent de la matèria, que inclou la normativa de la Unió Europea, així com la internacional.

D'especial interès resulta el desplaçament sistemàtic d'aquests delictes (abans col·locats entre les falsedats) cap als delictes contra el patrimoni i l'ordre socioeconòmic (capítol XI «De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores»), en consonància amb el risc que aquesta criminalitat comporta per al desenvolupament i manteniment de sectors econòmics, cada vegada més amplis i extensos, que incorporen dosis rellevants de valor afegit.

Amb això es traslladen a aquest àmbit les dificultats intrínseques per a la protecció de béns jurídics supraindividuals (lliure competència, drets dels

consumidors), i es fomenta el debat sobre la multiplicitat de béns jurídics protegits (tant els directes com els indirectes), i domina l'opinió que aposta per un bé jurídic que es dirigeix a la protecció «directa» del dret a l'exclusivitat que empara el titular registral:

- STS (Sala 2a) de 22 de setembre de 2000: «El bien jurídico protegido lo constituye esencialmente el derecho de uso o explotación exclusivo de una propiedad industrial derivado de su registro en los organismos correspondientes».
- STS (Sala 2a) de 2 d'abril de 2001: «El delito contra los derechos intelectuales no tiene la finalidad de proteger ni los precios de venta de las reproducciones de la obra, ni la de operar como una limitación de la competencia en el mercado de los respectivos productos. Esta materia corresponde al derecho sancionatorio no penal tanto en el ámbito comunitario como en el nacional (salvo el caso del art. 281 CP, no aplicable al caso). La diferencia específica entre el derecho de exclusividad y el derecho a fijar los precios de venta en el mercado, así como su repercusión en el ámbito del derecho penal, no puede ser puesta en duda.»
- i de la mateixa manera es pronuncia la Circular de la Fiscalia General de l'Estat 1/2006: «el bien jurídico directamente protegido es el derecho de exclusividad del titular registral, siendo la lesión de este derecho la que determina la relevancia penal de la conducta».

En aquest sentit i conformement al bé jurídic directament protegit, per a la lesió típicament rellevant bastaria la infracció o defraudació de l'exclusiva atribuïda al corresponent titular registral, cosa que no requereix un resultat material indispensable de perjudici conseqüent o afegit.

La SAP de Barcelona de 13 de juny de 2000 va afirmar que es tracta d'un delicte de mera activitat.

Però la infracció indispensable dels drets corresponents al titular registralment protegit apunta a un delicte de resultat, encara que amb l'avançament de les barreres de protecció, pel que bastaria la consumació anticipada, sense necessitat de perjudici concret i materialitzat, del que resultaria —en definitiva— un delicte de perill abstracte.

En tal cas només l'exhauriment del delicte determinaria la concurrència d'un perjudici traduïble en la corresponent indemnització civil, sense perjudici de poder integrar tipològicament la figura agreujada quan el perjudici revesteixi una gravetat especial.

La qüestió és que, de conformitat amb la STS (Sala 2a) de 6 de maig de 2002, també el perjudici derivat del dany a la imatge o al prestigio requereix alguns criteris de quantificació (ni que siguin possibilistes però raonables): «La entidad recurrente solicitó en la instancia que los acusados fuesen condenados a satisfacerle la cantidad de sesenta millones de pesetas "por el año sufrido en su imagen y prestigio en el mercado". Tratándose de una empresa comercial, dedicada a la importación y distribución de bebidas alcohólicas, el daño en su imagen no puede ser moral sino material por lo que, para lograr su compensación debe ser cuantificado, siquiera sea en términos probabilísticos, mediante un estudio de solvencia científica en que, con las debidas precisiones espacio-temporales, se alcancen conclusiones fiables sobre la diferencia entre la situación del mercado del producto en cuestión antes y después de la realización de los hechos que puedan haber ocasionado el daño. No habiéndose efectuado este estudio en el proceso tramitado en la instancia, por lo que el Tribunal no dispuso de una prueba pericial en la que fundar un pronunciamiento sobre la importancia económica del perjuicio sufrido por la entidad acusadora, nada puede objetarse al razonamiento expuesto en el ya mencionado fundamento jurídico para denegar, tanto la fijación en Sentencia de la indemnización a que aspiraba la entidad acusadora, como la ulterior determinación en la fase de ejecución.»

Tanmateix, la jurisprudència menor en alguns casos pareix exigir actes concrets de comercialització remunerada (vendes) per poder apreciar dany o perjudici, i així la SAP de Barcelona de 5 de novembre de 2009 assenyala que: «los hechos narrados en la conclusión 1ª de todas las acusaciones no contienen la afirmación de que se hubiera efectuado venta efectiva alguna de los géneros de autos, es claro que no hubo perjuicio alguno acreditado para los titulares de los derechos exclusivos de la marca, y al ser así no procede una condena de responsabilidad civil *ex delicto*».

Encara que la SAP de Barcelona de 25 de setembre de 2015 invoca inicialment la jurisprudència menor exigent d'actes de comercialització efectius, no obstant això en resoldre el supòsit concret pareix apostar per la falta de prova adequada d'un dany que ja no deriva de la comercialització: «En el caso concreto, el cálculo del perjuicio se ha efectuado atendiendo, de un lado, al precio de venta al público de los stickers, y, de otro lado, al número de aquellos incautados. Tal criterio de valoración no puede ser asumido en esta alzada; por una parte, porque no consta se hubiera vendido ninguna pegatina, por lo que no se puede hablar de perjuicio efectivamente causado por una supuesta venta ni de ganancia dejada de obtener por ella; y, de otro lado, porque al ser incautados todos los stickers, la marca tampoco vio

mermadas sus expectativas de ganancia. Es más, debe afirmarse que no se ha practicado prueba alguna tendente a acreditar la realidad de ese pretendido daño o perjuicio causado».

També la SAP de Barcelona de 14 de setembre de 2016 invoca inicialment la jurisprudència menor exigent d'actes de comercialització efectius, però tendeix a posar l'accent sobre l'exigència de prova del perjudici, abans que sobre l'exigència d'actes de comercialització remunerada: «las normas generales reguladoras de la responsabilidad civil *ex delicto* no se separan de la exigencia de una prueba concreta de la existencia del perjuicio, sea material o moral, y ello con independencia de que lo que pueda mantenerse ante la jurisdicción civil o mercantil. El art. 109 del CP dispone que "la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes, los daños y perjuicios por él causados", redacción que exige que se produzcan tales perjuicios, prueba que corre a cargo de quien los reclama (art. 217 de la LEC).»

Més esclaridora quant a aquesta qüestió es mostra la SAP de Barcelona de 3 de maig de 2012: «Sobre esta cuestión sin embargo entiende la Sala que el perjuicio sin duda se genera por el mero hecho de la falsificación, pero el daño no es cuantificable con los parámetros pretendidos».

Així doncs, malgrat que la mera introducció en el mercat o la simple exhibició per a la seva venda (sense que s'hagin acreditat vendes concretes de productes falsificats) ja generi, per si mateixa, dany al titular registralment protegit, l'establiment d'una indemnització civil segueix requerint algun substrat probatori que permeti, com a mínim, conèixer les bases adequades per al càlcul.

En aquest aspecte, la SAP de Baleares de 21 de setembre de 2010, relativa a un supòsit de simple exhibició de productes falsificats per a la seva venda, decideix no concedir indemnització civil per manca d'elements suficients per verificar el càlcul: «La prueba practicada en el plenario no permite disponer de dato alguno sobre el cual esta Sala pueda establecer de forma razonada una base indemnizatoria en su sentencia, de entre todos los criterios indemnizatorios propuestos por la actual ley de Marcas. Ni siquiera el perito Tomás, como es de ver en la grabación del juicio oral, fue capaz de establecer bases sólidas para determinar la responsabilidad civil en fase de ejecución de sentencia, explicando que no se le facilitó ninguna documental por parte de los perjudicados —a quienes el Juzgado Instructor hizo el debido ofrecimiento de acciones— para poder formular tales cálculos. Así pues, considerando que la responsabilidad civil es cuestión que se rige por el principio rogatorio y que la falta de probanza al respecto es manifiesta, la Sala concluye que no procede declarar la existencia de responsabilidad civil.»

Per les mateixes raons (provança adequada del perjudici) decideix concedir indemnització la SAP de Baleares de 5 d'abril de 2013: «el perjuicio patrimonial se produce con la simple posesión de las imitaciones con destino al mercado aunque no se llegue a realizar un acto concreto de venta puesto que, el incremento de productos falsificados que salen al comercio redunda inexorablemente en detrimento de la compra de productos originales y ello además, por integración de la norma penal en blanco de referencia con la legislación civil, nacional y europea vigente al respecto, esto es, la Ley de Marcas 17/2001, de 7 de diciembre (artículos 42.1º, 43.2,a) en relación al 43.3º) y Ley 20/2003, de 7 de julio, sobre Protección Jurídica del Diseño industrial y los Reglamentos de la Comisión y Consejo europeos, respectivamente, nº 6/2002, de 12 de diciembre, de Dibujos y Modelos Comunitarios y nº 2245/2002, de 21 de octubre, sobre ejecución del Reglamento anterior, lo que unido a las afirmaciones de la acusación sobre el precio de sus productos, cuyo elevado coste es un hecho notorio, la cantidad de ellos incautados y la existencia de pericial en el proceso folios 277 y 278 según el cual el perjuicio económico sufrido por las marcas, oscila en torno a un 30% del valor del producto en el mercado, nos permite concluir que en la sentencia han sido barajados unos parámetros razonables para determinar el perjuicio económico sufrido por las firmas de prestigio, sin que a ello empece la concreción final del mismo en fase de ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en el artículo 989.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

I aquest mateix criteri és el que acull la Sentència comentada, perquè encara que es refereix a absència d'actes de venda, també inclou en l'argumentació una explícita referència a la manca de prova de perjudici derivat de la simple falsificació (és a dir, al marge de qualsevol venda concreta): «ni pudo el mismo determinar a cuánto asciende el perjuicio en imagen ni prestigio de las marcas».

## *2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ SEGONA NÚM. 91/2016, DE 21 DE SETEMBRE. Ponent: Sr. Rodríguez Rivas. ATENUANT ANALÒGICA DE QUASI PRESCRIPCIÓ.*

**Resum dels fets:** tot i que no consta en els fets provats, la condemna pel delicte d'agressió sexual continuada deriva d'una denúncia que va tenir lloc un any abans del compliment del termini de prescripció decennal previst per a aquest delicte.

**Fonamentació jurídica:** «En la STS 416/2016, de 17 de Mayo, se cita un caso en que los hechos databan del año 1991 y el procedimiento se inicia en el 2000, cuando el periodo de prescripción estaba próximo a culminarse, se recuerda que el fundamento de la prescripción del delito es el olvido social del mismo. Atiende también a circunstancias específicas como que el delito tuvo lugar en la intimidad de la familia, su resonancia fue menor, y por tanto el olvido social del mismo más intenso, aunque es cierto que no se completó el periodo legal, estima que podemos y debemos rebajar la punibilidad del hecho, pues el tiempo transcurrido desde su comisión sin investigación atenúa la culpabilidad por ese casi olvido social del delito; y si la culpabilidad es el presupuesto y la medida de la punibilidad, la disminución de aquélla debe tener incidencia en la determinación de ésta, no tanto, se insiste, por dilaciones indebidas, que no existieron, sino porque ha estado muy próximo el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta su investigación prevista por la Ley para la prescripción.

[...] no se estima sin embargo proporcional, atendiendo a los parámetros del transcurso del tiempo y su incidencia en la culpabilidad/reprochabilidad conductual, soslayar que han transcurrido a día de hoy veinte años desde que se consumaron los hechos enjuiciados; y que pasaron dieciocho años desde dicha consumación hasta su denuncia; hecho objetivo éste realmente trascendente y excepcional a los efectos que ocupan, máxime en consideración a las circunstancias específicas que rodearon la comisión del hecho: ejecución en la intimidad, con empleo de la fuerza mínima necesaria para doblegar la voluntad y sin violencia añadida. Ello es así hasta el punto incluso de haber tenido los hechos nulo eco familiar hasta enjuiciamiento.

Obsérvese por tanto y en definitiva que la prescripción del delito habría tenido lugar si no se hubieren dado las circunstancias concretas que llevaron tantísimo tiempo después a la víctima a rememorar lo padecido.

[…]

Así pues, […] se concluye, que estos aspectos —cronològics i materials— deben tener una muy cualificada incidencia en la punición de la conducta.»

**Comentari:** sota la qüestionada i discutible denominació «quasi prescripció» s'ha anat enformant amb criteris jurisprudencials una circumstància atenuant analògica quan la investigació s'inicia a punt de prescriure la infracció criminal.

Encara que no es basa en la dilació del procediment obert, sinó en la tardança en iniciar-se aquest mitjançant la investigació corresponent, aquesta circumstància guarda analogia amb la de dilacions indegudes, atesa la seva interrelació quant al fonament:

- la STS (Sala 2a) de 27 de desembre de 2004 la va relacionar «no tanto con la culpabilidad, sino que el fundamento de la atenuación se encontraría en que el hecho enjuiciado ha estado próximo al olvido social».
- en canvi, la STS (Sala 2a) d'1 de febrer de 2006 va afirmar que «atenúa la culpabilidad por ese casi olvido social del delito, y si la culpabilidad es el presupuesto y la medida de la punibilidad, la disminución de aquella debe tener incidencia en la determinación de ésta».
- per a la STS (Sala 2a) de 10 de setembre de 2009 es tracta d'evitar detriment en «el derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios».
- i en la STS (Sala 2a) de 17 de maig de 2016, fent-se ressò de l'anterior, es vincula amb «la existencia real del retraso en la denuncia, la proximidad del olvido social, o la atenuación de la necesidad de pena.»

La STS (Sala 2a) de 27 de desembre de 2004 es refereix a aquesta circumstància atenuant analògica de quasiprescripció, i es recolza en: «la desmesura de la demora en dirigir la acción contra el recurrente, casi diecinueve años [...] tal enormidad no se compadece con una complejidad de la causa: los elementos incriminatorios obraron desde época temprana en la causa [...] el retraso en dirigir la acusación por parte de Ministerio Fiscal [...] en definitiva supone relacionar en este caso, no tanto con la culpabilidad, sino que el fundamento de la atenuación se encontraría en que el hecho enjuiciado ha estado próximo al olvido social del mismo que es, cabalmente uno de los fundamentos de la prescripción [...] que imponen la rebaja en dos grados, de la pena correspondiente, desde las exigencias del principio de proporcionalidad [...] y que se enlazan con el "principio de esperanza", toda pena de prisión debe permitir la esperanza en un cambio de actividades al penado a quien se le impone, esencial para conseguir un derecho penal más humanizado.»

La STS (Sala 2a) d'1 de febrer de 2006 també l'aprecià*:* «Los hechos ocurrieron en fecha indeterminada pero que se puede situar en el año 1991 y fueron denunciados en el mes de julio de 2000, es decir, nueve años después, cuando el período de prescripción del delito estaba muy próximo —10 años según el art. 131 del Código Penal 1995—.

Sabido es que el fundamento de la prescripción del delito es el olvido social del mismo. En el presente caso, en la medida que el delito tuvo lugar en la intimidad de la familia, su resonancia fue menor, y por tanto el olvido social del mismo más intenso, aunque es cierto que no se completó el período legal. En esta situación

estimamos que por la vía de la circunstancia atenuante analógica del párrafo 6º del art. 21, podemos y debemos rebajar la punibilidad del hecho, pues el tiempo transcurrido desde su comisión sin investigación, atenúa la culpabilidad por ese casi olvido social del delito, y si la culpabilidad es el presupuesto y la medida de la punibilidad, la disminución de aquella debe tener incidencia en la determinación de ésta, no tanto, se insiste, por dilaciones indebidas que no existieron, sino porque ha estado muy próximo el tiempo transcurrido desde la comisión de los hechos hasta su investigación prevista por la Ley para la prescripción.

[…]

Desde las exigencias del principio de proporcionalidad, no sería admisible que la individualización de la pena no tuviera en cuenta que los hechos se denunciaron cuando faltaba un año para los diez de la prescripción del delito.»

La STS (Sala 2a) de 10 de setembre de 2009 introdueix matisos significatius:

a) Per una banda, exclou com a possible atenuant de dilacions indegudes el lapse entre la comissió del fet i la seva investigació: «La alegación referida a una supuesta vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones, basada en el tiempo transcurrido desde la interposición de la denuncia, no puede ser compartida por la Sala. Es cierto que un plazo de diez años, sin otra matización, puede considerarse bien distante del ideal de un plazo justo. Sin embargo, el fundamento material de la atenuante cuya aplicación reivindica el recurrente, obliga a importantes puntualizaciones. La referencia para la ponderación del tiempo transcurrido no puede ofrecerla, sin más, la fecha de comisión de los hechos, sino la de incoación del procedimiento o, siendo más precisos, la de imputación del denunciado. De lo contrario, corremos el riesgo de convertir el derecho de todo imputado a ser enjuiciado en un plazo razonable en el derecho de todo delincuente a ser descubierto e indagado con prontitud. Y así lo hemos entendido en recientes pronunciamientos de esta misma Sala (cfr. SSTS 106/2009, 4 de febrero y 553/2008, 18 de septiembre).»

b) Per altra, es refereix *obiter dicta* a l'atenuant analògica de quasiprescripció per al cas en què la denúncia hagi estat retardada estratègicament per la víctima: «la posibilidad de extender el ámbito material de la atenuante de dilaciones indebidas (art. 21.6 CP) a supuestos distintos de los hasta ahora considerados por esta Sala, no es descartable. No faltarán casos, por ejemplo, en los que la parte perjudicada recurra a una dosificada estrategia que convierta el ejercicio de la acción penal —con los efectos de toda índole que de ello se derivan— en un elemento más de una hipotética negociación extrajudicial para la reparación del daño sufrido. La eficacia de una maniobra de esas características puede

incluso adquirir una dimensión singular en aquellos delitos en los que la denuncia actúa como presupuesto de perseguibilidad, convirtiendo la incoación del proceso en una soberana decisión sólo al alcance del perjudicado. En suma, el transcurso desmesurado del tiempo, provocado de forma voluntaria por el perjudicado, no debería excluir la posibilidad de un tratamiento específico por la vía de la atenuación analógica invocada por el recurrente. El sistema penal estaría así en condiciones de traducir en términos jurídicos las estratagemas dilatorias concebidas con el exclusivo propósito de generar una interesada incertidumbre en el autor de un hecho delictivo, presionado extrajudicialmente para su reparación.

En el presente caso, sin embargo, en la causa penal no existe dato alguno que permita afirmar que la interposición de la denuncia por parte de […] obedeció a un acto estratégico que dilató de forma interesada el inicio del proceso.»

c) I, finalment, aplica l'atenuant analògica de quasiprescripció: «Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto una particularidad especialmente llamativa. Y es que la inactividad de las autoridades resultó clamorosa, con el consiguiente efecto de que ahora, catorce años después de acaecidos los hechos, la ejecución de una grave pena de privación de libertad, se halla todavía pendiente. Se dibuja así una suerte de *cuasi prescripción* que encontraría fundamento en la necesidad de prevenir la inactividad de las autoridades, evitando así la desidia institucional, que provoca serios perjuicios a la víctima —en este caso, limitada en su capacidad de determinación—, pero que también menoscaba el derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios».

Encara que sense arribar a aplicar-la, també es refereix a ella la STS (Sala 2a) d'11 de desembre de 2009: «La reciente sentencia 883/2009, de 10 de septiembre, aplica una circunstancia atenuante analógica, con fundamento similar al utilizado por esta sala para los casos de dilaciones indebidas, a la que da el nombre de cuasi prescripción, que existe en algunos casos en que, por desidia de quienes tienen obligación o posibilidades legales de denunciar, de querellarse o de iniciar un procedimiento penal, este tarda demasiado tiempo en incoarse, de modo que pasan varios años hasta que se produce el comienzo de tal procedimiento contra el culpable; esto es, cuando ya se encuentra avanzado, aunque no agotado, el periodo legalmente establecido para la prescripción. En esta sentencia 883/2009 se habla del derecho del imputado a que el cumplimiento de la pena no desborde, por extemporáneo, los fines que le son propios. […]

Pero tampoco podemos pronunciarnos nosotros aquí sobre esta cuestión, por la misma razón antes expuesta: no se planteó esto en la instancia, por lo que ni existió el correspondiente debate contradictorio, ni la sentencia recurrida pudo resolver nada sobre este punto. […]

Ya que hemos citado aquí esa resolución 883/2009, conviene añadir que, aun sin utilizar ese nombre de cuasi-prescripción, al menos otras dos sentencias de esta sala ya aplicaron una circunstancia atenuante analógica en tales casos de retraso excesivo en iniciar el procedimiento penal contra el culpable, y ello con el carácter de muy cualificada. Son las números 1387/2004, de 27 de diciembre (fundamento de derecho 11º), y la citada en el escrito de recurso 77/2006, de 1 de febrero (fundamento de derecho 8º).»

I la STS (Sala 2a) de 17 de maig de 2016 comenta i transcriu parcialment els seus precedents, per consolidar la línia jurisprudencial marcada:

1. Insisteix en delinear els seus contorns (per derivació de la STS d'11 de desembre de 2009): «no cabe premiar penalmente aquellos supuestos en los que, sin más, transcurre un dilatado período de tiempo entre la comisión de los hechos y su enjuiciamiento o en los que las autoridades a las que se encomienda la persecución del delito no tienen conocimiento de su comisión y, por tanto, carecen de los elementos de juicio indispensables para la incoación del proceso penal».
2. Per establir la inadmissibilitat de la seva aplicació conjunta amb l'atenuant de dilacions indegudes i evitar un *bis in ídem*: «Finalmente, pese a la diversidad de presupuesto entre esta atenuante innovada en la doctrina jurisprudencial citada y la de dilaciones indebidas, no es menos cierto que el fundamento de una y otra están lejos de ser disímiles con entidad bastante como para poder apreciar ambas si incurrir en un no aceptable *bis in idem*. Basta advertir como aquella doctrina acude a esa pareja justificación para introducir sin concurrente voluntad legislativa esa modificación de la responsabilidad.»

## *3. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 261/2017, DE 16 NOVEMBRE. Ponent: Sra. Martín Hernández. DESPENALITZACIÓ DE FALTES PER LA LLEI ORGÀNICA 1/2015. EXERCICI DE L'ACCIÓ PENAL PER DELICTES LLEUS DE LESIONS I MALTRACTAMENTS DE L'ARTICLE 147.2 I 3 CP (ABANS ARTICLE 617 CP).*

**Resum dels fets:** en el seu moment el perjudicat va denunciar uns fets que, en la data en què es varen cometre, constituïen una falta de lesions de l'art. 617.1 CP,

però que d'acord amb la LO 1/2015 ara constitueixen un delicte lleu de lesions previst en l'art. 147.2 CP, i s'afirma i ratifica en la seva denúncia durant el judici oral. El Ministeri Fiscal no va sol·licitar pena (en aplicació de la disposició transitòria 4a de la LO 1/2015 i d'acord amb el que indica la Circular 1/2015, de la Fiscalia General de l'Estat), però sí indemnització civil, que va ser concedida en primera instància. Substanciat i estimat recurs d'apel·lació, la Sentència de primera instància fou revocada perquè va concedir la indemnització civil sense pronunciament penal condemnatori corresponent a uns fets respecte dels quals els que —la Sentència dictada en apel·lació— considera susceptibles que s'exerciti l'acció penal per haver mediat denúncia prèvia del perjudicat.

**Fonamentació jurídica:** «Expuesto cuanto antecede, sin embargo, el pronunciamiento condenatorio del Sr. A, lo es sólo en materia de responsabilidad civil. Como se explica en la Sentencia, los hechos probados relativos al Sr. A constituyen la falta de lesiones que en el momento de su comisión estaba previsto y castigado en el artículo 617.1 del Código Penal; y para lo que no se solicitó pena por la Fiscalía en aplicación de la disposición Transitoria cuarta de la Ley Orgánica 1/2015, pero sí que en concepto de indemnización A satisfaga a B la suma de 320 euros. En su virtud, condena al Sr. A a la responsabilidad civil interesada por el Ministerio Fiscal pero no le condena penalmente.

Esta Sala ya se ha pronunciado en otras ocasiones, en asuntos similares al presente, es decir, en supuestos en los que los hechos acontecen antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, de modificación del Código Penal, pero no se enjuician o no hay sentencia firme, hasta ya entrada dicha reforma en vigor. Y se dice esto, en atención al régimen de la DT 4ª de dicha Ley.

En el presente supuesto, el Ministerio Fiscal no formuló acusación por aplicación de dicha DT 4ª. Entendemos que, en el presente supuesto, no es de aplicación el régimen transitorio previsto en la DT 4ª en los términos en los que lo ha hecho el Ministerio Fiscal y ha asumido el Juez a quo por cuanto que consta denuncia del Sr. B en fecha 25.1.2015, folio 109 y 110, se afirmó y ratificó en su denuncia, reclamando daños y perjuicios, folios 152 a 154, hubo informe médico forense, folio 212 y 213 y, además, el Sr. B "reclamó" en el acto de juicio oral (si bien sólo se le preguntó si reclamaba indemnización dineraria, sin permitirle, en su caso, ejercitar la acción penal).»

**Comentari:** l'apartat 2 de la disposició transitòria 4a de la Llei 1/2015 estableix que: «La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil,

continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal.

Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.»

La Circular 1/2015 de la Fiscalia General de l'Estat —en endavant, FGE— (sobre pautes per a l'exercici de l'acció penal en relació amb els delictes lleus després de la reforma penal operada per la LO 1/2015) es va pronunciar contra la viabilitat de les accions penals: «[…] la acción penal para su persecución ha de estimarse decaída por imperativo de la ley, con arreglo a lo previsto en la Disposición transitoria cuarta, apartado segundo, de la LO 1/2015, que de manera inequívoca establece que el procedimiento continuará a los solos efectos de enjuiciar la acción civil.»

Aquesta interpretació deriva d'una altra prèvia, continguda en la Circular FGE 2/1990, d'1 de desembre, que també es va pronunciar sobre el que va considerar una «equiparación de los hechos sometidos al régimen de denuncia previa a los que han sido despenalizados en orden a no continuar su persecución en la vía punitiva».

I així pareix que també ho han entès altres sentències del TS: «Conforme el entendimiento habitual de Juzgados y Audiencias, también expuesto en la Circular 1/2015 FGE, esta norma transitoria, que reproduce los términos de la Disposición Transitoria segunda de la LO 3/1989, de 21 de junio, equipara en este régimen transitorio las faltas antes públicas y ahora delitos leves precisados de denuncia del agraviado, por lo que suprime toda posibilidad de conllevar en los procesos en tramitación condena penal, dejando reducido el objeto del proceso al resarcimiento civil del perjudicado si éste no ha renunciado expresamente al mismo, pues de producirse la renuncia el procedimiento se debe archivar; y así esta propia Sala, en la sentencia 108/2015, de 11 de noviembre, dictada tras estimar el recurso de casación.» (STS (Sala 2a) de 25 de gener de 2016).

Això no obstant, la Sentència que és objecte d'aquest comentari (amb precedent en la SAP de Balears, Secció 1a, de 2 de juny de 2016) manté el punt de vista contrari, i es recolza en altres pronunciaments del TS que també incorpora i cita: STS (Sala 2a) de 10 de novembre de 2015, de 25 de gener, de 17 de juny i de 28 d'octubre de 2016 i de 24 de març de 2017.

Per reforçar aquest darrer posicionament apuntam que, per fets despenalitzats resulta obvi que en cap cas no procediria l'exercici de l'acció penal, és obligat concloure que l'objectiu i l'abast de la DT 4a de la LO 1/2015 mai no va poder ser, ni és de cap manera, determinar quan es pot exercitar o no l'acció penal; sinó en quins casos, i sota quins pressupostos, pot continuar tramitant-se —en un procés penal inviable com a tal— l'acció civil derivada dels fets pels quals va ser incoat, que en el

seu moment eren punibles, baldament ara ja no ho siguin, per despenalització o per falta de denúncia prèvia del perjudicat.

Per tant, la DT 4a de la LO 1/2015 no marca cap equivalència entre fets despenalitzats i fets requerits ara de denúncia prèvia quant a la possibilitat d'exercitar o no l'acció penal. Sinó que es limita exclusivament a assenyalar les condicions en què es pot resoldre l'acció civil dins del procés penal quan l'acció penal ja no resulti exercitable (tant en el cas de fets despenalitzats, com en el cas de fets mancats de denúncia prèvia del perjudicat, perquè ara és requisit de procedibilitat).

Noteu que la possibilitat d'exercitar l'acció civil sense condemna penal prèvia resultaria certament inviable, si no existís l'autorització explícita que conté la disposició legal esmentada de caràcter transitori, i a això exclusivament és al que es dirigeix la norma en qüestió.

Per tant, la DT 4a de la LO 1/2015 només autoritza que, quan els fets hagin estat despenalitzats, o quan falti la necessària denúncia prèvia del perjudicat, el procés penal pugui continuar perquè se substanciï exclusivament l'acció civil.

De manera que, quan es tracti de fets sotmesos en aquest moment al règim de denúncia prèvia i aquesta denúncia prèvia efectivament s'hagués produït de forma anticipada i vàlida, el que procedeix és continuar el procés tant per a l'exercici de les accions penals com per al de les corresponents accions civils.

En tal cas s'haurà de dilucidar si per a l'acusat és més beneficiós el règim de penalització anterior, o pel contrari l'actual, el que requereix un examen que excedeix de l'estricta penalitat, orientat a indagar sobre el que el TS ha denominat punibilitat en el seu conjunt, i per tant basat (a part de a les penes previstes, abans i ara) en el doble condicionant actual (abans inexistent): a) denúncia prèvia del perjudicat (com a requisit de procedibilitat), i b) possible perdó de l'ofès (com a factor extintiu de la responsabilitat).

## *4. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA (SALA CIVIL I PENAL) NÚM. 1/2017, DE 2 DE MARÇ. Ponent: Sr. Terrasa García. RELACIÓ ENTRE ELS DELICTES DE FRAU A L'ADMINISTRACIÓ I SUBORN DE FUNCIONARI.*

## *5. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM (SALA SEGONA) NÚM. 807/2017, D'11 DE DESEMBRE. Ponent Sr. Sánchez Melgar. RELACIÓ ENTRE ELS DELICTES DE FRAU A L'ADMINISTRACIÓ I SUBORN DE FUNCIONARI.*

**Resum dels fets:** l'acusada va ser condemnada en una primera sentència por delicte de frau a l'Administració, i en una segona sentència per delicte de suborn de

funcionari. Contra aquesta segona sentència s'interposa recurs d'apel·lació davant el TSJ, que va confirmar la condemna pel delicte de suborn de funcionari. Aquesta sentencia d'apel·lació també va ser confirmada en cassació.

La qüestió plantejada en apel·lació i cassació va ser que la doble condemna per frau a l'Administració (primer) i suborn de funcionari (després) conculcava el principi *non bis in ídem*, e infringia els principis de legalitat penal i de culpabilitat, per falta d'aplicació de l'art. 8.3 CP (principio de consumpció), i també l'aplicació indeguda dels art. 73 i 76 CP per inadequació de la pena a la gravetat de l'injust i la culpabilitat. En suma, que la condemna per frau a l'Administració i suborn de funcionari es va basar en els mateixos fets perquè va haver un únic concert fraudulent per als dos delictes, el que determina un concurs de normes (en lloc d'un concurs de delictes), així que la pena imposada pel primer delicte (frau a l'Administració) havia de ser presa en consideració en el procés posterior per aminorar la pena pel segon delicte (suborn de funcionari).

La sentència de cassació desestima aquest posicionament i confirma la d'apel·lació.

**Fonamentació jurídica:**

4. «La discriminación del objeto de tutela en los variados delitos contra la Administración pública no es cuestión sencilla ni pacífica […]

La cuestión es que, cuando convergen en un mismo supuesto algunas de estas figuras delictivas que protegen un bien jurídico común (aunque sea a veces sólo en parte), la elevada resultancia penológica plantea el problema de si se ha respetado el principio de proporcionalidad entre la carga de contrariedad a derecho y la pena impuesta.

Pero no puede olvidarse que la figura del cohecho añade, al mencionado objeto de tutela, una protección característica y diferente, encaminada a reprimir las actuaciones que (afectando por igual a aquellos deberes de fidelidad, probidad, o lealtad, para un correcto ejercicio de la actividad administrativa) se desarrollan además en beneficio propio y exponen a la venalidad la función pública, lo que comporta un plus de antijuridicidad inexistente en el fraude, que eminentemente contempla el perjuicio para la Administración pero sin estas otras implicaciones añadidas de mayor contrariedad a derecho y mayor carga de reproche, que sí apareja el cohecho.

Sea como fuere, lo cierto es que el art. 419 CP *in fine* señala que se incurre en las penas previstas para el cohecho "sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera

constitutivo de delito", y a ello se refiere la STS 2ª 30 Dic. 2013 para excluir el concurso de normas y abundar en la tesis del concurso real de delitos. […]

En cuanto a la posibilidad de aplicar el concurso medial de delitos, conviene no olvidar que ello requiere una instrumentación delictiva "objetivamente" necesaria, y no simplemente ideada desde un plano subjetivo, es decir, que uno de los delitos sea medio "objetivamente" necesario para cometer el otro, y así lo exponen las declaraciones del Tribunal Supremo […].

Y nos referimos a ello porque en el recurso se llega a presentar al fraude como un meta-objetivo a alcanzar mediante el cohecho, como si la percepción de dinero por la adjudicación injusta se hubiese utilizado a modo de herramienta útil o imprescindible para perjudicar (defraudar) a la Administración […].

Tal afirmación es, para nosotros, perfectamente innecesaria, o al menos prescindible, y de ella discrepamos abiertamente, por lo que consideramos inadecuado aplicar las reglas del concurso medial, de modo que habrá de desestimarse también este último motivo del recurso.»

5. «En este punto no compartimos la tesis del recurrente, acerca de que el hecho sea único y consista en "un concierto para defraudar al Consell a cambio de dinero". La misma formulación de esta premisa demuestra que hay dos hechos diversos: si hay un concierto para defraudar al Consell a cambio de dinero se debe, precisamente, a que antes o de manera simultánea a tal concierto se ha solicitado una dádiva (consistente en la entrega del dinero). Igualmente sucedería si se pretendiera que el hecho único consiste en la solicitud de una entrega de dinero a cambio de defraudar a la Administración: si hay una petición de una dádiva para defraudar al Consell, se debe, precisamente, a que antes o de manera simultánea a tal petición se ha producido el concierto defraudatorio.

[…] Es decir, para llegar a la conclusión de que hay un solo hecho, sería preciso construir un tipo penal que fuera una mixtura entre el delito de fraude y el de cohecho. […] Pero ese tipo no se deduce de la descripción de los delitos referidos.

Por tanto, se trata de hechos distintos, con momentos de consumación distintos y no cabe hablar de una "conducta única" desde el punto de vista fáctico.

En realidad, la tesis del recurso viene a invocar la existencia de un hecho único no porque naturalmente lo sean (ya que eso ha quedado descartado), sino valorando el ánimo o finalidad con el que actuaron los acusados al consumar los distintos hechos punibles. Pero hemos reiterado que las razones por las que actúa el sujeto forman parte de los móviles, que, por regla general, no son relevantes para el tipo penal (STS 435/2016, de 20 de mayo), salvo que recojan como elemento del

tipo o se tengan en cuenta en circunstancias modificativas de la responsabilidad penal —lo que no sucede en el caso que nos ocupa—.

[…] En segundo lugar, para determinar si existe una "conducta única" en su vertiente jurídica es preciso determinar si existe identidad de bien jurídico protegido.

En relación con el delito de fraude ya hemos indicado que se protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar el mismo (STS 63/2017, de 8 de febrero, antes citada). Mientras que, mediante el delito de cohecho, se protege la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos (SSTS 990/2013, de 30 de diciembre; 2025/2001, de 29 de octubre) […]».

**Comentari:** el número anterior d'aquesta Revista (núm. 15 de 2017, pàg. 303) incloïa, entre els comentaris de jurisprudència penal, el relatiu al problemàtic concurs entre els delictes de frau a l'Administració i malversació, en què la doctrina jurisprudencial ha identificat supòsits de «progressió quantitativa» (concert per defraudar més consentiment en la sostracció malversadora) que evidencien un fil conductor (d'ambdues infraccions) que podria determinar un concurs de normes en el qual la posterior malversació podria absorbir tot el desvalor; però la major part de les declaracions jurisprudencials s'inclinen pel concurs de delictes en consideració que cada infracció tendeix a protegir un bé jurídic diferent.

En aquesta ocasió comentam la relació concursal entre els delictes de frau a l'Administració i el suborn de funcionari:

1. La sentència de cassació comentada incideix sobre la diversitat fàctica resultant: «hay dos hechos diversos […] se trata de hechos distintos, con momentos de consumación distintos y no cabe hablar de una "conducta única" desde el punto de vista fáctico».
2. Les sentències d'apel·lació i cassació rebutgen poder-los considerar com a fet únic per la concurrència d'un ànim o propòsit comú, ja que per això es requeriria «una instrumentación delictiva "objetivamente" necesaria, y no simplemente ideada desde un plano subjetivo, es decir, que uno de los delitos sea medio "objetivamente" necesario para cometer el otro», sobre lo que abunda la sentencia de casación: «las razones por las que actúa el sujeto forman parte de los móviles, que, por regla general, no son relevantes para el tipo penal (STS 435/2016, de 20 de mayo) […]».

3. La diversitat de béns jurídics protegits es remarca tant en apel·lació com en cassació: «[…] no puede olvidarse que la figura del cohecho añade, al mencionado objeto de tutela, una protección característica y diferente, encaminada a reprimir las actuaciones que (afectando por igual a aquellos deberes de fidelidad, probidad, o lealtad, para un correcto ejercicio de la actividad administrativa) se desarrollan además en beneficio propio y exponen a la venalidad la función pública […]».

   «En relación con el delito de fraude ya hemos indicado que se protege tanto el lícito desempeño de la función pública como el patrimonio público frente a los riesgos que el incumplimiento de los deberes del cargo puede generar el mismo (STS 63/2017, de 8 de febrero, antes citada). Mientras que, mediante el delito de cohecho, se protege la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos (SSTS 990/2013, de 30 de diciembre; 2025/2001, de 29 de octubre) […]».

## V. Contenciosa administrativa

### A. Tribunal Suprem

*1. INTERLOCUTÒRIES DE LA SECCIÓ D'ADMISSIÓ DEL NOU RECURS DE CASSACIÓ. A) INTERLOCUTÒRIA DE 17 DE JULIOL DE 2017 (REC. 1271/2017). Ponent: Sr. Córdoba Castroverde. PREPARACIÓ DE RECURS DE CASSACIÓ QUE ES CONSIDERA QUE INFRINGEIX, ALHORA, NORMES AUTONÒMIQUES I ESTATALS. B) INTERLOCUTÒRIA DEL TRIBUNAL SUPREM D'11 DE DESEMBRE DE 2017 (REC. 3711/2017). Ponent: Sr. Garzón Herrero. RECURS DE CASSACIÓ PER INCONGRUÈNCIA INTERNA O EXTRAPETITA DE LA SENTÈNCIA.*

**Resum dels fets:** la nova regulació del recurs de cassació contenciós administratiu introduïda per la disposició final 3a de la Llei orgànica 7/2015, de 21 de juliol, de modificació de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, suposa un canvi estructural en la configuració del mateix. Com ja es va fer en la crònica del núm. 15 de la *Revista* , interessa reflectir aquí els criteris interpretatius més recents i rellevants, procedents de la Sala d'Admissió del TS.

**Fonamentació jurídica i comentari:** A) Preparació de recurs de cassació que es considera que infringeix, alhora, normes autonòmiques i estatals. És perfectament possible que en un plet es combini aplicació de dret estatal i dret autonòmic, així com que el recurrent consideri que la sentència infringeix els dos. Això provoca que contra una mateixa resolució pot interposar-se tant el recurs de cassació davant el TS com davant el TSJ.

La LJCA no resol la compatibilitat i possible preferència en la tramitació i resolució dels dos recursos de cassació, la qual cosa ha portat al pronunciament del TS en la Interlocutòria de 17 de juliol de 2017 (RC 1271/2017) en la qual deixa clar que no hi cap una preparació successiva fora de termini, això és, que es prepari un i que, després d'haver-se inadmès o desestimat aquest, es prepari l'altre quan ja li va acabar el termini des de la notificació de la sentència. Els dos recursos han de preparar-se en termini i la preferent tramitació d'un o d'altre respon a les regles següents:

«Con carácter general puede afirmarse que en los supuestos en los que las infracciones de normas estatales o comunitarias invocadas estén referidas a la

pretensión principal y la decisión que pudiera adoptarse por el Tribunal Supremo en el recurso de casación "estatal" condicione el resultado del litigio, y consecuentemente la sentencia que pudiera recaer en el recurso de casación "autonómico", no resulta procedente una tramitación simultánea de ambos recursos, ante el riesgo de poder incurrir en sentencias contradictorias, debiendo concederse preferencia al recurso de casación estatal y dejar en suspenso la admisión del recurso de casación autonómico hasta que exista un pronunciamiento firme del Tribunal Supremo.

Puede suceder, sin embargo, que las infracciones de las normas estatales denunciadas no condicionen el resultado del recurso de casación autonómico por estar referidas, como en el caso que nos ocupa, a la pretensión subsidiaria planteada en la instancia. En estos casos, sería procedente dar preferencia a la tramitación del recurso autonómico sobre el estatal.

La determinación de cuándo concurre esta conexión y el alcance de la misma es una decisión que dependerá de las circunstancias concretas de cada caso, y son la parte recurrente y el tribunal de instancia los que, al conocer mejor la cuestión debatida en el litigio de instancia y la planteada en casación, se encuentran en un primer momento en condiciones de establecer ese juicio con mayor fundamento. Por ello, el recurrente deberá dejar sentado en su escrito de preparación cuál es su pretensión concreta respecto a la preferente tramitación de uno u otro recurso, pero es al tribunal de instancia, que dictó la resolución recurrida, al que le corresponde resolver valorando las circunstancias del caso. Para ello deberá ponderar la influencia que la decisión que eventualmente pueda adoptarse en el recurso de casación estatal tiene sobre el litigio principal y caso de advertir que la decisión adoptada puede condicionar el resultado del litigio y consecuentemente el pronunciamiento que debiera recibir el recurso de casación autonómico, deberá tramitar el recurso de casación estatal estando a la espera de la decisión que adopte el Tribunal Supremo para pronunciarse sobre la preparación del recurso de casación autonómico.

En el supuesto en el que el juzgado o tribunal de instancia tenga por no preparado o cuando deje en suspenso el recurso de casación estatal, la parte recurrente, si se muestra disconforme con esta decisión, podrá recurrirla en queja ante el Tribunal Supremo, que finalmente decidirá sobre la preferente tramitación de los recursos entablados.»

B) Recurs de cassació per incongruència interna o extrapetita de la sentència. En la Crònica contenciosa administrativa de la RJIB núm. 15 ja es va analitzar el nou recurs de cassació en relació amb el possible vici d'incongruència omissiva de la sentència a recórrer i pel qual s'habilitava el camí de l'esmena (art. 267.5 LOPJ

i 215.2 LEC). Aquí ens referim a un supòsit diferent, el de la incongruència interna i extrapetita de la sentència que no pot ser corregida pel mecanisme de l'esmena o complement de la sentència, doncs alteraria el principi d'invariabilitat de les resolucions judicials. Tampoc pot corregir-se, immediatament, promovent la nul·litat d'actuacions, doncs per a això s'hauran d'haver esgotat prèviament els recursos (art. 241.1 LOPJ) i ja se sap que el recurs de cassació és admissible contra totes les sentències del TSJ, la qual cosa obliga a preparar un recurs de cassació per forçar l'exhauriment de recursos i, després d'això, promoure l'incident de nul·litat d'actuacions.

En la Interlocutòria del TS d'11 de desembre de 2017 (rec. 3711/2017) es determina que l'incident per promoure la nul·litat d'actuacions per incongruència interna i extrapetita s'inicia quan el TS inadmet a tràmit el recurs de cassació.

De la indicada Interlocutòria sembla desprendre's que per obrir el camí de l'incident de nul·litat d'actuacions no bastaria amb la resolució del Tribunal d'instància que declari no tenir per preparat el recurs de cassació, doncs l'exigència que prèviament s'esgotin els recursos conduiria a la necessària interposició de recurs de queixa per així arribar, finalment, a la decisió d'inadmissió del recurs de cassació, expressada pel TS, i com a única porta que obre el pas a l'incident de nul·litat d'actuacions per corregir la incongruència interna o extrapetita.

## *2. SENTÈNCIA NÚM. 1866/2017, DE 29 DE NOVEMBRE. RECURS DE CASSACIÓ NÚM. 2369/2016. Ponent: Sr. Olea Godoy. EXPROPIACIÓ FORÇOSA. PREU JUST. VALORACIÓ DEL SÒL PER A SISTEMES GENERALS. QUALITAT DELS SERVEIS URBANÍSTICS PER VALORAR COM A SÒL EN SITUACIÓ D'URBANITZAT.*

**Resum dels fets:** en la fixació del preu just per a l'expropiació de terrenys qualificats com a Espai Lliure Públic-Zona Verda i sent aplicables les regles de la Llei de sòl, segons la redacció donada pel RDLeg 2/2008, de 20 de juny, l'alternativa entre la seva valoració com a sòl en situació bàsica de sòl urbanitzat o en situació de rural, dependrà de si tals terrenys estan integrats de forma legal i efectiva en la xarxa de dotacions i serveis propis dels nuclis de població. La Llei precisa que s'entendrà que així ocorre quan les parcel·les, estiguin o no edificades, comptin amb les dotacions i serveis requerits per la legislació urbanística o puguin comptar amb

ells sense altres obres que les de connexió de les parcel·les a les instal·lacions ja en funcionament. En el supòsit de la Sentència analitzada s'afirma que les dotacions i serveis requerits no han de ser tant els adequats per a l'ús previst en el planejament (aquí, zona verda), sinó els requerits per l'«àmbit espacial homogeni» que serveix de comparació per determinar el seu valor.

**Fonamentació jurídica**: «se incurre en relación con estos imprescindibles servicios propios del suelo urbanizado, conforme propone el perito, en una evidente premisa de que para ese destino de zona verde si son suficientes los servicios existentes en los que poder conectar habida cuenta de su —deberá entenderse— menos exigencia. Se incurre con ello en una contradicción, porque si para obtener el valor de repercusión se consideran que los terrenos han de valorarse como si se tratase de suelo con destino a vivienda plurifamiliar, no puede luego pretenderse que para apreciar los servicios se consideren suficientes conforme a un destino diferente de zona verde, que implícitamente la Sala de instancia considera inferiores a los de aquel destino inicial.

Debe tenerse en cuenta que el legislador parte de una ficción. La de considerar que el suelo a valorar por haberse destinado por el planeamiento a sistemas generales a obtener por expropiación y, por tanto, carente de aprovechamiento privativo previsto en el planeamiento, participa de las mismas determinaciones que los propietarios de los terrenos asimilados. De ahí que deba valorarse el terreno como si tuviera real y efectivamente ese mismo destino, a los efectos de obtener un valor residual partiendo de valores asimilados y un aprovechamiento y uso propio de esos similares terrenos.

Pues bien, la ficción ha de extenderse también a la calidad de los servicios que configuran el suelo urbano, entender otra cosa llevaría a no ajustar todos los elementos necesarios para la valoración a unas mismas características. Y buena muestra es lo que se razona en la sentencia de instancia, en que para apreciar el aprovechamiento y el valor residual, se considera que los terrenos tienen un uso de vivienda plurifamiliar, en tanto que para apreciar la calidad de los servicios propios del suelo urbanizado, se fija como criterio los servicios propios del destino a zona verde, que son inferiores, a juicio de la propia Sala y del perito a cuyo informe se atiene.

Y es que, incluso de aceptarse la premisa de que se parte en la sentencia, siguiendo lo razonado por el perito, difícilmente cabría pensar que los servicios que se describen sean suficientes para que, con tan solo la mera conexión, pudieran destinarse más de cuarenta mil metros cuadrados a la construcción de vivienda

plurifamiliar; edificación que comporta una calidad de tales servicios que ni se consideran por el técnico que emite el informe ni es previsible, a la vista de la situación de los terrenos y de la vía a la que los terrenos del sistema general, no los expropiados, tienen colindancia.»

**Comentari:** de consolidar-se la doctrina anterior i estimar-se que la qualitat dels serveis urbanístics necessaris per considerar els terrenys a expropiar com a sòl en situació d'urbanitzat, no solament ha de ser l'adequada per a l'ús del sòl previst en el planejament urbanístic que ho classifica (zona verda) sinó els adequats per a l'ús d'aquells altres terrenys amb aprofitament lucratiu i que conforma l'àmbit espacial homogeni que serveix de comparació per determinar el seu valor (sòl urbà amb ús residencial), seran excepcionals els supòsits en què es valorin sistemes generals com a sòl en situació bàsica de sòl urbanitzat. La Llei balear 4/2008, de 14 de maig, aplicable aleshores, establia en el seu art. 2.2 que «Els serveis urbanístics bàsics han de tenir les característiques adequades per a l'ús del sòl previst pel planejament urbanístic que el classifica». És a dir, que la qualitat dels serveis urbanístics bàsics ve determinada per l'ús previst en el planejament per a aquest sòl, no pel previst per a altres sòls d'ús diferent. No serà habitual trobar uns terrenys destinats a sistemes generals que tenguin uns serveis impropis per a aquesta destinació, que és el que els permetrà ser valorats com a sòl en situació d'urbanitzat.

**B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears**

*1. INTERLOCUTÒRIA DE 23 DE MAIG DE 2017 DE LA SECCIÓ D'ADMISSIÓ DEL NOU RECURS DE CASSACIÓ AUTONÒMIC (REC. 1/2017).*

**Resum dels fets:** és la primera Interlocutòria dictada per la Secció d'Admissió dels recursos de cassació autonòmics, de la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB. S'inadmet el recurs de cassació autonòmic.

**Comentari:** la Interlocutòria ressenyada —d'inadmissió del recurs— no té especial interès per les raons de la inadmissió, doncs no fa més que traslladar al cas la doctrina del TS sobre l'extensió i abast de l'interès casacional objectiu per a la formació de jurisprudència, en aquest cas en dret autonòmic.

El seu interès rau en ser de les primeres que dicta la Sala de Cassació del TSJIB i perquè serveix per explicar ara breument les dificultats que presenta aquest tipus de recursos en sales en què, com la de les Illes Balears, no hi ha diverses seccions.

Amb el recurs de cassació anterior a la Llei 7/2015, de 21 de juliol, podia interposar-se recurs de cassació per a la unificació de doctrina en dret autonòmic enfront de sentències de les sales contencioses administratives dels TSJ, però només si aquests tribunals disposaven de diverses sales o de diverses seccions i quan hi hagués pronunciaments contradictoris entre aquestes diferents sales o seccions en matèria de dret autonòmic (art. 99 LJCA). Aquesta Sala de Cassació, resoldria de manera definitiva les contradiccions entre les diferents seccions de la mateixa sala. Òbviament, aquest recurs no era possible en la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB, perquè és Sala i Secció única.

El legislador estatal, sense atendre a les peculiaritats dels territoris amb sales contencioses administratives de secció única i amb escàs nombre de magistrats (5 magistrats a les Illes Balears) va traslladar l'esquema del nou recurs de cassació a totes les sales contencioses administratives dels TSJ sense puntualitzar, com abans, que aquest recurs només calia si hi ha vàries sales o seccions. Això provoca notables disfuncions i incoherències.

La primera, la impossibilitat que la Secció de Cassació es constitueixi amb cinc membres (art. 86.3 LJCA), doncs si la cassació es projecta sobre la sentència que va dictar la Sala, tres dels magistrats que van dictar la sentència recorreguda no podran formar part de la Secció de Cassació en concórrer en ells causa d'abstenció (art. 219.11 LOPJ i Sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, de 22 de març de 2016, assumpte Pereira Da Silva *vs*. Portugal). Així, a les Illes Balears, només resten dos magistrats de la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB sense causa d'abstenció per resoldre la cassació. Per solucionar-ho, s'acudeix a la regla establerta en l'art. 196 LOPJ que exigeix un mínim legal de tres magistrats per formar Sala i s'interpreta que l'art. 86.3 LJCA —que n'exigeix cinc— només es refereix a la composició orgànica de la Secció de Cassació, però no als membres necessaris per exercir la jurisdicció que legalment són tres. Però en segueix faltant un, la qual cosa se soluciona amb la tècnica de la suplència prevista en l'art. 199 LOPJ. En aquest cas, amb un magistrat de la Sala Civil i Penal del TSJIB.

Reflexions més extenses mereix l'oportunitat de la creació d'un recurs de cassació autonòmic enfront de les sentències de la Sala, que és la darrera intèrpret del dret autonòmic. I més quan no pot donar-se el cas de sentències contradictòries entre diferents seccions de manera que solament es poden resoldre mitjançant el

criteri unificador d'una altra sala o secció superior a aquestes. Les possibles sentències contradictòries de la mateixa Sala i Secció —patologia sempre indesitjable— es resolen amb una altra posterior que fixi definitivament el criteri, doncs la Secció única (cinc magistrats dels quals tres dicten la sentència) impedeix la conscient pervivència de dos criteris contradictoris sobre la mateixa qüestió.

Aquestes disfuncions, no són les úniques. La falta de reforma expressa de la LOPJ, per ajustar-se a les noves competències de les sales contencioses administratives dels TSJ, ha portat al fet que alguns d'aquests declarin inadmissibles els recursos de cassació autonòmica. Vegeu Interlocutòria de la Secció de Cassació de la Sala Contenciosa Administrativa del TSJ de Catalunya, de 10 de maig de 2017 (rec. cas. 3/2017).

## *2. SENTÈNCIA NÚM. 259/2017, DE 13 DE JUNY. RECURS NÚM. 139/2016. Ponent: Sra. Ortuño Rodríguez. NOTIFICACIONS ELECTRÒNIQUES.*

**Resum dels fets:** l'entitat recurrent, societat de responsabilitat limitada, es trobava obligada a subscriure's al sistema de notificacions electròniques després que l'Administració li notifiqués la inclusió en aquest. La norma imposa que quan transcorrin deu dies naturals des de la posada a disposició de la notificació sense que s'accedeixi al seu contingut, s'entendrà que la notificació ha estat rebutjada. De tot això derivava que el recurs de reposició es va interposar una vegada sobrepassat el termini d'un mes.

**Fonamentació jurídica:** «En definitiva, se ha acreditado que la interposición de los recursos de reposición el 24 de abril de 2015, lo fue una vez sobrepasado el plazo de un mes establecido por el art. 223 de la LGT.

Por consiguiente, no se aprecia atisbo de vulneración alguna de la normativa aplicable mediante la notificación de las liquidaciones provisionales a través del sistema NEO, mecanismo al cual estaba obligada a integrarse la sociedad recurrente, y que de hecho se incorporó el 28 de junio de 2011.

Con respecto al argumento de que debe aplicarse una interpretación conforme al principio "pro actione" como postula la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, debe precisarse que efectivamente el principio enunciado sirve de criterio interpretativo en supuestos de hecho que generan dudas —generalmente derivados de deficiencia en las notificaciones— pero no opera cuando no hay duda interpretativa alguna. En

nuestro caso no hay duda alguna respecto a la realidad y plena validez de la notificación de los acuerdos.

Lo que la doctrina jurisprudencial postula es que la resolución de las dudas interpretativas en relación a la aplicación de las normas procedimentales —y en particular, con respecto a la regularidad de las notificaciones— lo sea conforme al principio *pro actione* […].

Pero en el supuesto que nos ocupa no hay duda o discusión interpretativa posible con respecto a la correcta forma en que se notificó la resolución. Sin motivo justificable alguno, no se interpuso recurso en plazo. No hay así, duda interpretativa sobre la que aplicar el principio *pro actione*.»

**Comentari:** la progressiva implantació de la notificació electrònica i el seu caràcter obligatori per a les persones jurídiques (art. 14 de la Llei 39/2015) comença a generar impugnacions per part d'aquelles que, sense l'adequada previsió, prenen coneixement tardà de les resolucions i les recorren fora de termini.

L'aplicació de l'automatisme de la notificació electrònica condueix inevitablement a la inadmissió dels recursos extemporanis. La Sentència comentada, com altres en el mateix sentit (veure STSJIB núm. 227/2017, de 31 de maig en rec. 38/2016 o la núm. 536/2017, de 13 de desembre en rec. 350/2016), segueix un criteri que s'ha vist reafirmat per la recent STS núm. 47/2018, de 17 de gener (rec. 3155/2016) que avala la validesa de les notificacions electròniques i remarca la seva constitucionalitat. Per tant, conflictes com el ara comentat previsiblement es resoldran en el mateix sentit, el que suposa que el risc de la falta de presa de coneixement del contingut de les resolucions no té correcció possible. La finalitat de procurar l'eficàcia de les notificacions electròniques preval sobre la garantia que la resolució arribi a coneixement de l'interessat.

## *3. SENTÈNCIA NÚM. 316/2017, DE 4 DE JULIOL. RECURS D'APEL·LACIÓ NÚM. 126/2017. PONENT: Sr. Delfont Maza. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL PER ANUL·LACIÓ DE LLICÈNCIA.*

**Resum dels fets:** anul·lada una llicència d'obres i ordenada la demolició de les obres executades segons la mateixa, la propietària i titular de la llicència va reclamar indemnització de danys i perjudicis contra l'Administració que, indegudament, li va concedir la referida llicència. Es reclamen indemnització pels costos de construcció,

de dotació de serveis, assegurances, honoraris notarials, costos de publicitat i propaganda, impost sobre béns immobles, taxa per llicència de primera ocupació i interessos de la pòlissa de crèdit. Es rebutja el lucre cessant referit al previsible guany a obtenir amb la venda dels locals i també es descarta indemnització per danys morals.

**Fonamentació jurídica**: «Pero la indemnización procedente es la que comprende, primero, el daño emergente que se pruebe, es decir, todos los gastos y costes asumidos a raíz de la licencia otorgada y de la ejecución de las obras, y, además, el lucro cesante que también se probase, esto es, tal como en la sentencia apelada se señala, [...] *aquellos perjuicios que, aun no habiéndose producido, resulten directamente vinculados a la anulación y demolición, no como meras expectativas, sino como derechos ciertos, aunque futuros*».

**Comentari:** la Sentència té interès quan desglossa, partida per partida, aquelles que són indemnitzables per l'Administració davant el supòsit d'anul·lació de llicència de construcció, sense que concorrin dol, culpa o negligència greus imputables al perjudicat. Especialment interessant és la precisió que la indemnització no pot comprendre aquelles quantitats que l'empresa esperava guanyar amb la venda dels locals construïts, doncs no són drets futurs, sinó tan sols simples expectatives.

Una altra sentència d'interès, que tracta la responsabilitat patrimonial de les administracions públiques per indeguda concessió de llicències, és la núm. 411/2017, de 16 d'octubre (rec. d'apel·lació 169/2017). Però aquesta, des de la perspectiva de quines són les administracions responsables en el cas que n'hi intervenguin vàries, com quan s'ha emès informe o autorització prèvia.

## *4. SENTÈNCIA NÚM. 357/2017, DE 25 DE JULIOL. RECURS NÚM. 162/2016. PONENT: Sra. Frigola Castillón. MORATÒRIA DEL PLA DIRECTOR SECTORIAL D'EQUIPAMENTS COMERCIALS.*

**Resum dels fets:** el Ple del Consell Insular de Mallorca, en Acord d'11 de febrer de 2016, va aprovar la Norma Territorial Cautelar (en endavant, NTC) prèvia a l'aprovació del Pla Director Sectorial d'Equipaments Comercials de Mallorca. L'art. 4.1 NTC estableix que queda suspès l'atorgament d'autoritzacions per a la implantació i l'ampliació dels grans establiments comercials que venen definits en l'art. 3-2 de la citada Norma Cautelar, i la disposició final assenyala que aquesta

suspensió ho és des del dia següent de la publicació en el BOIB, fins que s'aprovi inicialment el PDS d'equipaments comercials de Mallorca, o en defecte d'això fins a un màxim de 3 anys a partir d'aquella data.

Impugnada la moratòria que suspèn la implantació i ampliació de grans establiments comercials i justificada aquesta moratòria en la «protecció ambiental i de l'entorn urbà, amb l'ordenació del territori, amb la preservació dels espais agrícoles, ramaders i forestals com a reserves estratègiques de sòl rústic, amb la protecció del patrimoni històric, artístic i etnològic», la Sentència pren en consideració que aquesta motivació declarada no encaixa amb la realitat.

**Fonamentació jurídica:** «Por lo tanto la obligación establecida en la ley 11/2014 de ubicación de tales grandes superficies comerciales en solares urbanos, y la manifiesta imposibilidad de establecimiento de esas superficies en otra clase de suelo, determina que el régimen de prohibición de implantación o ampliación basándose en razones de protección medio ambiental, en lo que se refiere a preservación del suelo rústico, patrimonio histórico y artístico carece de fundamento real. El suelo urbano ya ha sido transformado por la acción urbanizadora, y el planeador ha previsto detalladamente en el planeamiento el concreto suelo destinado a uso comercial que le ha reconocido expresamente. En consecuencia la suspensión de otorgamiento de autorizaciones para la implantación y ampliación de grandes superficies amparada en esas concretas razones de preservación de espacios agrícolas y preservación de patrimonio histórico artístico y etnológico, es una finalidad o razón de ser que queda huérfana de contenido, por obligar la ley a que estos grandes centros se ubiquen en suelos urbanos, donde el planeamiento urbanístico ya recoge específicamente y autoriza cuáles los usos que permite dicho suelo.

Además, si tenemos en cuenta que la Disposición Adicional Primera del Decreto Ley 2/2015 de 24 de julio publicado en el BOIB nº 112 de 24 de julio de 2015 señalaba que el Govern y los Consells Insulars disponían de un plazo de seis meses para adoptar las medidas de ordenación urbanística y territorial que se consideraran necesarias en atención a "razones imperiosas de interés general relativas a la protección del medio ambiente del entorno urbano y del patrimonio histórico, artístico y cultural" pronto se comprende que poca diligencia hay cuando esa Norma Territorial Cautelar cuya razón de ser y finalidad es proteger los intereses generales y conciliar la realidad con la regulación futura del sector, se aprueba el 11 de Febrero de 2016 y se publica el 1 de marzo de 2016, o sea, más allá de ese plazo de seis meses que establecía la Disposición Adicional Primera del Decreto Ley 2/2015. Y en la Memoria Justificativa no encontramos una sola línea que justifique razón alguna de esa

tardanza. Pero ocurre que, además, esa Norma Territorial Cautelar amplía nada más y nada menos que hasta un máximo de tres años o hasta la aprobación del PDSEC esa prohibición absoluta de concesión de autorizaciones para implantación y ampliación de los ya existentes. Y todo ello sin dar una sola explicación ni argumentar en la Memoria el porqué de ese plazo tan amplio que justifique tan gravosa restricción.

Si la proporcionalidad viene justificada en razones de motivación de la restricción adoptada, al final concluimos que la Norma Cautelar impugnada no es proporcional ya que no está justificada dicha prohibición.»

**Comentari:** en la decisió de la Sala influeix la reiteració de supòsits en què l'Administració acorda una moratòria sense intenció real de modificar el planejament, sinó que únicament es persegueix suspendre l'atorgament de llicències durant un temps. D'aquesta manera, la moratòria no s'utilitza com a instrument per assegurar l'efectivitat d'un planejament futur sinó com a finalitat suspensiva en si mateixa, per aconseguir la paralització d'una activitat que no es desitja. Activitat, que si no es pot impedir, almenys se suspèn.

La invocació de motius falsos o incorrectes per justificar la suspensió és el primer dels indicis per detectar la desviada decisió.

## *5. SENTÈNCIA NÚM. 362/2017, DE 5 DE SETEMBRE. RECURS D'APEL·LACIÓ NÚM. 146/2017. PONENT: Sr. Delfont Maza. FUNCIÓ PÚBLICA. CESSAMENT DE FUNCIONARI EN LLOC DE LLIURE DESIGNACIÓ PER PÈRDUA DE CONFIANÇA.*

**Resum dels fets:** es recorre el cessament d'un funcionari que va ser nomenat per ocupar un lloc de feina subjecte al procediment de lliure designació. Com a únic motiu del cessament es va invocar «la pèrdua de confiança» en qui havia ocupat el lloc des de feia 27 anys.

La Sentència anul·la el cessament.

**Fonamentació jurídica:** «La jurisprudencia interpreta que la amplia libertad para decidir de que disponen en estos casos las Administraciones Públicas se encuentra sujeta a la expresa motivación de: (i) los concretos criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento, y (ii) las concretas cualidades o

condiciones personales que han sido consideradas para concluir que concurren en mayor medida en el funcionario nombrado que en los demás solicitantes.

[…]

Esa doctrina es extensible a todas las Administraciones Públicas y comprende los nombramientos para puestos de trabajo sujetos al sistema de libre designación y los correspondientes ceses.

En todo caso de cese en puesto de trabajo de libre designación es precisa, pues, la motivación a que venimos refiriéndonos. Y el cese en puesto de trabajo de libre designación desempeñado durante un periodo prolongado, por ejemplo, por más de un año, y no digamos ya en el caso del Sr. José, con un desempeño por más de 27 años, sin que conste episodio anómalo cualquiera, no hay duda que requiere si cabe una motivación más específica, precisa y de inequívoco significado racional.»

**Comentari:** la Sentència comentada és una més d'entre les quals ve dictant aquesta Sala —que modifiquen la doctrina anterior— en relació amb els cessaments per a llocs de treball de lliure designació i sobre la base de criteris que també són aplicables als nomenaments.

Els criteris jurisprudencials anteriors avalaven la possibilitat de cessar discrecionalment, amb la sola motivació de la pèrdua de confiança. Això sobre la base d'interpretar que tals nomenaments d'especial responsabilitat es fonamenten en la confiança, la qual cosa solament podia ser apreciada per l'autoritat que verificava el nomenament, a la vista de les circumstàncies que concorreguessin en el sol·licitant per arribar a ocupar el lloc, o per seguir exercint-ho; i si estimava que ja havia desaparegut aquesta confiança o s'havien perdut les circumstàncies anteriors, lliurement es podria decretar el cessament.

Ara, sense negar que el nomenament i cessament segueixen sent discrecionals, es remarca que en el procediment de lliure designació regeixen també els principis de mèrit i capacitat, per la qual cosa la decisió de nomenament i cessament ha d'estar lligat a tals principis. En la lliure designació, a diferència del concurs, en què estan taxats o predeterminats els motius que han de decidir el nomenament, l'Administració té reconeguda una àmplia llibertat per decidir, a la vista de les singulars circumstàncies existents en el lloc de la provisió del qual es tracti, quins són els fets i condicions que, des de la perspectiva dels interessos generals, resulten més idonis o convenients per al millor acompliment del lloc o per al cessament de qui ja no reuneix tals condicions. Però els principis de mèrit i capacitat no són aliens en la indagació de quin és el més idoni.

La «pèrdua de confiança» s'havia convertit en justificació que servia per a tot supòsit, i amb el qual habitualment es cessava els funcionaris nomenats per l'equip de govern anterior, de manera que la decisió no estava fonamentada en la millor opció per als interessos generals de conformitat amb els principis de mèrit i capacitat, sinó en la idea que els llocs de lliure designació havien de ser ocupats pels funcionaris afins als càrrecs polítics que dirigeixen el departament, per la qual cosa extingida aquesta afinitat pel canvi de govern procedia el cessament.

Sens dubte, la nova doctrina xoca amb la realitat de la pràctica habitual en el procés de nomenament i cessament d'aquests càrrecs de responsabilitat. Però precisament perquè són funcionaris de carrera qui els ocupen i, per això, estan subjectes als principis d'objectivitat, neutralitat i imparcialitat (art. 52 de la Llei 7/2007, de 12 d'abril), el criteri de l'afinitat política per al nomenament o pèrdua d'aquesta afinitat per al cessament no encaixa amb la configuració legal d'aquesta manera de provisió.

## *6. SENTÈNCIA NÚM. 485/2017, DE 8 DE NOVEMBRE. RECURS D'APEL·LACIÓ NÚM. 170/2017. Ponent: Sr. Socías Fuster. URBANISME. CADUCITAT DE LA DECLARACIÓ D'INTERÈS GENERAL PRÈVIA A LA LLICÈNCIA.*

**Resum dels fets:** obtinguda una declaració d'interès general per a la construcció d'una residència geriàtrica en sòl rústic en 2005, i després de concedir-se la llicència municipal d'obres en 2007, amb termini de 6 mesos per iniciar-les i de 24 per concloure-les, en 2011 encara no s'havien començat les obres.

El Consell Insular inicia expedient per a possible declaració de caducitat de l'autorització de declaració d'interès general concedida en 2005 i el conclou amb l'acord de la seva caducitat, que és el que s'impugna en via contenciosa administrativa. El recurrent al·legarà que la Llei 6/1997, de 8 de juliol, del sòl rústic de les Illes Balears, no preveu un altre supòsit de caducitat de la declaració d'interès general que no sigui el de no sol·licitar la llicència en termini, i aquest requisit sí es va complir, per la qual cosa no se'n pot acordar la caducitat.

**Fonamentació jurídica:** «Como punto de partida debe reconocerse que la Ley 6/1997 de Suelo Rústico no describe otro supuesto de declaración de caducidad de la declaración de interés general que el previsto en su art. 37,4º, esto es, que

no se solicite licencia municipal en el plazo de 6 meses computados desde la fecha de su notificación.

Precisado lo anterior, lo que se cuestiona es si una declaración de interés general, a la que le sigue solicitud de licencia formulada en plazo, constituye una autorización de vigencia indefinida por falta de precepto expreso que fije otro u otros supuestos de caducidad.

En este punto, debe negarse que las autorizaciones administrativas tengan una vigencia indefinida y en particular no la tienen las que comportan autorización que facultan la realización de actos de construcción o uso del suelo. [...]

Aclarado lo anterior, el verdadero núcleo litigioso no lo es tanto la determinación de si las autorizaciones caducan por el simple transcurso del tiempo aunque ello no lo prevea la Ley, porque ya hemos visto que el criterio jurisprudencial es que sí caducan, sino cuál es este plazo de caducidad. En este punto no se puede aceptar que el plazo de caducidad lo sea el general de 15 años previstos en el entonces vigente art. 1.964 del Código Civil, pues la extinción de la vigencia de las autorizaciones de uso del suelo responde a unos principios que no quedarían salvaguardados con este plazo quincenal.

Concretamente, la caducidad de los actos de autorización de construcciones viene determinada porque dichas autorizaciones no tienen carácter indefinido y no lo tienen, fundamentalmente, porque este carácter indefinido e inalterable tampoco lo tiene el planeamiento y la ordenación urbanística, de modo que si se permitiesen autorizaciones de vigencia indefinida, éstas se impondrían sobre el planeamiento, cuya eventual modificación futura nacería recortada. La caducidad de tales actos de autorización deriva de la consideración de tales permisos como aplicación y eficacia del planeamiento, no como instrumentos para imponerse sobre éste.

[...] una vez afirmado que sí es posible y que no sirve el plazo quincenal del Código Civil, el plazo no puede ser otro que el expresamente previsto para el acto administrativo consecuente a dicha declaración. Concretamente, cuando lo sea para la ejecución de obras, la caducidad de la declaración de interés general queda ligada a los plazos de caducidad de la licencia de obras. No es admisible que una vez caducada la licencia de obras posterior a la declaración de interés general (por superación de los plazos de inicio o finalización de las obras), esta declaración de interés general permanezca vigente».

**Comentari:** el problema jurídic deriva que la Llei del sòl rústic només preveu una causa de caducitat de la declaració d'interès general, però és natural que no pot ser l'única, doncs en cas contrari tal declaració suposaria una autorització de

caràcter indefinit i cap declaració no pot tenir aquest caràcter. Per tant, el veritable problema radica que, una vegada determinat que sí opera la caducitat, quin termini es fixa? La Sentència comentada, sense suport normatiu algun, estableix el termini que sembla més coherent i lògic: el legalment previst per a l'acte administratiu conseqüent a aquesta declaració.

**VI. Laboral**

**A. Tribunal Suprem**

*1. SENTÈNCIA NÚM. 689/2017, DE 19 DE SETEMBRE, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE DOCTRINA. Ponent: Sr. Sempere Navarro. CADUCITAT DE L'ACCIÓ D'ACOMIADAMENT. NO ÉS APRECIABLE CADUCITAT PER SUSPENSIÓ DEL TERMINI CORRESPONENT SI FOU PRESENTADA PAPERETA DE CONCILIACIÓ A L'OFICINA DE CORREUS.*

**Resum dels fets:** el demandant resulta acomiadat en el mes d'abril de 2012. Presentada papereta de conciliació el dia 23 de maig de 2012, el 15 de juny de 2012 es formalitza acta de conciliació administrativa, sense avinença. La papereta en realitat fou presentada a l'oficina de Correus de Trebujena el dia 18 de maig, però fou el dia 23 quan accedí al registre administratiu de la Conselleria de Treball, responsable de l'òrgan de conciliació que s'anomena CEMAC. Si es considera vàlida la presentació del dia 18 l'acció transcorre dins del termini legal de vint dies, però si es considera vàlida només en la data d'arribada a la Conselleria l'acció hauria caducat per superació del termini legal. El Jutjat d'instància declara la caducitat. També declara la caducitat la Sala Social del TSJ d'Andalucia/Sevilla, en Sentència de 4 de desembre de 2014, adduint que no és legalment admissible la presentació del que anomena un «escrit judicial» a l'oficina de Correus. La defensa del treballador presenta recurs de cassació per a unificació de doctrina, tot invocant com a sentència —cas curiós— una sentència precedent de la mateixa Sala Social de Sevilla de 20 d'abril de 2012.

El TS estima el recurs del treballador i accepta com a bona la «primera» doctrina de la Sala Social del TSJ d'Andalucia/Sevilla. Però ho fa sota la menció expressa que l'òrgan de conciliació es trobi sota la plena organització administrativa d'un departament de l'Administració autonòmica (cas segurament prou diferent del funcionament del TAMIB a les Illes Balears, que és entitat «amb personalitat jurídica pròpia», segons el seu estatut fundacional que resulta d'un Acord sobre matèria concreta de l'art. 83.3 ET).

**Fonamentació jurídica:** «CUARTO. Resolución. 1. Recapitulación de nuestra doctrina. […] A) Cuando se cuestiona la idoneidad del órgano ante el que se

presenta el escrito preprocesal instando la conciliación hemos advertido que ha de hacerse con arreglo a la legislación administrativa.

De ahí la validez del escrito presentado ante un órgano autonómico cuando el servicio de conciliación administrativa está transferido y de ahí también que el plazo de caducidad para demandar por despido quede suspendido desde el mismo momento en que se interpone la papeleta de conciliación en la oficina postal constando fehacientemente la fecha de ello.

El ciudadano no debe verse privado de las garantías o facilidades que se anudan a la presentación de escritos dirigidos a la Administración aunque se trate de uno que posee carácter preprocesal.

B) La inserción del procedimiento administrativo de conciliación en el proceso laboral justifica el juego simultáneo de bloques normativos diversos.

Nuestra doctrina descarta la filiación puramente administrativa o puramente procesal del trámite de conciliación. Los problemas que se han suscitado no han encontrado su solución postulando el carácter estrictamente administrativo del requisito y, por tanto, la exclusiva validez de las previsiones contenidas en el bloque administrativo correspondiente. Tampoco, pese a venir exigida en una norma procesal, la solución ha estado en la exclusiva validez de las previsiones contenidas en la Ley de Procedimiento Laboral.

La mixtura ontológica de la preceptiva conciliación administrativa que analizamos explica que se permita la presentación del escrito inicial con arreglo a la legislación propia del procedimiento administrativo pero con los efectos previstos en la regulación procesal. La singular naturaleza de la conciliación administrativa así lo exige.

[…]

C) La proyección de garantías procesales no desvirtúa la naturaleza híbrida de la conciliación.

No solo operan respecto de la conciliación los efectos específicamente previstos para ella en las leyes procesales, como la limitación del tiempo durante el cual queda suspendido el plazo de caducidad en la acción de despido, sino que su naturaleza preprocesal inclina a extenderle algunas de las garantías propias del acceso a la jurisdicción, puesto que también está en juego la tutela judicial.

Así, cuando nuestra doctrina proyecta la garantía del art. 135 LEC sobre la conciliación no lo hace porque entienda que el trámite ha perdido su carácter administrativo, sino porque, manteniéndolo, estamos ante una cuestión afectante al acceso a la jurisdicción y debe operar la regla específica que lo facilita.

D) Especificidad del trámite. Por más que ello pueda comportar ciertas dudas (como las resueltas a través de las sentencias de unificación de doctrina examinadas, o la presente) nos encontramos ante una institución híbrida, que obliga a armonizar reglas propias del procedimiento administrativo con previsiones de carácter procesal. Como hemos afirmado, este trámite preprocesal se presenta al intérprete jurídico "profundamente impregnado de principios y valores procesales de características propias"».

**Comentari:** la Sentència fa una mica de jocs malabars, amb una argumentació que voreja constantment les eines del procediment administratiu conjugades amb la demanda suprema de tutela processal *pro actione* en la dinàmica del procés laboral. Així que enlaira d'aquesta manera una tesi d'«impregnació» que esdevé d'una «mixtura ontològica». Tot i que la solució final ens complau per satisfer una òptica *pro actione* no deixem de constatar que arguments tan impregnats de «mixtura» poden donar llum a interpretacions menys segures per a la tutela judicial efectiva. De fet, la Sentència no s'està de traslladar antecedents (fonament tercer: doctrina de la Sala) que traspuen una certa ziga-zaga de variabilitat en la consideració de la doctrina de Sala. Entre altres grops, recordem el que hem dit a tall de presentació. La doctrina que convalida la suspensió del termini de caducitat per mèrit de la presentació a una oficina de Correus no resulta *prima facie* aplicable al cas de les Illes Balears: l'òrgan de conciliació no està inserit en una organització «purament» administrativa.

## *2. SENTÈNCIA NÚM. 700/2017, DE 21 DE SETEMBRE, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE DOCTRINA. Ponent: Sra. Calvo Ibarlucea. EXTINCIÓ DEL CONTRACTE DE TREBALL PER CAUSES OBJECTIVES. NO QUALIFICABLE DE NUL·LITAT PER TRACTAR-SE DE ABSÈNCIES JUSTIFICATIVES D'ACOMIADAMENT «OBJECTIU» QUE SÓN DEGUDES A BAIXA PER MALALTIA. LA BAIXA PER AQUESTA CONDICIÓ DE MALALTIA NO ENLAIRA UNA CAUSA DE DISCRIMINACIÓ EN EL SENTIT DE LA DIRECTIVA 2000/78.*

**Resum dels fets:** la treballadora, que prestava serveis a una important factoria d'automòbils, fou subjecte d'un acomiadament «per causa objectiva». Les raons

aportades en la carta de comiat es referien al número taxat per llei d'absències per malaltia que configuren la causa extintiva de l'art. 52.d) ET. Els diagnòstics de les malalties eren de «dolor en trapezi» (febrer), «bronquitis i sinusitis» (abril), «gastroenteritis» (octubre) i «pèrdua de coneixement amb vòmits» (novembre, tot en el mateix any). La treballadora va interposar demanda, al·legant la nul·litat de l'acomiadament per discriminació basada en el fet de les diverses malalties. El Jutjat va refusar la pretensió, però en el grau de suplicació la Sala Social del TSJ de Galícia sí que va apreciar la nul·litat per discriminació «per considerar a l'actora afectada de discapacitat». L'empresa formula recurs de cassació/unificació de doctrina, adduint per a la seva pretensió defensiva Sentència del TSJ de Catalunya de 15 de maig de 2014. El TS estima aquest darrer recurs i sentencia que no hi ha discriminació que valgui. Es fonamenta en una recapitulació que fa de la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

**Fonamentació jurídica:** «SEGUNDO. […] En cuanto a la respuesta acerca de si cabe considerar la enfermedad como un motivo que se añada a los recogidos en la Directiva 2000/78, el TJCE responde:

1º.- que ninguna disposición del Tratado de la CE prohíbe la discriminación por motivos de enfermedad "en cuanto tal" (54).

21.- que la enfermedad "en cuanto tal" no puede considerarse como un motivo que pueda añadirse a los ya recogidos (57).

A juicio de esta Sala, la dicción de "la enfermedad en cuanto tal" o sea considerada únicamente y de forma abstracta como enfermedad, no entra dentro de los motivos de discriminación, pero ello no obsta a que la enfermedad que comporte una discapacidad a largo plazo, esté ya incluida como discapacidad y por tanto protegida por la Directiva.

En las sentencias posteriores —ara el Tribunal Suprem el que recopila—, ambas de 11-4-2013 (asuntos 335 y c 337-2011, Ring) al efectuar una interpretación de la Directiva 2000/78 acorde con la Convención de la ONU ratificada por la UE mediante la decisión de 26-11-2009, se llega a varias conclusiones relacionadas con el contenido de la sentencia de 11-7-2006 (asunto Chacón Navas), para concretar que, manteniendo el concepto de discapacidad, ésta deberá mantenerse a largo plazo y que al igual que en aquella sentencia, la enfermedad "en cuanto tal" no constituye un motivo que venga a añadirse a otros respecto a los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación.

La citada Convención reconoce en su considerando e) que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Así, el artículo 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

La STJUE de 11-4-2013 siguiendo la pauta establecida por la citada Convención y las consideraciones vertidas en los apartados 28 a 32 de la sentencia, señala que “el concepto de ‘discapacidad’ debe entenderse en el sentido de que se refiere a una limitación, derivada en particular de dolencias físicas o mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores”.

Prosigue afirmando que: “41. Por consiguiente, procede estimar que, si una enfermedad curable o incurable acarrea una limitación, deriva en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede estar incluida en el concepto de ‘discapacidad’ en el sentido de la Directiva 2000/78.

42. En cambio, una enfermedad que no suponga una limitación de esta índole no estará comprendida en el concepto de «discapacidad» en el sentido de la Directiva 2000/78. En efecto, la enfermedad en cuanto tal no puede considerarse un motivo que venga a añadirse a aquellos otros motivos en relación con los cuales la Directiva 2000/78 prohíbe toda discriminación (véase la sentencia Chacón Navas, antes citada, apartado 57)”.»

**Comentari:** una vegada més el meu comentari es referirà a la influència, sovint positiva, dels anomenats «gran relats» (en aquest cas la Directiva 2000/78). Per cert, ja em vaig referir en aquesta secció de la *Revista* de l’edició de l’any passat, a la transcendental tasca que implica la compilació i revisió constant de la jurisprudència europea, sobretot en matèria de directives, com llavors ja comentava

«[...] d'eficàcia molt més inestable per allò de la vinculació "directa", rarament acceptada, o de la interpretació "conforme", que dóna més joc a tribunals interns en tot cas que siguin receptius i no gasius) [...].»

En el cas estudiat, és evident que no col·labora en absolut a la tesi de la «discriminació», acceptada per la Sala Social del TSJ de Catalunya, el fet que les malalties justificades pel seu diagnòstic siguin tan disperses, fugisseres i fins i tot susceptibles d'«estratègies absentistes» com ho són el «dolor en trapezi» del mes de febrer, una «sinusitis» del mes d'abril, o una «pèrdua de coneixement amb vòmits» del mes de novembre (no és el cas de la «gastroenteritis», que és un episodi d'indiscutible poder per tal d'influir una absència completament irrevocable. Ben altra seria el meu comentari, i qui sap si la sentència definitiva de cassació, si es tractés d'una sola malaltia, constant i persistent, inhabilitant amb efectes perennes o de perennitat presumible, en el qual cas ja es pot defensar que "malaltia" en tals casos equival a "discapacitat que interactua amb diverses barreres" (tal com ho diu el TJUE). Es tracta d'un debat no del tot resolt, evidentment denotat pel fet que la clàusula oberta de l'art. 14 CE («[...] o qualsevol altra condició o circumstància personal o social») podria incorporar per assimilació a les condicions taxatives de discriminació (del naixement fins a l'«opinió») la malaltia amb calçador, però més probablement la «discapacitat»; així com també ho denota i demostra, com ja està succeint, que el Tribunal de la Unió Europea no contempla la malaltia com una causa de discriminació, però sí que accepta la «discapacitat», mitjançant una certa perífrasi conceptual: Malgrat que el concepte «discapacitat» ex Directiva 2007 no es troba definit en ella, però els drets de les persones «amb discapacitat» es troben redefinits en la Decisió 2010/48/CE del Consell, i amb caràcter autònom i uniforme pel dret de la Unió Europea el nou concepte queda assimilat com a causa de discriminació si ens trobem davant una malaltia diagnosticada, curable o incurable, quan li sigui inherent una limitació de llarga duració que, interactuant amb diverses barreres, pugui impedir o dificultar la participació plena de la persona a la vida professional «en igualtat de condicions amb la resta de treballadors». Ara bé, com tothom reconeix, cada sentència del TJUE posterior a la «Chacón Navas» de 2006 ve introduint matisacions i modulacions.

**B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears**

*1. SENTÈNCIA NÚM. 78/2017, DE 14 DE MARÇ, DICTADA EN EL RECURS DE SUPLICACIÓ NÚM. 413/2016. Ponent: Sr. Oliver Reus. RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA EN MATÈRIA D'INCAPACITAT PERMANENT QUE FOU CONSENTIDA AL NO FORMULAR LA RECLAMACIÓ PRÈVIA PRECEPTIVA. POSTERIOR SOL·LICITUD DE REINICI DE LES ACTUACIONS PER TAL DE REVISAR LA DECISIÓ DE FONS. DENEGACIÓ JUDICIAL D'EXAMINAR EL FONS DE L'ASSUMPTE PER CAUSA D'EXIGIR FORMULACIÓ EXPRESSA DE RECLAMACIÓ PRÈVIA, AMB L'ÚNICA POSSIBILITAT DE TORNAR A INSTRUIR NOU EXPEDIENT DE CAP A PEUS I DICTAR NOVA RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA. LA SALA DE SUPLICACIÓ DESMENT AQUESTA TESI DEL JUTJAT D'INSTÀNCIA, PROCLAMA QUE LA SOL·LICITUD DE REINICI OPERA COM AQUELLA RECLAMACIÓ PRÈVIA DESCURADA EN EL SEU DIA, I QUE ES POSSIBILITA L'EXAMEN DEL FONS DE L'ASSUMPTE, D'EXISTÈNCIA O NO D'INCAPACITAT, AMB EFECTES ECONÒMICS NATURALMENT LIMITATS A LA DATA DE TRES MESOS ANTERIORS A LA MANIOBRA DE SUBSANACIÓ A TRAVÉS DE SOL·LICITUD DE REINICI.*

**Resum dels fets:** amb la lectura de l'encapçalament ja es pot veure clarament quina era la situació de fet. La demandant havia rebut resolució de l'INSS, de data 14 de gener de 2014, denegatòria de prestacions d'Incapacitat Permanent, amb un quadre clínic residual d'«osteoma osteoide metafisis húmero izquierdo intervenido quirúrgicamente». No va interposar reclamació prèvia administrativa en el termini legal. Cinc mesos més tard de la resolució passa a sol·licitar reinici de l'expedient per tal d'obtenir una reconsideració de la resolució. L'INSS denega una tal reconsideració i pretén que cal tornar a instruir un nou expedient administratiu de cap a peus, amb nova resolució i posterior efectes consecutius. Almenys, així es desprèn dels elaborats fonaments de dret de la Sentència de Suplicació, encara que no es veu tan clar si ens atenem als fets provats de la sentència d'instància. Resultat de la Sentència de Suplicació: era obligat dictar immediata resolució sobre el fons, i essent prou il·lustrativa la situació fàctica amb què compta el Tribunal de Suplicació, examina el fons de la pretensió i reconeix situació d'Incapacitat Permanent, limitant la percepció de la prestació a dates posteriors, val dir tres mesos abans d'haver demanat la reconsideració, nominalment el «reinici»

d'actuacions en el punt en què es trobaven quan no fou entaulada reclamació prèvia administrativa.

**Fonamentació jurídica: «**PRIMERO. [...] La sentencia recurrida viene a apreciar sin decirlo la excepción de falta de reclamación previa, pues entiende que al no haberse formulado reclamación previa contra la resolución administrativa dentro del plazo legalmente establecido y haberse solicitado posteriormente el reinicio del expediente entiende que lo procedente era, en su caso, condenar a la entidad gestora a iniciar el expediente de incapacidad permanente, pero no dejar sin efecto un acto administrativo firme por la propia inactividad de la parte actora.

Además, aunque se advierte (por el juez de instancia) que la cuestión no tiene mayor trascendencia práctica al no poder estimarse la demanda por las razones expuestas, se declara que nada de lo actuado permite desvirtuar el dictamen propuesta del EVI. Debe advertirse que esta declaración es del todo improcedente, porque sin resolver la cuestión y remitiendo a la parte al planteamiento de una nueva reclamación previa solicitando el reinicio del expediente se entra, no obstante, en la cuestión de fondo, condicionando la eventual resolución administrativa. [...]

TERCERO. [...] Se sostiene que la decisión adoptada por el juez de instancia supone una total indefensión y penuria para el administrado, sosteniendo que la no presentación de reclamación previa dentro del plazo de 30 días no conlleva la caducidad del derecho subjetivo del administrado, pero sí la necesidad de reiniciar la vía administrativa formulando nueva petición a la entidad gestora para que dicte resolución y eso es lo que se hizo, debiendo resolverse sobre si corresponde o no la declaración de incapacidad permanente solicitada.

Ciertamente, el juez incurre en evidente error al considerar que lo que debió postularse en la demanda era que se reiniciase el expediente administrativo, pero no dejar sin efecto un acto administrativo firme por no haberse planteado reclamación previa contra el mismo.

Como ha declarado de manera reiterada el Tribunal Supremo, entre otras la de 17 de enero de 2017 (RCUD 3393), en la que se cita las de 2 de marzo de 2016 (rcud. 995/2015), 4 de mayo de 2016 (rcud. 732/2015), 1 de junio de 2016 (rcud. 1821/2015), 7 de junio de 2016 (rcud. 555/2016) y 18 de octubre de 2016 (rcud. 2165/2015), con cita de las sentencias de 16 de diciembre de 2015 (rcud. 441/2015) y de 15 de octubre 2015 (rcud. 3852/2014), "Como se ha establecido en las SSTS/IV 15-junio-2015 (rcud. 2766/2014, Pleno) y 15-junio-2015 (rcud. 2648/2014, Pleno), cuya doctrina, —seguida, entre otras, por las SSTS/IV 14-septiembre-2015 (rcud. 3775/2014), 15-septiembre-2015 (rcud. 3477/2014), 15-septiembre-2015 (rcud. 86/2015) *conforme a muy pacífica*

*doctrina de la Sala, el defectuoso agotamiento de la vía administrativa previa en materia de prestaciones de Seguridad Social, por inobservancia del plazo de treinta días que establece el art. 71.2. 71.2 LRJS [antes, el art. 71.2 LPL (RCL 1995, 1144 y 1563)], no afecta al derecho material controvertido y no supone prescripción alguna, sino que únicamente comporta la caducidad en la instancia y la correlativa pérdida del trámite, por lo que tal defecto no resulta obstáculo para el nuevo ejercicio de la acción, siempre que la misma no estuviese ya afectada por el instituto de las referidas prescripción o caducidad*. […]

No habiendo transcurrido el plazo de prescripción del derecho el único efecto de no haber planteado reclamación previa dentro del plazo legalmente establecido y solicitar en un momento posterior al reinicio de actuaciones mediante nueva reclamación previa es que los efectos económicos, conforme a lo establecido en el artículo 43 LGSS, no se retrotraen más allá de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud de reinicio.

Por tanto, el hecho de no haber formulado reclamación previa dentro del plazo establecido contra la resolución administrativa denegatoria de la existencia de incapacidad permanente en grado alguno no impedía a la demandante reiniciar la vía administrativa mediante nueva reclamación previa, lo que efectivamente llevó a cabo mediante el escrito de fecha 28 de octubre de 2014 obrante a los folios 36 a 38, presentado el 31 de octubre de 2014. No encontramos en autos la solicitud de 24 de junio de 2014 a la que se hace referencia en el hecho probado segundo, pero a la vista de la fecha en que se dice resuelta, la solicitud de reinicio que determina la fecha de efectos económicos es la de 28 de octubre de 2014.

Tratándose de un reinicio y no de una nueva solicitud, debía tomarse en consideración la misma situación patológica y el mismo hecho causante. No era necesario llevar a cabo nuevas actuaciones administrativas ni para determinar la profesión habitual, ni el período cotizado, ni la situación patológica, aunque nada impedía a la entidad gestora llevar a cabo las comprobaciones complementarias que tuviera por conveniente.

Además, esa solicitud fue contestada mediante resolución de 4 de noviembre de 2013 y aunque no hubiera sido así, transcurrido el plazo de 45 días establecido en el artículo 71.5 LRJS, quedó expedita la vía jurisdiccional, que no quedaba limitada al derecho a solicitar el reinicio de actuaciones que ya había sido solicitado mediante nueva reclamación previa contra la resolución administrativa en la que se le denegó la incapacidad permanente, siendo esto lo que cabalmente constituye el objeto del presente procedimiento.»

**Comentari:** el pes mort dels mecanismes procedimentals administratius que perllongaren una mecànica «clàssica» durant anys i panys sovint ens pot conduir

encara a pretèrites concepcions, avui caduques. La rutina ens feia presoners d'un *modus operandi* clàssic que si més no ha passat per modificacions interessants arran de la Llei 39/2015, del procediment administratiu comú de les administracions públiques i de la precedent Llei 36/2011, reguladora de la jurisdicció social (LRJS). L'anomenat «reinici» d'actuacions davant les entitats gestores quan l'interessat havia consentit una resolució que passava a ser ferma en realitat va esdevenir d'una construcció jurisprudencial «clàssica» del Tribunal Suprem molt anterior —parlem de dècades— a les noves regulacions. I tots estàvem acostumats que era «viable» reiniciar actuacions sempre que el dret material no hagués prescrit... i que tal «reinici» en realitat conduïa a dictar nova resolució, susceptible de nova i específica «reclamació prèvia» antecedent d'una demanda jurisdiccional. En aquest miratge encara persistent radica la posició de l'INSS —menys justificada que la d'un particular, com és obvi—. Però el nou disseny de l'art. 71 LRJS que ja compta amb sis anys de vigència pressuposa un principi *pro actione* molt més definit i àgil. I això és el que resulta meridianament explicat en la Sentència del comentari.

**C. Jutjats socials**

*1. SENTÈNCIA NÚM. 31/2017, DE 6 DE FEBRER, DICTADA EN EL PROCEDIMENT «SANCIONS» 478/2016 DEL JUTJAT SOCIAL NÚM. 1 DE PALMA. Ponent: Sra. Ramos Monserrat (jutgessa substituta del Jutjat de Reforç). DRET FONAMENTAL A LA LLIBERTAT RELIGIOSA. VULNERACIÓ PER PART DE L'EMPRESA QUE PRETÉN EXCLOURE EL* HIYAB*, CARACTERITZAT SOCIALMENT COM EL «VEL ISLÀMIC» DE LA DONA DE CONFESSIÓ MUSULMANA. INCIDÈNCIA DE LES NORMES D'UNIFORMITAT DEL PERSONAL QUE L'EMPRESA ESTÀ EN CONDICIONS D'EXIGIR, EN CORRELAT, PER LA SALVAGUARDA DEL DRET FONAMENTAL, DE L'EXISTÈNCIA PRÈVIA DE PLANS CONEGUTS I PÚBLICS DE FACTURA EMPRESARIAL ADREÇATS A GARANTIR EL RESPECTE A UNA PRAXIS DE NEUTRALITAT RELIGIOSA O INDIFERENCIACIÓ, TANT PER A OPINIONS COM PER A IDEES CONFESSIONALS I ACONFESSIONALS.*

**Resum dels fets:** la demandant treballa en una activitat de cara al públic (atenció al passatger en una empresa de *handling* aeroportuari. El «Manual operatiu» del departament de servei al passatger emplaça el personal a lluir

l'uniforme en perfecte estat, maquillatge discret en el cas de les dones, bigot i barba discret i acurat en el cas dels homes. La uniformitat no inclou, si ens atenem a l'Estat espanyol, cap ornament o barret destinat al cap de la persona, i consta de la roba habitual de tota persona activa en un marc laboral de relació humana, amb «logo» o senya identificativa. Però resulta, i pot ser fonamental per a una decisió cabal i satisfactòria, que l'Empresa —planetària— ha reconegut i defensat en pla ortodox, en el mateix procés per sancions laborals del nostre comentari, que la uniformitat exigida a les dones treballadores en igual activitat o consemblant del Estats islàmics i països de predomini de la religió musulmana incorpora un *hiyab*, de forma que el «mocador pel cap» que aquí ni es menciona positivament o negativament en el protocol d'Empresa en canvi resulta obligatori a les contrades de religiositat muslim. Per tornar al cas individual, la Sentència recull tot un reguitzell de requeriments d'empresa en el sentit que es deixés el mocador a casa seva, tot invocant que el catàleg d'uniformitat no l'inclou, requeriments als quals l'afectada ha contestat obertament que continuaria fent ús de la peça de la discòrdia, tot i que sol·licita formalment autorització per continuar en el seu costum o hàbit, que declara de matriu religiosa. El Comitè d'Empresa va declinar sotmetre a votació una proposta de carta sobre llibertat religiosa. L'Oficina de Solidaritat del Moviment contra la Intolerància recolza la treballadora i aconsegueix àmplia repercussió social. L'empresa va imposar en el curs de vint dies cinc sancions progressives, de menor a major, per faltes contra el deure d'obediència, sense arribar a l'acomiadament que seria la culminació de la seqüència de sancions. Totes les demandes contra les sancions per qüestionant violació del dret fonamental a la llibertat religiosa s'acumulen en un sol procediment del Jutjat Social núm. 1 (de Reforç). És prou interessant subratllar que l'Empresa va mostrar un grau de lleialtat personal més que notable, quan accedí a subscriure, en incident de mesures cautelars, un acord de paralització d'efectes agreujats i progressius de nova i definitiva sanció màxima, a més de reconèixer una situació transitòria de permís indefinit i retribuït fins al dictat de sentència judicial. La Sentència declara la transgressió del dret fonamental a la llibertat religiosa. No fou recorreguda en suplicació, i ha quedat ferma. Ningú no sap si s'hauria plantejat recurs en el cas que altres dues sentències del TJUE conegudes tres dies més tard de la data de fermesa, a les quals ens referirem en el comentari, hagin sembrat un poc més de confusió, com veureu si teniu la paciència de llegir el comentari. D'altra banda, el comentarista es confessa preocupat per la noció invasiva que traspuen determinades resolucions més modernes del TJUE arran de la pregonada prevalença de la «tradició cultural de l'Europa occidental-

cristiana». Aquesta concepció podria entrar en contraposició oberta amb un concepte ecumènic dels drets universals de la persona, tant si ostenta una concepció ètica «occidental» i «cristiana», com si pregona valors més enllà de qualsevol tradició secular (*ius cogens*).

**Fonamentació jurídica:** «TERCERO. […] La empresa no ha invocado una política de neutralidad religiosa, ni cualquier otro motivo que tuviera que ver con el modo de expresión de la creencia religiosa de la trabajadora o con la seguridad, alega simplemente que sus empleados en el departamento de atención al pasajero deben cumplir las normas de uniformidad que no permiten hacer uso de prendas o elementos distintos de los que ella misma proporciona, en defensa de una buena imagen corporativa; No ha invocado ni concretado, como ya se ha apuntado, perjuicio alguno. La trabajadora, frente a los argumentos de la empresa, sostiene que está siendo discriminada pues otros trabajadores pueden exhibir cruces y vírgenes colgadas y visibles, sin ser sancionados, además de los trabajadores que no hacen un uso riguroso del uniforme portando bolsos y zapatos no reglamentarios o mostrando un aspecto descuidado, con piercings o con tatuajes.

[…]

La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, surgida del entonces artículo 13 del TCE, identifica en su artículo 1º su objeto en el establecimiento de un "marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en el ámbito del empleo y la ocupación, con el fin de que en los Estados miembros se aplique el principio de igualdad de trato", ciñendo su ámbito de aplicación en su artículo 3 a todas las personas, con respecto tanto al sector público como al privado, en relación, entre otros asuntos, a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración.

CUARTO. […] Ciertamente se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en el ámbito de las relaciones laborales, en el sentido de que, en particular, un cambio puramente fáctico —el de las ideas o creencias religiosas del trabajador— en cuanto que manifestación de una libertad constitucionalmente garantizada, no puede provocar la modificación del contrato de trabajo suscrito (STC 19/85, de 13 de febrero). Y en esta línea se dirigen algunas sentencias invocadas por la empresa como la STSJ País Vasco, Sala Social, 1760/2013 de 15/10, referida a un supuesto de ausencias del trabajo antes de hora los viernes e indica textualmente que "el demandante asumió una jornada al contratarse y luego la pretendió modificar de

propia mano, no asumiéndolo la empresa que sanciona, reitera la orden de mantener el horarios los viernes y advierte de consecuencias de futuras sanciones de persistir en las vías de hecho los siguientes viernes. El demandante mantiene la conducta en los sucesivos pese a los cuatro requerimientos empresariales previos al despido, sin siquiera acudir a la jurisdicción en su caso para obtener el cambio de jornada"; también la STSJ Comunidad Valenciana, 3421/2000 de 11/09 en relación a ausencias de trabajo, o la nº 1675/1997 de 24/06.

Pero en este caso, la trabajadora no pretende imponer una modificación en su jornada u horario de trabajo, y no cabe estimar que su pretensión altere el contenido de su contrato, teniendo en cuenta además que en relación a la uniformidad en las normas a que pudieron acceder los trabajadores no se recoge la prohibición del uso del velo, ni se indica nada que apunte a dicha prohibición.

El artículo 4 de la Directiva 2000/78/CE, apartado primero, prevé que "no obstante lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado". Ahora bien, en este caso, no existe en la empresa una norma interna prohibitiva de símbolos religiosos ni posicionamiento alguno al respecto.»

**Comentari:** l'objecte de la Directiva 2000/78/CE, article 1, és el d'establir un marc general per lluitar contra la discriminació per motius de religió en l'àmbit de l'ocupació, amb la finalitat que en els Estats membres s'apliqui el principi de la igualtat de tracte. El problema espinós, que no té una resolució unívoca ni menys fiable, és que cal determinar en cada cas concret si, en paraules del TJUE, «una activitat professional concreta o el context en el qual es desenvolupa fan meritar un requisit professional essencial i determinant, obeint a un objectiu legítim i proporcionat», capaç de fer front a les exigències de la llibertat religiosa. Un cas evident, no hi ha discussió al respecte, seria el de les empreses «de tendència» incompatible amb l'ostentació de simbologia religiosa determinada (imagineu que una persona portadora del «vel islàmic» es procura un treball en una associació que vol promoure l'imperi temporal del Papat en tot el món... no lligaria). Quan es tracta d'imperatius més roïns (per exemple, queixes i disgust de la clientela, vertader o tal volta provocat), un exemple canònic pel que fa a les sentències del TJUE, la cosa és

molt tèrbola. Valguin d'exemple les deu darreres sentències, tan recents, dels assumptes Bougnaoui i Achbita, que han acabat per embolicar la troca del tot. En la nostra opinió ni aquestes dues sentències del Tribunal Europeu ni les precedents, ni fixen, ni aclareixen, ni escaten la qüestió. Més aviat obrin el debat i es remeten a la valoració dels tribunals nacionals, al casos i les seves circumstàncies concretes. Típic cas d'inseguretat doctrinal i de jurisprudència d'«interessos», abans que una jurisprudència llampant i definida «de valors». La inevitable casuística múltiple i variada obliga a considerar els professionals que un element fàctic aparentment insignificant pot resultar determinant. Els dos casos citats, de les sentències europees que van sortir a rotllo després de la comentada aquí, del jutjat d'instància de Palma) comptaven sobre la taula del Tribunal Europeu amb dos informes prou discordants, realitzats per les respectives advocades generals Sharpston i Kokott. La lletrada defensora del cas comentat expressament s'hi va referir en el tràmit de conclusions, per ressaltar que no guardaven semblança real amb el cas concret de l'empresa demandada, que no acredita una política de neutralitat religiosa. Les sentències europees ni tanquen ni delimiten amb rotunditat la qüestió. Certament refereixen que una norma interna empresarial de neutralitat podria significar una no discriminació si tal norma interna connecta amb un tret determinant essència de la relació de treball i que la mesura sigui proporcional i adequada. Sempre elements que han de ser adequats al cas concret. Finalment, s'ha de significar que hi ha notes aromàtiques, apuntades al menys en una de les sentències europees, que guaitarien cap a una possible discriminació indirecta (per raó del gènere femení, que detecta una presència del vel islàmic exclusivament en la dona) d'aqueixa política de neutralitat segons les circumstàncies que s'han de ponderar en conjunt (activitat de l'empresa, tasques concretes, interès patronal, etc.).

(amb aportacions de Margarita Montaner, en el glossari final)

rjib16

# ACTIVITAT REGISTRAL

## Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat (gener 2017-desembre 2017)

*Antoni Canals Prats*

Registrador de la Propietat

*1. RESOLUCIÓ DE 23 D'OCTUBRE DE 2017. SUBSTITUCIÓ VULGAR: LIMITACIÓ QUAN AFECTA A LEGITIMARIS.*

**Resum dels fets:** la Sra. A. T. R., va morir en estat de soltera deixant quatre fills, anomenats Sra. R., Sra. F., Sr. J., i Sr. M. T. R. En l'últim testament la causant va disposar la seva herència de la manera següent: va llegar a la seva filla Sra. F., el que per llegítima estricta li correspongui, substituint-la pels seus respectius descendents, i va instituir hereus universals per parts iguals els altres tres fills, Sra. R., Sr. J., i Sr. M. T. R., que seran substituïts pels seus respectius descendents i en absència d'aquests, amb dret d'acréixer entre ells. Per escriptura atorgada en Fuengirola, es van atorgar les corresponents operacions particionales, i amb el nombre anterior de protocol, la legatària de la llegítima estricta Sra. F., «renuncia y repudia pura y simplemente a la herencia de su madre doña A. T. R., sea testada o intestada».

Presentada al Registre, no es va practicar la inscripció, per quant ha d'acreditar-se la inexistència de descendents de la legatària renunciant, atesa la substitució ordenada en el testament. Renúncia de la legatària de la llegítima estricta que determina la crida al llegat dels seus descendents, segons el tenor literal del testament que, com es desprèn de l'art. 675 Cc, constitueix la llei de la successió, havent de concórrer a la partició (art. 1058 Cc); tot això, en tant no recaigui una resolució judicial declarant la nul·litat de la clàusula testamentaria controvertida.

El recurrent al·lega que no cap la imposició de gravamen sobre la llegítima, ja que les llegítimes no es poden gravar amb substitució de cap classe, per la qual cosa no cal establir substitució vulgar a favor d'un estrany no legitimari quan concorri en la successió amb altres legitimaris, per la qual cosa, la clàusula és nul·la. Afegeix, que qui renuncia ho fa per a si i per a la seva estirp i que el dret de representació no juga en cas de renúncia de l'instituït, de manera que si el fill repudia l'herència del pare, els seus descendents no són legitimaris en l'herència de l'avi, així és que els descendents del repudiant no tenen la condició de legitimaris. Per això, si s'admetés la substitució vulgar en favor seu, s'estaria atribuint part de la llegítima a algú que no té la condició de legitimari.

**Fonamentació jurídica:** la Resolució de 26 de setembre de 2014, va assenyalar que l'art. 813 Cc imposa com a límit al testador no imposar sobre la llegítima substitució de cap naturalesa. Però aquest precepte s'ha d'interpretar en funció de les diferents modalitats de substitucions, de manera que l'important és respectar la finalitat de la norma de «no perjudicar» els drets dels legitimaris. Així, en el cas de les substitucions fideïcomissàries, no hi ha dubte que la prohibició

regeix plenament. Per contra, la prohibició no s'imposa a la pupil·lar i exemplar, doncs més que una substitució es tracta de la designació d'hereu feta per comissari (l'ascendent que designa hereu el descendent). En el cas de la substitució vulgar tampoc s'atempta contra la llegítima del legitimari substituït, ja que precisament es preveu per al cas que no arribi a ser-ho. Ara bé, com adverteix part de la doctrina, sí que pot atemptar la substitució vulgar d'un legitimari contra la llegítima dels altres cohereus forçosos. També seria impugnable la substitució vulgar quan tractés d'impedir que la premoriència d'un legitimari donés lloc al fet que acreixés la llegítima dels seus colegitimaris, tal com ocorre sempre en cas de repudiació segons l'art. 985-II Cc.

Sent la llegítima en dret comú una *pars bonorum* l'atribució individual als legitimaris de la qual ve determinada pel quocient o divisor de nombre de legitimaris existents en la successió, la renúncia d'un d'ells suposa que no hagi arribat a ser legitimari en cap moment (art. 989 Cc), per la qual cosa «no fa nombre» a l'efecte de tenir-ho en compte en el divisor per calcular la llegítima individual, de conformitat amb l'art. 985-II que disposa que «Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer».

Això implica, que l'admissió de la crida als substituts vulgars del legitimari que repudia l'herència (o el llegat) suposaria un perjudici de la llegítima dels colegitimaris del renunciant, i en aquest sentit aquest efecte entraria dins de la norma de prohibició de disposicions testamentàries que siguin un gravamen o limitació de la llegítima estricta (art. 813-II Cc); tesi sostinguda per la Sentència del Tribunal Suprem de 10 de juliol de 2003 i la Sentència de l'Audiència Provincial de las Palmas (Secció Cinquena), núm. 114/2007, de 29 de març.

Res no impedeix, que es produeixi una substitució vulgar en el llegat ordenat als néts. Però el bé serà rebut pels fills del renunciant en concepte diferent de llegítima. Si excedeix del seu valor del còmput ideal de la mateixa, podrà ser-ho en concepte de millora, si així s'hagués ordenat, o en un altre cas, podrà imputar-se al terç de lliure disposició, i en defecte d'això, a la part no disposada expressament del terç de millora. Per això, la substitució vulgar d'un hereu forçós només és possible en relació amb el terç de lliure disposició, o per millorar a algun legitimari, o bé quan els substituts són els mateixos colegitimaris del renunciant i els substituts són els seus fills, o en cas de no tenir-los, els seus ascendents.

En el cas d'aquest expedient, la porció que adquiririen hipotèticament els substituts en el llegat, haurà de ser computada amb càrrec a la millora o, si escau, al terç de lliure disposició, sense que pugui superar el valor dels mateixos.

Tot això fonamentat primer, que la voluntat del causant és llei fonamental de la successió, la qual cosa es plasma en el fet que es disposa una substitució en la legítima estricta; segon, en la necessitat de conciliar aquesta voluntat del testador amb l'acord que existeix entre els interessats —han prestat tots el seu consentiment excepte els substituts que pugui haver-hi— i el principi de conservació de les disposicions testamentàries.

Establert l'anterior, en aquest cas, el valor del llegat i, per tant, el que adquiririen els hipotètics substituts vulgars, seria una dotzena part de l'herència, que correspon amb la llegítima estricta que correspondria a la filla reduïda a aquesta porció, que no supera una tercera part de l'herència, això és, quantia que no sobrepassa el terç de lliure disposició, no afectant en aquest supòsit —com va ocórrer en el recollit per la Resolució de 26 de setembre de 2004— als drets mínims dels altres fills legitimaris, doncs a més aquí no hi ha liberalitats que reduir, ni béns col·lacionables que reintegrar a la massa, rebuts pels possibles substituts vulgars.

S'ha d'observar que la posició dels fills del legitimari, després de renunciar el seu pare, es modifica en forma substancial, doncs passen a ser uns hereus estranys a la llegítima. La seva posició difereix de la dels fills del legitimari premort, desheretat, o incapaç per indignitat; en aquest cas l'estirp tant en la successió testada com intestada, representa, quant a la llegítima estricta, la posició del seu progenitor (art. 814, 857 i 761 Cc).

S'ha de tenir en compte d'altra banda, que si bé la renúncia extingeix la llegítima sobre l'estirp, la partició exigirà, bé la manifestació per la renunciant que manca de descendents substituts en el llegat, o si escau, el consentiment dels legataris substituts.

**Comentari:** aquesta Resolució planteja la qüestió de la validesa o no de les clàusules testamentàries que disposen substitucions vulgars de legitimaris o hereus forçosos quant a la porció llegítima. Per afrontar aquesta qüestió s'imposa un repàs a les principals resolucions del Tribunal Suprem i de la Direcció General dels Registres i del Notariat (en endavant, DGRN). Els antecedents jurisprudencials són per ordre cronològic els següents:

- La Resolució d'11 d'octubre de 2001. En ella la causant en testament obert de 8 de juny de 1990, llega els terços de millora i lliure disposició a la seva filla i «instituye herederos universales por partes iguales a sus dos hijos Joaquin y Mercedes, sustituyéndoles vulgarmente por sus respectivos descendientes». I en escriptura autoritzada el 6 de juny de 1992 el fill i hereu «renuncia pura y simple y gratuitamente a todos los derechos que le puedan

corresponder en la herencia de su madre». Posteriorment en escriptura autoritzada el 3 d'octubre del 2001 atorgada per María de las Mercedes, accepta i s'adjudica els béns inventariats. La seva inscripció va ser suspesa, perquè «estando establecida sustitución vulgar sin expresión de casos, la renuncia del instituido don Joaquín, hace que se consume aquélla, siendo necesaria la intervención en la partición de los sustitutos vulgares caso de haberlos, y en caso contrario, habrá de consignarse así». El recurrent va al·legar en favor seu els art. 985-2 i 806, 808 i 809 Cc.

La Resolució estableix que la substitució vulgar i sense expressió de casos, comprèn tant la premoriència com la incapacitat i la renúncia, de manera que la renúncia del fill a la seva crida hereditària, suposa el joc de la substitució a favor dels descendents, els quals per imperatiu de l'art. 1058 Cc hauran d'intervenir en la partició, només en el cas de no haver-hi substituts vulgars, en aquest cas podrà entrar en joc el dret d'acréixer (cfr. art. 981 i s. Cc) i subsidiàriament l'obertura de la successió intestada (cfr. art. 912 Cc). No es pronuncia sobre l'aplicació al cas de l'art. 985.2 Cc.

El Tribunal Suprem en la Sentència núm. 715/2003, de 10 juliol, que un testador llega a la seva esposa l'usdefruit universal i institueix hereves a les seves dues filles, amb substitució vulgar a favor dels descendents d'aquestes, establint una cautela «sociniana» en relació amb l'usdefruit universal de l'esposa, de manera que si qualsevol de les filles o hereves no aceptaven l'usdefruit d'ella, aquesta rebria el ple domini del terç de lliure disposició. Una de les filles manifesta acceptar l'herència del pare i no acceptar el gravamen de la llegítima, optant per que s'atribueixi a la vídua el terç de lliure disposició. La segona de les filles repudia l'herència. La demanda la plantegen els fills de la filla que repudia, els que defensen que han de ser cridats a l'herència com a substituts vulgars de la seva mare repudiant.

Per al Tribunal els substituts no resulten cridats a succeir en la porció que correspondria a la mare repudiant en la llegítima, perquè a la renúncia oberta la successió és vàlida i qui renuncia, renúncia per si i per a la seva estirp, incrementant-se les quotes que per llegítima individual corresponen als altres legitimaris per dret propi i no per dret d'acréixer. Pel que rebutja la pretensió dels fills de l'hereva repudiant, doncs l'atribució íntegra de la llegítima correspondrà, per dret propi a l'altra legitimària, que va acceptar l'herència.

Explica la Sentència que «en los dos tercios de la herencia que constituyen la legítima de los herederos forzosos del testador […] (art. 806 y 807), no existiendo mejora al no haber expresado el testador su voluntad de mejorar y

por ello la renuncia pura, simple y gratuita [de una hija] implica la renuncia por sí y su estirpe […] como se desprende del art. 985.2 del Código Civil, no pudiendo representarla los descendientes de la renunciante, en virtud de lo dispuesto en el art. 929 del mismo cuerpo legal, que sólo permite la representación de persona viva, en los casos de desheredación y de incapacidad. Por ello, la renuncia del llamado no provoca la representación de su descendencia, ni en una clase de sucesión ni en otra y su estirpe no puede representarle cuando repudia la porción que se defiere» i per tant no pot «percibir lo que su ascendiente abdica o no quiere».

Posteriorment han aparegut diverses resolucions de la DGRN, que no segueixen aquesta doctrina, encara que en les més recents es matisa parcialment. Així:

- La Resolució de 21 de juny de 2007, en la qual la testadora va disposar el terç de llegítima estricta per via d'institució d'hereu a quatre fills per caps; a dos néts, fills d'un altre fill premort per estirps, establint una substitució vulgar sense expressió de casos. El terç de lliure disposició es llegava a l'espòs de la testadora qui, després de morir la causant, renúncia al llegat i el terç de millora es llegava als quatre fills. Els dos néts, després d'haver renunciat l'espòs de la testadora al llegat de part alíquota corresponent al terç de lliure disposició, renuncïen a l'herència. No es practica la inscripció fins que intervinguin en la partició els descendents dels repudiants o s'acrediti la seva inexistència. Un interessat recorre, al·legant que l'herència renunciada pels néts era imputable a la llegítima estricta i que sobre aquesta no es pot imposar gravamen ni substitució de cap naturalesa. La DGRN resol en termes semblats a l'anterior resolució, sense fer referència a la qüestió de la llegítima.
- La Resolució de 26 de setembre de 2014 en la qual es reconeix que la renúncia del legitimari, existint colegitimaris i amb substitució vulgar prevista en el testament pel renunciant, implica l'acreixement de la llegítima a favor dels colegitimaris, la qual cosa exclou el joc de la substitució vulgar, encara que en el cas admet la inscripció de l'escriptura en la qual es reconeixia als substituts com a legataris fundada en el consentiment de tots els interessats.
- I, finalment, apareix la Resolució que ara cometam. Vists els antecedents jurisprudencials es procedeix ara a l'examen de la resolució comentada, especialment, la validesa o no de les disposicions testamentàries que estableixin substitucions vulgars sobre les porcions legitimàries o sobre la llegítima en el seu conjunt.

La substitució vulgar o directa regulada en els art. 774 i s. Cc és una disposició testamentària per la qual s'assenyala un substitut a l'hereu instituït en primer lloc per al cas que no vulgui o pugui heretar. Quant a la seva naturalesa jurídica, és qualificada majoritàriament per la jurisprudència com una institució condicional.

Doncs bé, quant a la qüestió de la validesa de les disposicions que preveuen una substitució vulgar en la llegítima, ha d'assenyalar-se com a regla general que les prohibeix el paràgraf 2n de l'art. 813 Cc, en disposar que no es podran imposar substitucions de cap naturalesa sobre la llegítima. La substitució vulgar no pot perjudicar els drets legitimaris, per la qual cosa substituts estranys no poden rebre porcions que corresponen a la successió forçosa.

Tampoc sembla lícita la designació de legitimaris com a substituts vulgars del que els correspondria com a hereus forçosos directes (p. ex. STS de 23 de setembre de 2002 i de 3 de març de 2009). Doncs així quedaria en una situació condicional l'atribució de la llegítima que és un dret que deriva directament de la Llei.

Les excepcions legals a aquesta prohibició són: primer, l'usdefruit que com a llegítima correspongui al cònjuge vidu que concorri en la successió amb altres legitimaris i quant a la porció concurrent, i l'establert en l'art. 808-III Cc, conseqüència de la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat i de modificació del Codi civil, de la Llei d'enjudiciament civil i de la normativa tributària amb aquesta finalitat, que permet al testador gravar amb una substitució fideïcomissària —no amb qualsevol altra— la llegítima estricta sempre que s'institueixi fiduciari a un descendent incapacitat judicialment —que no sigui simplement discapacitat— sempre que els fideïcomissaris siguin els altres cohereus forçosos, la qual cosa al seu torn és una excepció de l'art. 782 Cc.

L'excepció doctrinal és admetre la substitució vulgar quan hi ha només un legitimari sense descendents.

La segona qüestió a tractar són els efectes de la renúncia a la llegítima. En la llegítima estricta correspon a cada legitimari la part legalment establerta que es calcula en funció del nombre de legitimaris presents i, si escau, per les regles del dret de representació en matèria legitimària per als casos d'indignitat (art. 761 Cc), desheretament (857 Cc) o premoriència (814-II Cc).

En canvi, en els casos de renúncia als drets legitimaris, implica que el renunciant els perdi per a si i la seva estirp o descendents, de manera que ni

aquell ni aquests entren en el càlcul dels mateixos. A això es refereix l'art. 985-II Cc, quan estableix que «Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer». D'aquest precepte es dedueix que és una norma imperativa en matèria de llegítimes en la qual s'imposa que la llegítima estricta es repartirà entre els legitimaris que efectivament heredin, exclòs el que va renunciar.

L'argumentació d'aquesta Resolució i la de les anteriorment citades obliden aquest precepte, i es basa per fundar la inscripció a favor de substituts del legitimari renunciant en dos arguments: o en el consentiment de tots els interessats o en la imputació de la disposició testamentaria al terç lliure o de millora.

Quant a la primera hem de tenir en compte que la partició que és l'instrument hereditari per repartir el cabdal només pot practicar-se en funció dels drets successoris de cada interessat que els atribueixi el títol hereditari de l'herència del causant (sigui la Llei, testament, contracte successori,…). Fora d'això, només cal atorgar nous negocis que impliquin transmissió de drets, siguin permutes, vendes, pagaments en metàl·lic per excessos d'adjudicació, donacions, renúncies,… Per la qual cosa no cap com en els casos d'insuficiència de representació, ratificacions o consentiments que convalidin o emmascarin atribucions o adjudicacions fora de la Llei o el títol successori.

Quant a la imputació al terç de lliure disposició, aquesta solució contradiu la voluntat del causant, que va deixar al legitimari repudiant la seva llegítima estricta i el llegat ho és a compte d'ella, la qual cosa exclou la imputació a un altre terç diferent a aquest.

## *2. RESOLUCIÓ DE 31 D'OCTUBRE 2017. HIPOTECA: QÜESTIÓ SOBRE L'APLICACIÓ DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORS I USUARIS QUAN ÚNICAMENT EL FIADOR TÉ AQUESTA CONDICIÓ.*

**Resum dels fets:** dues persones físiques van constituir hipoteca sobre dues finques de la seva propietat, un habitatge i un local de negoci en garantia d'un préstec hipotecari concedit por l'entitat «L., S.A.» a favor de la mercantil «C. & D., S.L.O.» destinat segons manifestació dels otorgants a la inversió d'actius. No es va practicar la inscripció, pel motiu que es fixa a efectes obligacionals un interès

de demora del 29% i, a efectes hipotecaris, del 17%, tenint en compte que la Resolució de la DGRN de 25 d'abril de 2014, assenyala, per a un supòsit anàleg, que no pot al·legar-se l'operativitat en àmbits diferents, obligacional i hipotecari, dels interessos pactats per establir un tipus per sobre del màxim permès. Referent a això, el Tribunal Suprem en diverses sentències, entre d'altres la de 23 de desembre de 2015, en relació amb una altra de 22 d'abril de 2015, assenyala com a abusiu qualsevol interès igual o superior al 19%. D'acord amb tot l'indicat, se suspèn la inscripció sol·licitada, a l'espera que s'acordi un interès moratori dins dels límits permesos, o se sol·liciti la inscripció sense la clàusula reguladora d'interessos moratoris, ni la responsabilitat hipotecària pactada per aquest concepte.

**Fonamentació jurídica:** per resoldre la qüestió jurídica de la nota de qualificació, ha de determinar-se la subjecció o no del préstec objecte del recurs a la legislació sobre protecció de consumidores, tenint en compte: a) que el prestador i el prestatari no són consumidors; b) que la destinació del préstec és la «inversió en actius»; c) que els avaladors i hipotecants no deutors són dues persones físiques, una la pròpia administradora única de l'entitat prestatària, i l'altra una persona de professió cuiner que té el seu domicili a la mateixa seu social d'aquesta societat; d) els hipotecants no deutors són dues persones físiques, pel que sembla els pares de la representant de la societat prestatària que, encara que tenen de professió ser empleats d'hostaleria, el seu domicili es troba situat en una altra població (El Tiemblo) d'una altra província d'aquella on l'empresa té la seu social, al terme municipal de la qual pertanyen els immobles que s'hipotequen, i e) I finalment, una de les finques hipotecades té la condició d'habitatge habitual dels hipotecants (estipulació 10a bis).

Per a la determinació de la normativa aplicable, ha de tenir-se en compte l'art. 2 de la Directiva 93/13/CEE, de 5 d'abril de 1993, sobre les clàusules abusives en els contractes formalitzats amb els consumidors, que defineix el consumidor com a «toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a la su actividad profesional» i defineix el professional com a "toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la presente Directiva, actúe dentro del marco de la su actividad profesional, ya sea pública o privada». Així, el Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries (en endavant, TRLGDCU), assenyala que constitueixen el seu àmbit d'aplicació «les relacions entre consumidors o usuaris i empresaris»

(art. 2), i es consideren consumidors «les persones físiques o jurídiques que actuen en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional» (art. 3) i empresari si actua amb un propòsit relacionat amb la seva activitat comercial, empresarial, ofici o professió. I la Llei 2/2009, de 31 de març, per la qual es regula la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la subscripció de contractes de préstec o crèdit, assenyala en l'art. 1 que serà aplicable a la contractació dels consumidors amb aquelles empreses, que de manera professional es dediquin a la concessió de préstecs o crèdits hipotecaris sota la forma de pagament ajornat, obertura de crèdit o qualsevol altre mitjà equivalent de finançament, i tenen la condició de consumidors els que en aquest àmbit de contractació actuen fora de la seva activitat empresarial o professional.

Així l'entitat prestatària «C. & D., S.L.O.», dedicada a l'hostaleria, el préstec de la qual es destinarà a la inversió d'actius destinats a aquesta activitat, no té la condició de consumidor doncs actua en el marc de la seva activitat empresarial.

No obstant això, la legislació de consumidors s'estén a aquells casos en què intervé un fiador, avalador o garant en general, que sent consumidor garanteix un crèdit a un empresari no consumidor, sense que la relació accessòria de garantia *per se* assumeixi la naturalesa que tingués la principal, ja que existint dues relacions, una principal i una altra accessòria o subsidiària, s'ha de contemplar de manera autònoma.

La Interlocutòria del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 19 de novembre de 2015, C-74/15, assumpte Tarcău, assenyala que la Directiva 93/13/CEE pot aplicar-se als contractes de garantia immobiliària o fiança, perquè:

a) Les normes uniformes sobre clàusules abusives han d'aplicar-se a tots els contractes entre professional i consumidor;
b) Aquesta Directiva respon a la idea que «el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas»;
c) Aquesta protecció és especialment important en el cas de la fiança entre un consumidor i una entitat financera perquè el compromís personal del fiador de pagar el deute garantit a un tercer, comporta obligacions oneroses, que tenen com a efecte gravar el seu patrimoni propi amb un risc financer de vegades difícil de calibrar i;

d) Si bé el contracte de fiança és accessori respecte al contracte principal, es tracta d'un contracte diferent des del punt de vista de les parts contractants, ja que es formalitza entre persones diferents de les parts del contracte principal i, per tant, la qualitat en la qual les mateixes van actuar ha d'apreciar-se pel que fa a les del contracte de garantia o fiança.

Així, per exemple, la Resolució de l'Audiència Provincial de Mallorca, Secció Cinquena, Interlocutòria de 21 de març de 2016, entre unes altres entén que la persona física que es constitueix en garant de l'execució de les obligacions d'una societat mercantil no tendrà la condició de consumidor, en el sentit de l'art. 2, lletra b), de la Directiva 93/13/CEE, quan l'òrgan judicial competent aprecïi que aquesta garantia està relacionada amb les seves activitats comercials, empresarials o professionals o es concedeix per raó dels vincles funcionals que manté amb aquesta societat, com ser soci, administrador o apoderat. En cas contrari, és a dir, quan el fiador actua amb finalitats privades, fins i tot encara que reuneixi la condició de parent proper dels administradors o socis de la mercantil, sí se li reconeix la condició de consumidor i tota la protecció derivada de la mateixa.

La desproporció dels interessos remuneratoris, en l'escriptura que ens ocupa (Euríbor més 2,39 punts) i l'interès moratori (tipus fix del 29%), no és adequada en tot tipus de contractes, fins i tot en aquells que el deutor és un professional, per garantir la realització dels objectius que les normes que estableixen un interès de demora en els diferents camps de la contractació i l'ordenament en general persegueixen. És per això, que un sector doctrinal considera que l'addició d'un percentatge excessiu respecte de l'interès remuneratori podria considerar-se, no només abusiu, sinó també il·legal perquè el que excedeix d'aquesta «certa proporció» ja no compleix amb la naturalesa d'aquests interessos, és a dir ja no serien autèntics interessos de demora. Així, per exemple, l'art. 7 de la Llei 3/2004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials, contempla el tipus d'interès del Banc Central Europeu més vuit punts; o l'art. 20 de la Llei 50/1980, de 8 d'octubre, de contracte d'assegurança, que contempla un interès de demora que serà el tipus legal incrementat en un 50% (i només si l'asseguradora deixés passar dos anys sense indemnitzar a l'assegurat, s'aplicaria a l'empresari assegurador un interès moratori del 20%). D'aquestes disposicions es podria extreure un criteri objectiu d'increment màxim.

Però ha de tenir-se en compte, en primer lloc, que aquesta normativa a què s'al·ludeix permet el pacte d'interès moratori superior; en segon lloc, que es refereix a interessos moratoris aplicables en altres àmbits que el del préstec hipotecari que ens

ocupa i, finalment, la incompetència del registrador per fixar un criteri objectiu d'interès moratori, el qual correspon fixar als tribunals de Justícia i que ha d'anar referit, per poder servir de base a la qualificació registral, a aquest específic àmbit de la contractació entre professionals i no a les relacions amb consumidors. En conclusió, quan no és aplicable la legislació especial en matèria de consumidors, la relació jurídica s'emmarca en l'àmbit del contracte per negociació on la ponderació dels pressupostos de l'equilibri prestacional es realitza conforme a criteris d'interpretació del Codi civil (art. 1281 Cc), que atén, fonamentalment a la voluntat manifestada per les parts. I en aquest àmbit contractual no és possible extrapolar els mecanismes de control de l'abusivitat propis de la contractació seriada amb consumidors.

**Comentari:** el control del contingut de les clàusules no negociades individualment en contractes amb consumidors es verifica legalment en tres nivells: i) com a regla general, aquest contingut haurà de respondre als principis de «Bona fe i just equilibri entre els drets i obligacions de les parts, cosa que en tot cas exclou la utilització de clàusules abusives» (art. 80.1.c) Text Refós de la Llei General de Defensa dels Consumidors i Usuaris TRLGDCU); ii) l'art. 82.1 TRLGDCU, estableix que «Es consideren clàusules abusives totes les estipulacions no negociades individualment i totes les pràctiques no consentides expressament que, en contra de les exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que derivin del contracte», i iii) es consideren abusives en tot cas les clàusules contingudes en els art. 85 a 90 —art. 82.4 TRLGDCU. Aquests preceptes contenen una llista de clàusules abusives contingut en la disposició addicional primera de la LGDCU, entre les quals figura la imposició de garanties desproporcionades al risc assumit.

En aquest cas es dilucida si la clàusula que estableix un interès moratori del 29%, juntament amb una responsabilitat hipotecària fins a un màxim del 17%, en un préstec hipotecari s'ajusta o no a dret, a l'efecte de la seva aplicació a un fiador real o hipotecant no deutor.

La Resolució parteix de la premissa que la relació principal (préstec) i l'accessòria (fiança) són dues relacions jurídiques diferents, sense que l'accessòria *per se* assumeixi la naturalesa que tingués la principal. Per això, per determinar el caràcter de consumidor del garant s'ha d'atendre a les parts que intervenen en el contracte de garantia i no en el contracte principal.

Així manifesta, que en aquest cas, la prestatària (relació principal) no té caràcter de consumidor ni està subjecta a la seva normativa, doncs es trata d'una empresa

dedicada a l'hostaleria i la finalitat del préstec és la inversió d'actius destinats a aquesta activitat.

Els fiadors són dues persones físiques: una com a avalador, la mateixa administradora única de la societat prestatària i l'altra, una persona de professió cuinera que té el seu domicili a la mateixa seu social, i com a hipotecants no deutors, dues persones físiques pel que sembla pares de la representant d'aquesta societat, tenint a més, una de les finques hipotecades el caràcter d'habitatge habitual.

La qüestió és si amb aquests antecedents és aplicable la normativa de consumidors a aquesta relació de fiança.

La primera qüestió és dilucidar que efecte tindria l'aplicació en exclusiva a la fiança en cas de considerar-se abusiu el preu o taxa d'interès. Sembla que necessàriament seria la reducció de la fiança, encara que només fora per l'aplicació de l'art. 1826 Cc, que la preveu amb caràcter general en disposar que «el fiador puede obligarse a menos, pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones. Si se hubiera obligado a más, se reducirá su obligación a los límites de la del deudor».

La normativa en aplicació seria, a part de les normes generals abans citades contingudes en el Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, també la disposició addicional primera de la Llei General de Defensa dels Consumidors i Usuaris sobre la imposició de garanties desproporcionades al risc assumit.

No obstant això, en aquesta Resolució es considera que no hi ha normativa aplicable en l'àmbit dels préstecs hipotecaris, ja que la que se cita es refereix a altres sectors com a per exemple el de les assegurances. Per aquest motiu, han de ser els tribunals de Justícia, amb aplicació de les normes generals d'interpretació del Codi civil (art. 1281 i s.) que atén fonamentalment a la voluntat manifestada per les parts, als que correspon fixar els criteris objectius de validesa dels interessos moratoris.

rjib16

# ACTIVITAT NORMATIVA

**(novembre 2016-octubre 2017)**

*Lluís Isern Estela*

Lletrat del Parlament de les Illes Balears

## I. Illes Balears

### *1. Lleis i decrets llei*

Les normes amb rang de llei aprovades a l'àmbit de les Illes Balears durant el període de temps a que es refereix aquesta crònica seran relacionades per ordre cronològic de la seva aprovació. Així, al final de l'any 2016 es promulgaren les següents lleis. En primer lloc, la **Llei 15/2016, de 2 de desembre, de modificació de la Llei 23/2006, de 20 de desembre, de capitalitat de Palma de Mallorca** (BOIB núm. 155), la qual té per objecte, una vegada més, el canvi de denominació oficial de la capital de les Illes Balears, que ara es torna a denominar Palma i no Palma de Mallorca. Així mateix, incorpora unes disposicions que pretenen garantir que els residents d'Eivissa, Formentera i Menorca i els estudiants universitaris i de cicles de formació professional amb residència a les esmentades illes gaudeixin de les mateixes condicions establertes per als residents a Palma, quant a tarifes i abonaments per a l'accés a la Ciutat des del port i des de l'aeroport. La **Llei 16/2016, de 9 de desembre, de creació de l'Oficina de Prevenció i Lluita contra la Corrupció a les Illes Balears** (BOIB núm. 157), dóna carta de naturalesa a una institució que té com a finalitats principals fomentar els valors i els principis d'ètica pública i d'integritat; dur a terme el seguiment de les obligacions que estableixen les lleis, i prevenir i investigar activitats que resultin contràries a això. L'esmentada Oficina depèn orgànicament del Parlament, tot i exercir les seves funcions amb plena independència, sotmesa únicament a l'ordenament jurídic. El seu àmbit d'actuació s'estén a aquelles activitats que, susceptibles de generar frau, corrupció o una situació d'il·legalitat que afecti els interessos generals duguin a terme determinats càrrecs públics que la mateixa Llei enumera, del Govern de les Illes Balears, dels consells insulars, dels municipis i dels ens que en depenen, del Parlament i d'altres òrgans estatutaris, de la Universitat de les Illes Balears i de qualsevol ens amb participació pública. També s'inclouen dins el seu àmbit d'actuació les activitats d'aquelles persones privades que, de qualsevol manera, manegin fons públics o prestin serveis públics. La Llei estableix una enumeració exhaustiva de les funcions de l'Oficina en relació amb l'ètica pública, la integritat i la prevenció, la investigació i la lluita contra la corrupció. El seu director/a és elegit pel Parlament de les Illes Balears, té un mandat de cinc anys i només pot ser reelegit una vegada. A més del director/a, la Llei preveu l'existència d'un director/a adjunt. Pel que fa al règim de funcionament, en regula les potestats d'investigació i inspecció, la confidencialitat de les investigacions i la protecció de dades, així com determinades garanties procedimentals en favor de les persones investigades.

També se'n preveuen normes sobre la tramitació del procediment. D'altra banda, la Llei imposa als càrrecs públics inclosos dins el seu àmbit d'aplicació, l'obligació de presentar una declaració patrimonial de la totalitat dels seus béns, així com de les declaracions dels imposts sobre la renda i de patrimoni. Per últim, atès que la Llei reconeix al director de l'Oficina la possibilitat d'imposar sancions, es regula el corresponent règim sancionador.

La **Llei 17/2016, de 16 de desembre, de modificació de la Llei 11/2014, de 15 d'octubre, de comerç de les Illes Balears** (BOIB núm. 158), justifica, en l'exposició de motius, la conveniència de modificar la Llei de 2014 en la necessitat d'adequar una sèrie d'aspectes a la realitat del sector comercial, aconseguir un major equilibri entre tots els agents econòmics i reforçar la participació de les administracions públiques i els propis agents econòmics i socials implicats en el sector comercial per impulsar l'activitat comercial a les Illes Balears, en el si de la Comissió Interinsular Assessora de Comerç. Les modificacions abasten els aspectes següents. En primer lloc, respectant les competències municipals i les dels consells insulars, la Llei inclou en la tramitació de l'autorització comercial de grans establiments comercials l'exigència d'un informe favorable dels ajuntaments i consells insulars competents sobre la seva incidència en les infraestructures públiques. El segon aspecte incideix en els horaris comercials i en els establiments amb règim especial d'horaris, especialment a les zones de gran afluència turística. Així, el nombre de diumenges i altres festius d'obertura comercial autoritzada es determina en deu dies, dels quals les entitats locals poden substituir-ne dos per adequar-los a les seves particularitats. D'altra banda, s'inclouen en la llibertat d'horaris comercials els establiments de l'entorn immediat a mercats i mercadets de venda ambulant autoritzats pels ajuntaments abans de l'entrada en vigor de la Llei. Així mateix, també matisa determinats aspectes en relació amb el concepte i circumstàncies que determinen la consideració de zona de gran afluència turística. El tercer aspecte que cal destacar de la Llei és que inclou, dins les funcions de la Comissió Interinsular Assessora de Comerç, la de conèixer les propostes de declaració de zona de gran afluència turística abans de la resolució de l'òrgan competent en matèria de comerç. En darrer lloc, la Llei introdueix algunes modificacions per adequar al marc bàsic estatal la classificació de determinades infraccions administratives. La darrera de les lleis aprovades l'any 2016 fou la **Llei 18/2016, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears per a l'any 2017** (BOIB núm. 164; correcció d'errades BOIB núm. 17). Aquesta s'estructura en sis títols referits a aprovació dels pressuposts i les seves modificacions; la gestió del pressupost de despeses; les despeses de personal i altres disposicions; la gestió del

pressupost d'ingressos i altres normes en matèria tributària; normes sobre ens instrumentals; el tancament del pressupost i relacions institucionals. La Llei es completa amb fins a catorze disposicions addicionals, vint-i-tres disposicions finals, una transitòria i una derogatòria, les quals recullen preceptes d'índole variada que no tenen cabuda al llarg del seu articulat, tot i constituir un complement indispensable per executar la política econòmica i financera inherent a l'aprovació dels estats de despeses i d'ingressos que nodreixen els pressuposts generals. L'especificitat de molts d'aquests preceptes, la gran quantitat de matèries que abasten i el gran nombre de lleis que modifiquen fa desaconsellable intentar ni tan sols donar-ne notícia d'elles dins el limitat espai d'aquesta crònica normativa. És davant aquest tipus de normes on es fa palesa l'encomiable tasca que desenvolupa l'Institut d'Estudis Autonòmics mitjançant la publicació de textos consolidats de les normes del nostre ordenament jurídic.

Dins els primers deu mesos de 2017 s'aprovaren les següents normes amb rang de llei. En primer lloc, ens hem de referir al **Decret llei 1/2017, de 13 de gener, de modificació de la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de les Illes Balears, i de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i de mesures en matèria de coordinació de les policies locals de les Illes Balears** (BOIB núm. 6; validació BOIB núm. 16). Aquesta norma té per objecte, per una part, modificar la legislació autonòmica en matèria de l'estatut dels funcionaris públics de l'administració local, inclosos, per tant, els cossos de policies locals, amb la finalitat de deixar ben clara l'aplicació preferent de l'Estatut bàsic de l'empleat públic també en l'àmbit local, de manera que no quedi cap dubte respecte de la possibilitat de nomenar funcionaris interins al servei de les entitats locals de les Illes Balears, d'acord amb la legislació estatal bàsica aplicable a tot aquest personal. Per una altra part, el Decret llei, a fi de donar estabilitat a les plantilles de policia locals de les Illes Balears, regula un procediment extraordinari d'accés a les plantilles esmentades i la constitució de noves borses d'interins, fins que no s'hagi completat el dit procediment extraordinari. En segon lloc, la **Llei 1/2017, de 12 de maig, de cambres oficials de comerç, indústria, serveis i navegació de les Illes Balears** (BOIB núm. 61), la qual fou aprovada per adaptar el contingut de la normativa de la nostra comunitat autònoma a la Llei 4/2014, d'1 d'abril, bàsica de les cambres oficials de comerç, indústria, serveis i navegació. La Llei autonòmica defineix les cambres com a corporacions de dret públic, que es configuren com a òrgans consultius i de col·laboració amb les administracions públiques, especialment amb l'Administració de la Comunitat

Autònoma de les Illes Balears, sense detriment dels interessos privats que persegueixen. La finalitat de les cambres és la representació, la promoció i la defensa dels interessos generals del comerç, la indústria, els serveis i la navegació, així com la prestació dels serveis a les empreses que exerceixen aquestes activitats. Les funcions de caràcter publicoadministratives que exerceixen són les previstes a la llei bàsica estatal i les determinades a la llei autonòmica i en el seu desenvolupament han d'actuar amb imparcialitat i transparència. La realització d'activitats privades per part de les cambres està subjecta a l'autorització prèvia del seu ple. Respecte de l'exercici de les funcions públiques de les cambres, el Govern pot decretar serveis mínims obligatoris i establir plans camerals autonòmics. Pel que fa a l'àmbit territorial, a les Illes Balears poden existir fins a quatre cambres, una a cada illa de l'arxipèlag. D'altra banda, la Llei declara l'adscripció obligatòria de tota persona que exerceixi activitats comercials, industrials, de serveis o navilieres a les Illes Balears, però sense que d'això es desprengui cap tipus de càrrega administrativa ni cap obligació econòmica. L'adscripció es realitza d'ofici i les cambres han d'elaborar el corresponent cens públic d'empreses. Pel que fa a l'estructura organitzativa de les cambres, la Llei preveu que els seus òrgans de govern són el ple, el comitè executiu i la presidència; també s'hi preveu la possibilitat d'anomenar vicepresidències, director gerent i altre personal; és obligatòria l'existència d'una secretaria general. D'altra banda, també regula detalladament el règim electoral aplicable a les cambres (procediment electoral, dret electoral actiu i passiu, cens electoral, convocatòria d'eleccions, juntes electorals, candidatures, etc.). El règim econòmic i pressupostari és objecte de regulació a un capítol de la Llei. Quant al règim jurídic de les cambres, estableix que aquestes estan subjectes en l'exercici de la seva activitat a la tutela de l'Administració de la Comunitat Autònoma, la qual comprèn l'exercici de les potestats administratives d'aprovació, fiscalització, resolució de recursos, suspensió, dissolució i extinció. Per últim, s'ha de destacar que, mitjançant la disposició addicional segona, modifica l'art. 19 de la Llei 11/2014, de 15 d'octubre, de comerç de les Illes Balears, relatiu a la llibertat per determinar els dies i hores d'obertura al públic d'alguns tipus d'establiments comercials. I mitjançant la disposició addicional tercera, la Llei introdueix una norma relativa a la regularització d'autoritzacions d'instal·lació de màquines recreatives.

Per altra part, el **Decret llei 2/2017, de 26 de maig, de mesures urgents en matèria de transports terrestres** (BOIB núm. 65; validació BOIB núm. 79), justifica la seva aprovació en la necessitat de modificar, abans de l'inici de la temporada estival, determinats aspectes de la Llei 4/2014, de 20 de juny, de transports terrestres i mobilitat sostenible de les Illes Balears. Específicament, el Decret llei

al·ludeix a l'existència de determinats casos en què existeixen dificultats per definir conductes infractores amb relació a la competència deslleial o il·legal sorgida en aquests darrers anys, que cada vegada s'incrementa amb l'arribada de la temporada estival i dóna lloc a situacions conflictives en el sector del transport de viatgers. I, de la mateixa manera, en l'àmbit del sector ferroviari s'han detectat disfuncions en la regulació dels usos o activitats autoritzables en les diferents zones de protecció del domini ferroviari que cal abordar sense demora, atesa la impossibilitat d'executar obres totalment necessàries en aquestes zones. Així, la norma estableix la competència dels consells insulars per regular mitjançant autoritzacions el lloguer de vehicles amb conductor en el seu àmbit insular; s'estableix també l'obligació d'una contractació prèvia del transport discrecional de viatgers en autobús i es prohibeix la captació de clients fora de les oficines o locals de l'empresa; d'altra banda, es regulen les activitats de mediació en la contractació dels transports públics de viatgers en autobús; es tipifiquen determinades infraccions en matèria de transport, en l'activitat de lloguer de vehicles amb conductor i en l'àmbit de la contractació de transports. Respecte de les obres o activitats que no siguin d'interès general a tot el domini ferroviari i tramviari, respecte de les quals existeix una prohibició general, el Decret llei diferencia entre l'obra nova i el manteniment i conservació dels immobles ja existents, a fi de permetre que els propietaris puguin fer el manteniment normal de les seves propietats, sempre que això no afecti la seguretat i l'explotació del servei. Per últim, s'ha de subratllar que el Decret llei desenvolupa determinats aspectes de la normativa estatal pel que fa als vehicles proveïts d'autorització de lloguer amb conductor (VTC). La darrera de les normes aprovades el primer semestre de l'any 2017 és la **Llei 2/2017, de 27 de juny, de declaració del Parc Natural Maritimoterrestre Es Trenc-Salobrar de Campos** (BOIB núm. 81; correcció d'errades BOIB núm. 92), la qual s'estructura en sis capítols. El capítol I, objecte i àmbit territorial, delimita l'espai objecte de protecció mitjançant un annex cartogràfic i comprèn l'àmbit terrestre i marí, perquè hi ha una continuïtat ecològica de l'ecosistema marí amb l'espai natural terrestre que està avalada per l'evidència científica. El capítol II determina les normes de protecció de l'àmbit terrestre del parc natural i les normes de protecció de l'àmbit marí, sense perjudici de regular també algunes normes de protecció de les activitats salineres, agrícoles i ramaderes. D'altra banda, la Llei encomana al Govern de les Illes Balears la tasca de vetllar per la restauració de les zones degradades i la protecció del cel nocturn i de la qualitat acústica. El capítol III es refereix a la planificació i gestió del parc; el capítol IV preveu l'existència d'accions de foment, i el

capítol V estableix el règim sancionador de les infraccions comeses al parc. Per altra banda, la disposició addicional de la Llei sobre itineraris i aparcaments per a la gestió i la protecció adequades del parc natural delimita aquests en un annex cartogràfic, determina que han de ser públics i els ubica d'acord amb criteris d'idoneïtat funcional i ambiental. Així mateix, regula els aparcaments actuals establerts legalment. Les disposicions transitòries, a més de referir-se a la tramitació i aprovació del PORN, estableix un règim provisional fins a l'aprovació del PORN o pla sectorial sobre les activitats salinera i cinegètica, la capacitat màxima dels aparcaments públics, sobre les instal·lacions de servei de temporada, la gestió de restes mortes de posidònia, els usos recreatius, ancoratges, fondeigs i altres, així com també sobre la composició i el funcionament de la junta assessora del Parc.

La **Llei 3/2017, de 7 de juliol, de modificació de la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de les Illes Balears, per introduir mesures de transparència i participació** (BOIB núm. 85), incideix sobre aquestes qüestions des de distintes perspectives. En primer lloc, s'estableix l'obligació dels serveis de les corporacions locals de facilitar als seus membres la informació referida al registre comptable de factures definit per la Llei 25/2013, de 27 de desembre, d'impuls de la factura electrònica i creació del registre comptable de factures en el sector públic. En segon lloc, en matèria de publicitat activa, s'estableix el contingut necessari que han de contenir els portals de transparència de les entitats locals. En tercer lloc, pel que fa a les sessions públiques, s'estableix la previsió que puguin ser gravades per mitjans audiovisuals pel públic assistent i, d'altra banda, es preveu que la informació i el règim de publicitat de les sessions públiques de les corporacions locals ha de fer-se per via de mitjans i formats accessibles per a les persones amb discapacitat. En quart lloc, es regula l'exercici de la iniciativa popular a fi de presentar propostes d'acord o d'actuacions i de reglament en matèries de competència municipal en favor dels veïns amb dret a sufragi actiu en les eleccions municipals. En darrer lloc, es regula la possibilitat d'establir, una vegada finalitzats els punts inclosos a l'ordre del dia i aixecada la sessió, un torn d'intervencions o consultes al públic assistent sobre temes concrets d'interès municipal. D'altra banda, s'ha de destacar que la Llei conté una norma (no de transparència ni de participació) en virtut de la qual els municipis que hagin creat o gestionin centres o serveis públics poden proposar al consell insular corresponent o al Govern de les Illes Balears l'assumpció de la titularitat i la gestió del centre o servei de què es tracti, sempre que considerin que l'abast d'aquests centres o serveis ultrapassen el seu sostre competencial.

La **Llei 4/2017, de 12 de juliol, d'indústria de les Illes Balears** (BOIB núm. 88), per la seva banda, ve a omplir una llacuna a l'ordenament jurídic de les Illes Balears, tota vegada que no existia fins a les hores una norma amb rang legal que establís un marc adequat per a la regulació de l'activitat industrial i el seu foment o promoció. Aquesta Llei capçalera en matèria d'indústria comença amb un títol dedicat a les disposicions generals, en el qual es delimita de manera sintètica i precisa l'àmbit d'aplicació directa de la Llei (les activitats industrials i concomitants) i subsidiària (és a dir, les activitats industrials amb regulació especial); s'estableixen, a més, els principis als quals ha d'atenir-se l'actuació en matèria d'indústria i les finalitats que ha de perseguir la comunitat autònoma. El títol II, anomenat política industrial, es refereix a les activitats de l'Administració de la comunitat autònoma i dels ens del sector públic autonòmic amb incidència sobre el teixit industrial de les Illes Balears. Es fixen les competències dels agents implicats en el disseny i l'execució de la política industrial (el Consell de Govern i la conselleria competent en matèria d'indústria) als quals encarrega l'exercici d'aquelles actuacions necessàries per dur a terme una política adequada de promoció i modernització industrial. Pel que fa a la planificació de la política industrial, la Llei preveu l'aprovació d'un Pla Director d'Indústria de les Illes Balears (i en regula la seva finalitat i objectius, el seu contingut mínim, les normes relatives a la seva elaboració i aprovació i determinades previsions quant a la seva execució) i l'existència de programes de foment de l'activitat industrial (respecte dels quals preveu i regula, amb caràcter necessari, els següents programes bàsics: programes d'innovació i noves tecnologies, programes d'internacionalització, programes de millora de la formació, competitivitat i productivitat industrial i programes d'interrelació industrial entre illes). El capítol IV es refereix a la responsabilitat social empresarial i a la qualitat industrial. Així, s'ordena a l'Administració autonòmica incentivar l'adopció voluntària de pràctiques de responsabilitat social empresarial per les empreses i els establiments radicats a Balears, d'acord amb els millors estàndards, nacionals i internacionals, com també impulsar polítiques de qualitat industrial. Al títol III es crea el Registre Industrial de les Illes Balears, com a registre públic i informatiu, que es nodreix bàsicament de les dades contingudes en les autoritzacions, comunicacions o declaracions responsables, així com de les altres que obtengui l'Administració en l'exercici de les seves potestats. Pel que fa a la seguretat industrial, la Llei conté una regulació prolixa que s'ordena de forma sistemàtica amb relació als següents àmbits: activitat industrial, professionals, instal·lacions de seguretat industrial i

Comissió de Seguretat Industrial. La Llei es completa amb un capítol IV relatiu a la funció inspectora i el règim sancionador en la matèria.

La **Llei 5/2017, de 25 de juliol, de modificació de la Llei 3/2002, de 17 de maig, d'estadística de les Illes Balears** (BOIB núm. 92), té com a finalitat principal crear i regular el Registre de població de les Illes Balears, així com adaptar alguns dels preceptes de la Llei d'estadística als reptes que plantegen l'ús de les noves tecnologies i el desenvolupament del sistema estadístic mateix. En el nou Registre de població, la gestió del qual s'atribueix a l'IBESTAT, es recolliran, sense el seu consentiment, dades individualitzades de cadascun dels veïns inscrits en els padrons municipals dels ajuntaments de les Illes Balears i en el cens electoral, dades que resulten indispensables, tant per a l'elaboració d'estadístiques demogràfiques com per l'exercici de les competències pròpies de la comunitat autònoma. L'objectiu d'aquest Registre és possibilitar a les administracions públiques l'accés a determinades dades personals dels ciutadans per al desenvolupament correcte de les funcions que aquestes administracions tenen assignades (*v. gr*. campanyes de vacunació; mesures destinades a la prevenció, el diagnòstic i la curació de malalties; l'educació, etc.). Altres modificacions que incorpora la Llei fan referència a l'obtenció de dades per les unitats estadístiques; l'adaptació dels registres administratius per facilitar-ne l'explotació estadística; l'establiment d'un calendari de difusió de dades, i la publicitat dels resultats bàsics mitjançant formats digitals reutilitzables i disponibles a les webs institucionals.

Una de les normes que ha tengut més seguiment periodístic d'entre les aprovades pel Parlament és la **Llei 6/2017, de 31 de juliol, de modificació de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, relativa a la comercialització d'estades turístiques a habitatges** (BOIB núm. 93 Ext.), i també el **Decret llei 3/2017, de 4 d'agost, de modificació de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, de turisme de les Illes Balears, i de mesures per afrontar l'emergència en matèria d'habitatge a les Illes Balears** (BOIB núm. 97; validació BOIB núm. 111). Aquestes normes seran objecte d'un tractament conjunt atès que el Decret llei, fonamentalment, es va haver de dictar per reparar la incoherència del text aprovat pel Parlament a conseqüència de les erràtiques votacions que s'hi produïren durant l'elaboració de la llei. Aquesta nova normativa obre la possibilitat de comercialització turística en totes les tipologies d'habitatges, incloent-hi ara els habitatges residencials sotmesos al règim de propietat horitzontal, és a dir, edificis plurifamiliars, més enllà dels coneguts com a edificis aparellats sobre parcel·la comuna, que ja estaven permesos. En primer lloc, s'ha de cridar l'atenció sobre el canvi del concepte d'empreses comercialitzadores d'estades turístiques a

habitatges, atès que ara es permet el lloguer directament als propietaris de l'habitatge. En qualsevol cas, s'exigeix que existeixi una finalitat lucrativa, la qual cosa exclou de l'àmbit de l'aplicació de la Llei la cessió temporal i gratuïta d'un habitatge i els intercanvis d'habitatges amb finalitats turístiques, entre d'altres. D'altra banda, s'ha de destacar que la nova possibilitat de lloguer turístic que ofereix no és indiscriminada, sinó que està subjecta a determinats requisits i limitacions urbanístiques, d'ordenació territorial, i a raons imperioses d'interès general. Així, per una part, la Llei considera necessari establir un sostre o límit màxim de places turístiques que ha de ser determinat per les places legalment existents més les integrades en les borses de places turístiques de què disposin les administracions públiques; si bé aquest sostre podrà ser modificat pels plans territorials insulars i, si escau, pels plans d'intervenció en àmbits turístics. També s'eliminen determinades excepcions a la ràtio mínima de places per metre quadrat de parcel·les i es mantenen només per als establiments que no es podrien entendre sense aquesta. Per una altra part, la Llei preveu l'existència d'una delimitació de les zones aptes per poder dur a terme la comercialització turística; aquesta zonificació l'han de fer els consells insulars i l'Ajuntament de Palma. En tot cas, però serà necessari en aquest procediment sol·licitar l'informe als ajuntaments. Per una altra part, la Llei estableix un límit addicional de temporalitat per a l'exercici de l'activitat, si bé aquest permís seria renovable mitjançant la presentació d'una comunicació i d'un certificat d'adquisició temporal de places, però sempre que es continuessin complint tots els requisits legals en el moment de la renovació. També estableix el requisit de disposar d'una certificació energètica concreta en funció de l'antiguitat de l'immoble, com també de disposar de mesuradors o comptadors individuals d'aigua i d'altres subministraments, si escau. En qualsevol cas, queden exclosos de la possibilitat de comercialització turística els habitatges en règim de protecció oficial o preu taxat. Així mateix, els habitatges d'ús residencial hauran de tenir una antiguitat, com a mínim, de cinc anys, durant els quals, a més, l'ús haurà d'haver estat residencial privat. Per una altra part, es prohibeix dur a terme noves altes en sòl rústic protegit, si bé els PTI o PIAT a cada illa podran establir altres previsions de forma motivada. Així mateix, la Llei estableix que els habitatges d'ús residencial sotmesos al règim de propietat horitzontal, només podran ser objecte de comercialització turística quan els estatuts de la comunitat ho permetin o, si aquests no ho prohibeixen, existeixi un acord a favor de la majoria de propietaris. També agreuja el règim sancionador aplicable a l'objecte que les sancions a l'oferta il·legal s'apliquin en el seu tram més alt. Altres novetats destacables són el canvi del còmput de places als hotels de ciutat, a fi

d'equiparar-lo al de la resta d'establiments hotelers, i la introducció d'una modalitat de lloguer d'habitatge principal quan la comercialització es dugui a terme per part del mateix propietari al seu habitatge principal com a màxim durant 60 dies a l'any.

La **Llei 7/2017, de 3 d'agost, per la qual es modifica la Compilació de dret civil de les Illes Balears** (BOIB núm. 96), és una norma que abasta distints articles i institucions de la Compilació. Un dels primers objectius que es fixa és dur a terme una millora i una ordenació sistemàtica de la regulació de les fonts del dret civil balear i dels articles referents al règim econòmic matrimonial de Mallorca, de manera que, com succeeix al llibre d'Eivissa i Formentera, es tractin en articles distints el règim matrimonial legal (la separació de béns) i els efectes econòmics del matrimoni. Una altra novetat de la reforma consisteix en el reconeixement del dret de les administracions territorials de les Illes Balears, consells insulars i ajuntaments, a heretar dels causants que moren abintestat o sense haver atorgat cap pacte successori i sense persones amb dret a heretar, quan la seva successió es regeixi pel dret civil de les Illes Balears. D'altra banda, pel que fa a la llegítima del cònjuge viudo, es suprimeix la causalitat de la separació per part del premort per determinar el dit dret a la llegítima. La quantia del lluïsme, en cas que aquest no s'hagués pactat, també és objecte de reforma ja que passa de l'1% del valor de la finca al 0'5%. La institució de la societat rural menorquina ha estat objecte d'una actualització en la seva regulació. Per una banda, es recullen en la norma els costums i la terminologia incontrovertida al món agrari menorquí, deixant, no obstant, sempre salvaguardat com a primer element regulador del contracte la llibertat contractual, sense perjudici de la utilització del costum en defecte de norma o voluntat contractual manifestada. També és una novetat a la societat rural menorquina la previsió de la possibilitat que el conreador i la seva parella o cònjuge adoptin la forma de titularitat compartida i també el dret a compensació econòmica, quan no s'adopta la forma de titularitat compartida i es conrea la terra sense rebre cap remuneració. Encara pel que fa a Menorca, la Llei estableix la vigència de la definició amb la mateixa regulació prevista en el règim successori de Mallorca. Per una altra part, la Llei introdueix una reforma amb relació a les persones amb discapacitat, de manera que no pugui heretar qui no les ha atès perquè els hagi negat aliments. També s'ha de destacar que la reforma de la Compilació reforça la protecció del vincle matrimonial, d'acord amb la doctrina del Tribunal Constitucional i estableix mesures per suavitzar el biaix de gènere en la regulació del règim matrimonial de la separació de béns. En primer lloc, es considera ara que els efectes matrimonials *post mortem*, és a dir, la llegítima, no es cancel·lin per la

simple separació de fet. En segon lloc, amb relació a les donacions entre cònjuges fetes durant el matrimoni es dóna un nou tractament a les causes de revocació. En tercer lloc, es reconeix en la Llei que, durant la convivència, la contribució a l'aixecament de càrregues, mitjançant el treball per a la família, ha de ser compensada, si la convivència o el matrimoni es dissol. En quart lloc, s'introdueix la necessitat del consentiment del cònjuge no titular perquè el titular pugui fer negocis amb el domicili familiar.

La **Llei 8/2017, de 3 d'agost, d'accessibilitat universal de les Illes Balears** (BOIB núm. 96), té per objecte garantir la igualtat d'oportunitats, la no-discriminació i l'accessibilitat universal per permetre l'autonomia personal de totes les persones i, particularment, de les persones amb discapacitat, perquè puguin interactuar de manera plena i efectiva respecte de l'accés i la utilització dels espais públics, de les edificacions, dels transports, dels productes, dels serveis, de la informació i de les comunicacions. La Llei s'organitza en set títols. El primer, disposicions generals, regula l'objecte de la llei (ja esmentat), un conjunt de definicions relatives a la matèria de la Llei, els titulars dels drets que aquesta reconeix, el seu àmbit d'aplicació i les condicions d'accessibilitat i els ajustos raonables que siguin exigibles en funció de les circumstàncies que es donin. El títol II regula les competències que en la matèria de la llei corresponen a l'Administració de la comunitat autònoma, als ajuntaments i als consells insulars. El títol III, el més extens i que conté el bessó de la norma, anomenat «Condicions d'accessibilitat i no-discriminació», estableix normes respecte de l'accessibilitat en els espais públics (siguin espais urbans o espais naturals d'ús públic), garanteix la reserva de places per a persones amb discapacitat en actes públics culturals, esportius i d'oci; així mateix, s'estableixen normes respecte a l'accessibilitat en les edificacions, siguin de nova construcció, siguin ja existents, siguin habitatges de protecció oficial de promoció pública o es tracti d'edificacions de valor historicoartístic. D'altra banda, també conté un seguit de disposicions respecte a l'accessibilitat en els sistemes de transport, terrestre i marítim; respecte de la targeta d'estacionament per a persones amb discapacitat que tenguin mobilitat reduïda o greus problemes de mobilitat; respecte de l'accessibilitat en els productes en els serveis públics que ofereixen les administracions públiques; respecte de l'accessibilitat en els serveis d'atenció al públic i en els prestadors de serveis públics; respecte de l'accessibilitat en les comunicacions i en la transmissió d'informació, i, en fi, respecte del manteniment de les condicions d'accessibilitat en el temps i respecte dels plans d'accessibilitat que han d'elaborar les administracions públiques competents. Els títols IV i V fan

referència, respectivament, a mesures de foment i de control del compliment de la normativa d'accessibilitat. La Llei es completa amb la regulació d'un règim sancionador, títol VI, i amb la creació d'un consell per a l'accessibilitat, títol VII, com a òrgan col·legiat de participació externa i de consulta en matèria d'accessibilitat. Una de les normes més controvertides aprovada pel Parlament de les Illes Balears durant l'any 2017 ha estat la **Llei 9/2017, de 3 d'agost, de regulació de les corregudes de toros i de protecció dels animals a les Illes Balears** (BOIB núm. 98). Aquesta norma parteix del pressupòsit que, per raons històriques, culturals i competencials (Llei 10/1991, de 4 d'abril, sobre potestats administratives en matèria d'espectacles taurins, Reglament d'espectacles taurins, Llei 10/2015, de 26 de maig, per a la salvaguarda del patrimoni cultural immaterial), els espectacles taurins compten amb una regulació separada de la normativa que s'aplica a la resta d'animals i que per això, vist l'especial risc que comporten aquests espectacles per als participants, així com per al benestar animal, és necessari adaptar la regulació estatal a la realitat balear i actualitzar la celebració dels espectacles taurins d'acord amb les exigències normatives en matèria de seguretat i control en els espectacles públics, atenent les peculiaritats i els riscos d'un espectacle amb bous de raça de lídia. Les adaptacions que estableix la Llei balear respecte de la legislació estatal han estat considerades, per uns, com a condicionants que desdibuixen, fins a fer-lo irreconeixible, l'art de la lídia i, per altres, han estat vistes com a necessàries i imprescindibles per adequar els espectacles taurins a la sensibilitat col·lectiva balear, la qual es mostra més civilitzada davant el maltractament animal. En tot cas, les novetats que estableix la Llei són nombroses i algunes criden l'atenció. Així, als espectacles taurins es prohibeix la presència de cavalls; només es poden torejar tres bous que, un cop acabat l'espectacle han de ser retornats als corrals; es prohibeix l'ús de banderilles, piques, estocs o espases, verduguets, etc; la ramaderia subministradora dels toros ha de ser la més propera en termes de distància a la plaça de toros. D'altra banda, també s'imposen unes estrictes condicions a les places de toros, les quals han de ser permanents i construïdes abans de 1992, com ara les relatives a corrals i chiqueros, a les infermeries, a la garantia del dret a l'accessibilitat universal per a les persones amb mobilitat reduïda, a la prohibició d'entrada als menors de divuit anys, etc. La Llei també modifica l'art. 4 de la Llei 1/1992, de 8 d'abril, de protecció dels animals que viuen a l'entorn humà, per donar un nou tractament a les festes tradicionals amb bous celebrades fora de les places de toros, la prohibició de determinades competicions de tir a colomí o guatlla, etc.

*2. Decrets*

L'activitat normativa de rang reglamentari a l'àmbit propi del Govern de les Illes Balears ha abastat matèries diverses. Deixant de banda aquells decrets que creen o modifiquen òrgans de l'Administració autonòmica (òrgans de participació i consulta, administració institucional, conselleries, etc.) atès el seu caràcter en ocasions conjuntural, s'han d'esmentar les següents normes. La **llengua catalana** ha estat objecte de l'atenció del Govern mitjançant el Decret 2/2017, de 13 de gener, d'exigència del seu coneixement en els procediments de provisió de llocs de treball de les entitats locals reservats a personal funcionari de l'Administració local amb habilitació de caràcter nacional (BOIB núm. 6; correcció d'errades BOIB núm. 12) i mitjançant el Decret 11/2017, de 24 de març, d'exigència del coneixement de la llengua catalana en els procediments selectius d'accés a la funció pública i per ocupar llocs de treball de l'Administració de la Comunitat Autònoma (BOIB núm. 36). D'altra banda, pel que fa a la **funció pública**, és necessari referir-se al Decret 67/2016, de 25 de novembre, que té per objecte regular l'organització, el funcionament i el règim jurídic del Registre Central de Personal al servei del sector públic instrumental de la Comunitat Autònoma (BOIB núm. 149) i el Decret 74/2016, de 23 de desembre, pel qual es regula l'Advocacia de la Comunitat Autònoma (BOIB núm. 161). D'entre els decrets que desenvolupen lleis aprovades aquests darrers anys, hem d'esmentar el Decret 41/2017, de 25 d'agost, que aprova el Reglament de casinos de joc i el Decret 42/2017, de 25 d'agost, que aprova el Reglament d'apostes (BOIB núm. 106; correccions d'errades BOIB núm. 144), tots dos en desenvolupament de la Llei 8/2014, d'1 d'agost, **del joc i les apostes a les Illes Balears**; el Decret 17/2017, de 21 d'abril, pel qual es fixen els principis generals d'exoneració de les condicions urbanístiques de les edificacions i les instal·lacions agràries i complementàries en explotacions agràries a l'àmbit de les Illes Balears (BOIB núm. 48), que complementa la Llei 12/2014, de 16 de desembre, **agrària de les Illes Balears**. Per la seva banda, el Decret 66/2016, de 18 de novembre, pel qual s'aprova la Cartera bàsica de serveis socials de les Illes Balears 2017-2020 i s'estableixen principis generals per a les carteres insulars i locals (BOIB núm. 146) complementa la Llei 4/2009, d'11 de juny, de **serveis socials**. El Decret 40/2017, de 25 d'agost (BOIB núm. 105), té per objecte definir els criteris d'autorització i acreditació dels serveis per a joves en procés d'emancipació que han estat sotmesos a mesures administratives de protecció o a mesures de justícia juvenil, així com la forma i el procediment d'accés i la llista d'espera per gaudir d'aquests serveis, com també regular la renda d'autonomia personal per a joves en procés d'emancipació que han estat sotmesos a mesures de

justícia juvenil, tot això en desenvolupament de la Llei 7/2015, de 10 d'abril, per la qual s'estableix el marc regulador dels **processos d'autonomia personal de menors que han estat sotmesos a una mesura de protecció o reforma**. I, finalment, el Decret 73/2016, de 23 de desembre, sobre els centres d'ensinistrament de cans d'assistència i els principis generals del procediment per al reconeixement dels cans d'assistència (BOIB núm. 161), que desenvolupa la Llei 1/2014, de 21 de febrer, de **cans d'assistència**.

## II. Estat

No hi ha dubte que la notícia que mereix encapçalar aquest apartat és l'Acord de 21 d'octubre de 2017 del Consell de Ministres pel qual, en aplicació d'allò disposat en l'art. 155 de la Constitució es té per no atès el requeriment plantejat al president de la Generalitat de Catalunya per tal que aquesta procedeixi al compliment de les seves obligacions constitucionals i al cessament de les seves actuacions greument contràries a l'interès general i es proposen al Senat per a la seva aprovació les mesures necessàries per garantir el compliment de les obligacions constitucionals i per a la protecció de l'interès general esmentat. El ple del Senat autoritzà, tot i que no totes, les mesures requerides pel Govern a l'empara de l'**art. 155 CE** (BOE núm. 260).

Des d'un altre punt de vista, l'activitat normativa estatal s'ha caracteritzat per l'ús abundant de la figura del decret llei enfront de les lleis. Així, entre els primers, hem d'esmentar el RDL 3/2016, de 2 de desembre, de mesures en l'àmbit tributari dirigides a la **consolidació de les finances públiques** i altres mesures urgents en matèria social (BOE núm. 292); el RDL 5/2016, de 9 de desembre, de mesures per a l'ampliació del **calendari d'implantació de la LOMCE** (BOE núm. 298); el RDL 1/2017, de 20 de gener, de mesures de protecció de consumidors en matèria de **clàusules sòl** (BOE núm. 18); el RDL 5/2017, de 17 de març, en matèria de **protecció de deutors** hipotecaris sense recursos, reestructuració de deute i lloguer social (BOE núm. 66); el RDL 8/2017, de 12 de maig, de modificació del règim dels treballadors per a la prestació del **servei portuari de manipulació de mercaderies** (BOE núm. 114); el RDL 9/2017, de 26 de maig, de transposició de directives europees en els àmbits financer, mercantil i sanitari, i sobre el **desplaçament de treballadors** (BOE núm. 126); el RDL 11/2017, de 23 de juny, de mesures urgents en matèria financera (BOE núm. 150), i el RDL 15/2017, de 6 d'octubre, de mesures en matèria de mobilitat d'operadors econòmics dins el territori nacional (BOE núm. 242). Són sis les lleis que han estat aprovades: la Llei 1/2017, de 18 d'abril, sobre **restitució**

**de béns culturals** que hagin sortit de forma il·legal del territori espanyol o d'un altre Estat membre de la Unió Europea (BOE núm. 93); la Llei 2/2017, de 21 de juny, de modificació de la Llei d'**assistència jurídica gratuïta** (BOE núm. 148); la Llei 3/2017, de 27 de juny, de pressuposts generals de l'Estat (BOE núm. 153); la Llei 4/2017, de 28 de juny, de modificació de la Llei de **jurisdicció voluntària** (BOE núm. 154); la Llei 5/2017, de 29 de setembre, de modificació de la Llei de la **ràdio i la televisió** de titularitat estatal (BOE núm. 236), i la Llei 6/2017, de 24 d'octubre, de reformes urgents del **treball autònom** (BOE núm. 257).

Les Illes Balears han estat objecte d'atenció específica del Govern d'Espanya en dues ocasions: el RD 741/2016, de 30 de desembre, en matèria de delimitació de la zona de promoció econòmica (BOE núm. 316) i el RD 265/2017, de 17 de març, de mesures urgents per pal·liar els danys causats per temporals i per reparar determinats danys al litoral (BOE núm. 66).

# rjib16

## LLIBRES

*Antonio J. Terrasa García*
President del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears
**(Recurso de apelación penal. Teoría y práctica)**

*Carlos Gómez Martínez*
Magistrat de l'Audiència Provincial
**(Función notarial y jurisdicción voluntaria)**

*Silvia Feliu Álvarez de Sotomayor*
Professora contractada doctora de dret internacional privat
Universitat de les Illes Balears
**(Viajes combinados y servicios de viaje vinculados: replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad)**

*Ricardo J. Navarro Gómez*
Professor contractat doctor interí de dret financer i tributari
Universitat de les Illes Balears
**(El impuesto balear sobre estancias turísticas)**

**RECURSO DE APELACIÓN. TEORÍA Y PRÁCTICA**. J. SUAU MOREY. Vila Nova de Gaia (Portugal): Editorial Juruá, 2017.

La obra constituye una aportación al tratamiento científico y práctico del proceso penal que engrosa la colección de monografías coordinadas por David VALLESPÍN PÉREZ, bajo el título «Colección Procesal Penal», a tenor de la enésima reforma del proceso penal (Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), la cual ha proporcionado al autor un estímulo adecuado para reaccionar analíticamente ante las nuevas coordenadas del sistema.

No es la primera vez que Jaime SUAU MOREY aborda la problemática relacionada con los recursos, respecto de la que nuevamente se pronuncia con estilo multidireccional, ofreciendo una referencia inicial de base historicista, con apuntes que ayudan a dibujar un perfil institucional de carácter entre oscilante y evolutivo.

Ello fomenta una inmediata extracción de la esencia inherente al derecho de acceso a los recursos con carácter general, así como su enlace específico en relación con el recurso de apelación penal, cuyo objeto y finalidad es inéditamente refundido con las exigencias establecidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para poder revisar el pronunciamiento condenatorio instalado en la sentencia de primera instancia, fundamentalmente a partir del respeto a los principios de inmediación y audiencia.

Esta última cuestión, con las alteraciones derivadas de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, actúa en realidad como motor subyacente que impele al análisis, y constituye el eje en torno al que giran las principales referencias y conclusiones sobre su aplicación práctica.

El análisis de corte institucional sobre las coordenadas del problema, y sobre la solución estructural implantada por la reforma con carácter general para el recurso de apelación, se relaciona con sus diferentes proyecciones según se trate de apelar las sentencias de los Juzgados de lo Penal, o de las Audiencias Provinciales, con las especialidades del diseño subsistente para el Tribunal del Jurado, y se enlaza con la función nomofiláctica propia del recurso de casación subsecuente.

A partir de ello, se aborda por separado la problemática que específicamente atañe a las sentencias absolutorias, las condenatorias, con referencia a las de instancia única.

Pero el núcleo fundamental que nutre las coordenadas de la obra se dirige a establecer, de manera sistemática, los diferentes puntos esenciales para la tramitación, diseccionando en cada caso los aspectos que, con carácter específico, determinan algunos aspectos problemáticos y de interés.

El capítulo tercero proporciona un marco abierto a las cuestiones generales y propias del recurso de apelación contra las sentencias (legitimación y contenido del recurso, la fase de interposición ante el órgano que dictó la sentencia recurrida, sus motivos, la adhesión y su condición supeditada, la fase ante el órgano que ha de resolver el recurso, la problemática de la prueba, los efectos de la apelación y la anulación de sentencias firmes en ausencia del acusado, así como su posterior proyección casacional ante el Tribunal Supremo).

En capítulos separados se exponen singularidades del recurso de apelación en cuanto al procedimiento seguido ante el Tribunal del Jurado, procedimiento por delitos leves, juicios rápidos, el proceso por aceptación de decreto, los recursos en la jurisdicción de menores, ante el Juzgado de vigilancia penitenciaria incluyendo una referencia al recurso de amparo contra sus resoluciones, y finalmente el recurso de apelación contra el sobreseimiento interpuesto por la víctima no personada.

Un capítulo propio es dedicado a los recursos contra las resoluciones interlocutorias, con especial referencia al procedimiento abreviado, el de menores, y ante el Tribunal del jurado.

Partiendo de las proposiciones dogmáticas que proporciona el estudio de las diferentes cuestiones, basadas en un generoso elenco de bibliografía consultada, y a impulso de un propósito expresamente declarado, el anexo de formularios destinado a integrar las exigencias de la práctica, revela el interés por proporcionar un material con que el lector obtenga elementos tangibles en orden a las exigencias forenses, que se completa con una relación de resoluciones dictadas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo de Justicia.

De este modo, las referencias teóricas a la alteración estructural resultante de la mencionada reforma que atañe al recurso de apelación penal se combinan con elementos de asistencia para su aplicación práctica.

A.J.T.G.

**FUNCIÓN NOTARIAL Y JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.** C. JIMÉNEZ GALLEGO. València: Tirant lo Blanch, 2017.

I

Carlos JIMÉNEZ GALLEGO, notari de Palma, ens té malavesats als integrants de la comunitat jurídica balear ja que, des de 2016 a final de l'any 2017, ha publicat tres obres importants d'aquestes que podem anomenar «de referència» o «de consulta» per la seva profunditat, exhaustivitat i caràcter pràctic. En efecte, aquest jurista, membre de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Balears, va publicar en 2016 dos llibres: *El Reglamento Sucesorio Europeo. Un comentario notarial* (Consejo General del Notariado) i *La nueva coordinación Realidad-Catastro-Registro* (Tirant lo Blanc).

Ara, l'autor enriqueix el nostre patrimoni bibliogràfic amb una nova obra: *Función notarial y jurisdicción voluntaria*, en què estudia les actuacions que la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària, ha encomanat als notaris. Aquesta nova norma atribueix a aquests empleats públics una sèrie de tramitacions que, amb excepció de les declaracions d'hereus intestats, són noves en el sentit que no havien estat mai de la seva competència.

El llibre apareix dos anys després de l'entrada en vigor de la nova norma perquè, tal com explica en el pròleg, l'autor ha volgut que hi hagués abans una certa experiència aplicativa, així com un cert cos doctrinal.

L'obra expressament exclou el tractament de qüestions exclusivament teòriques com són la naturalesa jurisdiccional o administrativa de les actuacions atribuïdes als notaris o el debat sobre la desjudicialització de les matèries a les quals fan referència aquestes actes o expedients, i se centra en la interpretació de preceptes difícils, en temes de caire tècnic i en la resolució de problemes d'aplicació pràctica.

JIMÉNEZ GALLEGO no eludeix la perspectiva internacional, sinó que, al contrari, la tracta amb profunditat. Explica en el pròleg que això es deu al fet que, en la condició de notari de Palma, molts dels assumptes en els quals intervé contenen algun element transnacional. I, encara que això sigui cert, hi ha també altres raons, com són la seva vocació pel dret de la Unió Europea i el coneixement extens que té sobre aquesta matèria i que ha demostrat en les obres anteriors. En qualsevol cas, aquest èmfasi internacional confereix al llibre un caire singular i diferenciador respecte d'altres comentaris. Efectivament, en aquesta obra s'estudien el Conveni de Munich de 5 de setembre de 1980, relatiu a la certificació de capacitat matrimonial; el Reglament (UE) 2016/1103 del Consell, de 24 de juny, sobre cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, llei aplicable, reconeixement i

execució de resolucions en matèria de règims econòmic matrimonials, que entrarà en vigor en 2019; el Reglament (UE) 1259/2010, de 20 de desembre, sobre cooperació reforçada en l'àmbit de la llei aplicable al divorci i a la separació judicial; el Reglament (CE) 1393/2007, de 13 de novembre, sobre notificacions en el procés monitori europeu, i el Reglament (CE) 805/2004, de 21 d'abril, pel qual s'estableix un títol executiu europeu per a crèdits no impugnats.

La Llei 15/2015 suposa una clara ampliació de la funció notarial. Fins i tot l'àmbit material de la declaració d'hereus, que ja venia atribuïda als notaris, s'ha estès a la declaració d'hereus a favor dels col·laterals que abans estava reservada als jutjats.

Hi ha certs expedients atribuïts als notaris que es poden tramitar també als jutjats, a elecció de l'interessat. És el cas de l'acta prèvia al matrimoni (encara que l'entrada en vigor d'aquesta normativa s'ha ajornat fins al 30 de juny de 2018); la celebració de matrimoni (ja en vigor); les separacions i divorcis quan no hi ha fills comuns, amb presentació del corresponent conveni regulador; la renúncia i pròrroga del càrrec de marmessor i comptador partidor; el nomenament de comptador partidor; l'aprovació de la partició realitzada per comptador partidor; l'aprovació de la partició en el cas de pagament en efectiu de la llegítima; l'oferiment de pagament i consignació; les subhastes; l'expedient de furt, robatori, pèrdua o destrucció de títol valor, i el nomenant de pèrit en els contractes d'assegurances. Encara que es facin algunes comparacions i referències inevitables als expedients tramitats davant els lletrats de l'administració de justícia, aquest no és l'objectiu del llibre.

Els assumptes atribuïts exclusivament als notaris i que s'estudien també de manera extensa en el llibre són les actes de notorietat per a la constància del règim econòmic matrimonial legal; la declaració d'hereus intestats; l'adveració i protocol·lització de testaments hològrafs, tancats i orals; la formació de l'inventari de l'herència; la reclamació de deutes dineraris no controvertits, i algunes actuacions relatives als dipòsits mercantils.

II

L'autor ja dóna compta de l'èxit que estan tenint la celebració de matrimonis a la notaria, la formalització de separacions i divorcis i les declaracions d'hereus intestats. En un grau mitjà d'utilització es trobarien l'adveració de testaments hològrafs i la renuncia de marmessors.

Es fan notar també les dificultats que suposen les subhastes notarials, especialment utilitzades quan tenen per objecte accions de societats no cotitzades o participacions. Es tracta, recorda l'autor, d'actuacions que, en certs casos, es duen a terme contra la voluntat del propietari, la qual cosa les allunya del caràcter

normalment voluntari que tenen les actuacions notarials. A més a més, JIMÉNEZ GALLEGO destaca la seva regulació deficient.

L'adveració de testaments tancats serà forçosament poc utilitzada perquè aquesta forma de testar és desconeguda en la pràctica. L'adveració de testaments orals pot tenir un millor futur ja que es pot incrementar per la creixent utilització massiva de dispositius electrònics portàtils. En canvi, l'autor no augura un freqüent ús de l'expedient per la constància del règim econòmic matrimonial legal, ja que sempre es poden atorgar capitulacions matrimonials. Però, en l'opinió d'aquest comentarista, el que s'ha volgut fer és donar resposta al problema que es planteja quan no s'han pactat aquestes capitulacions. Quin valor té llavors la manifestació de qualsevol cònjuge feta en una escriptura pública, per exemple, de compravenda, que el matrimoni està sotmès a un o a un altre règim econòmic legal?

L'autor mostra estranyesa per la poca utilització del «monitori notarial» i l'atribueix a la manca de coneixement. Tal vegada sigui rellevant, també, que el monitori judicial no té costes en la primera fase de petició sense oposició del deutor (excepte el monitori de l'article 21 de la Llei de propietat horitzontal).

Seguint la sistemàtica d'obres anteriors, Carlos JIMÉNEZ finalitza cada un dels capítols (13) amb els corresponents formularis i models d'actes, la qual cosa converteix el llibre objecte d'aquesta recensió en una obra de gran utilitat pràctica que, per altra banda, de cap manera es pot confondre amb un recull de formularis, tant pel nivell de la part doctrinal com per la profunditat de les seves aportacions originals.

C.G.M.

**VIAJES COMBINADOS Y SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS: REPLANTEAMIENTO DE CONCEPTOS Y SUS CONSECUENCIAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD.** A. PANIZA FULLANA. Madrid: Dykinson, SL, 2017.

I

La aprobación de la Directiva (UE) 2015/2302, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa de viajes combinados y los servicios de viaje vinculados, exigía un estudio de las novedades que la misma presentaba con respecto a la Directiva de 1990 sobre viajes combinados, de ahí que el estudio monográfico se encuentra plenamente justificado y resulte fuente de aportaciones significativas.

En concreto, la autora se pregunta si el texto de la nueva Directiva consigue garantizar los derechos de los usuarios de los nuevos productos turísticos, teniendo en cuenta que el uso de las nuevas tecnologías por los consumidores y usuarios en el ámbito turístico ha modificado el mercado de los viajes combinados.

De manera coherente con el título de la obra, la autora proporciona un replanteamiento de conceptos y sus consecuencias sobre la responsabilidad. Es decir, analiza las nuevas figuras presentes en la contratación de los viajes combinados y los servicios de viaje vinculados para después abordar la responsabilidad de los mismos.

Para llevar a cabo su estudio, analiza el *iter* normativo que ayuda a entender la plasmación final en la Directiva de los temas objeto de análisis. Esto es, realiza un estudio que va desde la regulación en la Directiva de 1990 sobre viajes combinados, pasando por la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los viajes combinados y los servicios asistidos de viaje, hasta llegar a la actual Directiva (UE).

II

Esta orientación de la obra se corresponde con su estructura, dividida en cinco capítulos. El primero, centrado en el fenómeno de las nuevas tecnologías aplicadas al sector turístico, lo que justifica el replanteamiento y modernización de la normativa sobre viajes combinados, en concreto con respecto a los servicios de viaje vinculados.

El capítulo II refleja los antecedentes de la Directiva, ayudando con ello al lector a entender las razones que llevaron al legislador a configurar la actual Directiva.

El capítulo III presenta los nuevos productos turísticos en la Directiva (UE). Así, la autora analiza las novedades que presentan los «nuevos» viajes combinados regulados en la actual Directiva con respecto a la Directiva de 1990. También

analiza los nuevos productos turísticos como los servicios de viaje vinculados, explicando el *iter* normativo de los mismos. Este análisis va acompañado de algunos supuestos prácticos para que el lector pueda comprender mejor la problemática que plantean los nuevos productos turísticos, producto de una nueva contratación que se vale de los medios electrónicos.

Los capítulos descritos hasta el momento son necesarios para llegar al capítulo IV en el que la autora replantea la responsabilidad de los empresarios turísticos, núcleo central de la monografía. El capítulo se inicia con un análisis de lo descrito en materia de responsabilidad en la Propuesta de Directiva para llegar después a la Directiva (UE) 2015/2302. El estudio de la responsabilidad de los empresarios turísticos abarca la fase previa a la perfección del contrato, así como la responsabilidad de los organizadores y detallistas por la falta de conformidad en el contrato de viaje combinado. Se cuestiona, en este apartado, la viabilidad de la responsabilidad solidaria de organizadores y detallistas contemplada en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios para este nuevo contexto de contratación, a la espera de la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva (UE) 2015/2302. Se analiza también las consecuencias del incumplimiento, así como el sistema de protección frente a la insolvencia en la Directiva.

El capítulo IV finaliza con el análisis de la responsabilidad del empresario que facilita servicios de viaje vinculados, cuestión novedosa de la Directiva (UE) 2015/2302, con respecto a la Directiva de 1990 sobre viajes combinados.

Finalmente, la autora se sirve del capítulo V para reflexionar sobre el alcance de la Directiva, con un espíritu crítico, sobretodo en relación a la escasa regulación presente en la nueva Directiva sobre los servicios de viaje vinculados, lo que evidencia que no se ha tenido muy en cuenta la actual realidad tecnológica. La autora también es crítica con la regulación que la Directiva ha mantenido con respecto a la responsabilidad del organizador y detallista en los viajes combinados, teniendo en cuenta el margen de libertad que la misma deja a los Estados miembros para determinar la responsabilidad del organizador junto con la del minorista, lo cual replantea el debate sobre la responsabilidad solidaria como mejor fórmula para proteger al viajero. Se plantea también el debate sobre si en España deberíamos continuar con una regulación en sede de normativa sobre consumidores u optar por una ley específica, o incluso por una futura modificación del Código Civil.

III

El carácter completo del estudio reseñado se refleja en la jurisprudencia aportada por la autora en los problemas tratados, lo que ofrece una visión práctica que ayuda a comprender mejor el tema en cuestión. Ello contribuye a la coherencia del conjunto del análisis que lleva a cabo la autora.

Cabe poner de relieve que la monografía de Antonia PANIZA FULLANA constituye una valiosa aportación no solo en el contexto de la doctrina española, sino también del conjunto de la europea por la naturaleza del tema trabajado: una Directiva Europea. Sus reflexiones contribuirán, a buen seguro, a enriquecer el debate doctrinal abierto en Europa sobre la nueva regulación sobre los viajes combinados que, si bien ha sido celebrada especialmente por incluir los servicios de viaje vinculados, presenta ya algunas deficiencias. Tal y como dice la autora: «Una vez más, la tecnología avanza por delante del Derecho».

S.F.A. de S.

**EL IMPUESTO BALEAR SOBRE ESTANCIAS TURÍSTICAS.** C. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ. Palma: Lleonard Muntaner, Editor, 2017 (Colección *Responsa*; 4).

I

En el momento actual, pocas cuestiones suscitan en nuestra sociedad un debate tan enconado como el del turismo, tanto con relación a lo que es, con particular atención a su trascendencia en cuanto a sus beneficios y a sus efectos negativos sobre el empleo, el medio ambiente, el territorio o la actividad económica, como en cuanto a lo que debería ser, con una especial mención de cómo plantear su sostenibilidad en un contexto actual de cifras récord de visitantes turísticos.

Así planteada, la llamada cuestión turística, como materia transversal que es, es susceptible de ser analizada desde múltiples perspectivas, entre ellas, su vertiente fiscal o tributaria, en la medida en que los impuestos pueden ser concebidos como un instrumento que compense las externalidades negativas de la actividad turística en forma de acciones lesivas al medio ambiente, pero también como un instrumento jurídico que, bien dotado de una técnica normativa adecuada y de una estructura coherente con los principios de justicia tributaria normativa nacional y comunitaria, plantee cabalmente la estancia o alojamiento del turista como una manifestación de capacidad económica que justifique la necesidad de contribuir al gasto público que genera el turismo, con el objeto de reinvertir su recaudación en la mejora de sus infraestructuras.

En este controvertido contexto, se sitúa la monografía de la profesora Carmen FERNÁNDEZ, en la que se traza un relato argumental coherente, riguroso y, lo que es más difícil, expuesto de forma accesible, para cualquier lector interesado en esta materia, tenga o no conocimientos técnicos tributarios, sobre el Impuesto sobre Estancias Turísticas y de Medidas de Impulso del Turismo Sostenible, establecido por el Parlamento balear mediante la Ley 2/2016, de 30 de marzo. Así lo afirma la propia autora al señalar desde las primeras páginas que su enfoque es «predominantemente jurídico, pero poco tecnicista», lo cual constituye, a mi modo de ver, uno de los grandes aciertos del libro.

II

Si bien su estructura formal se divide en siete epígrafes, el libro se ordena en cuanto a su contenido en dos partes claramente diferenciadas y, a la vez, interconectadas, de forma que no es posible comprender en su integridad la significación del impuesto si no se conoce el detalle de su régimen jurídico y

viceversa. Así, la primera parte aborda la significación o dimensión del impuesto en sus cinco primeros epígrafes. Desde un punto de vista metodológico, se advierte en ellos el preciso iter argumental de la autora en su interés por situar el contexto social, económico y, obviamente jurídico, en el que cabía hablar de establecer un impuesto turístico. El primer epígrafe es muy ilustrativo al respecto pues se detiene en comparar el diferente grado de aceptación social de un nuevo «tributo al turismo» en 2016, mucho más favorable y menos virulento que aquel en que se vio envuelta su antecedente, la llamada «ecotasa» en 2001, a la que luego me referiré. Es este un dato muy relevante en la andadura inicial del tributo, lo que la autora achaca a la experiencia previa de la implantación de un tributo similar en Cataluña en el año 2012, así como a la existencia de gravámenes similares en otros destinos turísticos. En este punto, la autora manifiesta como declaración de intenciones su opinión favorable a su establecimiento en la medida en que se articule como un instrumento propio y autónomo que pueda potenciar el turismo sostenible.

Una vez desgranado el contexto social, el segundo epígrafe nos conduce al contexto jurídico en el que cabe plantear el establecimiento del impuesto; esto es, el marco normativo en el que las Comunidades Autónomas pueden ejercer sus competencias tributarias, encarnado principalmente en la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA). Un marco que, en opinión de la autora, resulta claramente insuficiente, no sólo por los límites consustanciales al carácter «derivado» del poder tributario autonómico que impone la LOFCA en aplicación de la propia Constitución, en contraposición al poder «originario» del Estado en materia tributaria, sino también por la propia actitud del Gobierno tendente a impugnar sistemáticamente ante el Tribunal Constitucional las leyes creadoras de los impuestos propios autonómicos. No obstante, entiende que el impuesto turístico puede resultar especialmente interesante para mejorar la financiación autonómica, dado que precisamente el TC no ha tenido aún ocasión de pronunciarse sobre un impuesto autonómico sobre las estancias turísticas, tal como expone con más detalle más adelante.

El tercer epígrafe expone las diferentes manifestaciones del gravamen sobre la estancia turística a lo largo del mundo, las cuales se engloban en la denominación genérica y común de «tasa turística» o *taxe de séjour*. Sin perjuicio de la posterior precisión técnica de este concepto en la Ley 2/2016, la doctora FERNÁNDEZ explica con numerosos ejemplos que dicho gravamen es, a día de hoy, una tendencia imparable y que se encuentra presente en numerosos y destacados destinos turísticos tanto en Europa (Ámsterdam, Roma, o Florencia, por citar tres de ellos) como fuera de Europa (Nueva York, Punta Cana, Marruecos, Emiratos Árabes

Unidos, Colombia, etc.). Ciertamente, en España sólo se cuenta con el tributo balear de 2016, su fallido antecedente en 2001 con la «ecotasa» y con el tributo catalán de 2012, si bien se hace eco del planteamiento sobre la oportunidad de su implantación en ciudades con una intensa actividad turística como Sevilla o San Sebastián. En cualquier caso, la autora señala que la implantación de la tasa turística se reconduce a dos modelos: o bien por pernoctación en un establecimiento turístico o bien por entrada y salida del país. Esta segunda opción es, a su juicio, la más factible en los archipiélagos, por sus condiciones geográficas, si bien es imprescindible que, para ello, ostenten competencias sobre la gestión de las infraestructuras portuarias o aeroportuarias.

El cuarto epígrafe conforma un amplio y detallado estudio sobre su antecedente directo, la mal llamada «ecotasa», establecida por la Ley 7/2001, de 23 de abril, porque, jurídicamente, ni era ecológica ni era tasa, tal como la autora explica con detalle al configurar su hecho imponible sobre la estancia en empresas turísticas de alojamiento como manifestación de capacidad económica. Este hecho la desvincula de cualquier actividad administrativa o servicio público y, por tanto, sirve para calificarla como impuesto, y porque no estaba destinado a atender necesidades de política ambiental, sino que se trata de un impuesto propio, directo, de carácter fiscal con efectos extrafiscales, pues su finalidad era recaudatoria, pero se encontraba afectada a la dotación de un Fondo de Rehabilitación de Espacios Turísticos, que servía para atender gastos de diferente naturaleza como la rehabilitación de zonas turísticas, el ahorro o eficiencia del agua, o la revitalización de la agricultura como actividad competitiva.

Con todo, una de las cuestiones más interesantes de este apartado es el devenir del impuesto ya que fue impugnado ante el TC si bien éste nunca llegó a analizar su constitucionalidad porque fue antes derogado por el Parlamento balear en 2003. Las principales razones para defender o cuestionar su adecuación a la Constitución se centraban, según la autora, en la eventual doble imposición del impuesto con el IVA (art. 6.2 LOFCA) y su solapamiento en la esfera local con el IAE, lo que vulneraría la prohibición de establecer tributos propios autonómicos sobre las materias que la legislación de régimen local reserva a las corporaciones locales (art. 6.3 LOFCA). La autora considera que ninguno de ambos argumentos habría prosperado ante el TC pues los hechos imponibles de uno y otro son diferentes, lo que descartaría la doble imposición, y además versan sobre objetos o materias tributarias diferentes, lo que invalidaría su colisión con el art. 6.3 LOFCA.

Finalmente, el quinto epígrafe realiza una breve aproximación al Impuesto catalán sobre Estancias en Establecimientos Turísticos de 2012, en la que destaca la similitud con la «ecotasa» balear de 2001 en cuanto a su estructura general que lo configura como un impuesto propio, afectado o finalista, no ecológico, directo, objetivo e instantáneo. No obstante, una de sus principales diferencias es que está destinado estrictamente a la promoción turística, en contraposición con el impuesto balear de 2001, en el que se recogían otras finalidades como la preservación del medio ambiente, la revitalización de la agricultura o la defensa del patrimonio histórico y cultural. En cualquier caso, es digno de mención el hecho de que, transcurridos más de cinco años desde su entrada en vigor, el impuesto catalán no ha sido impugnado ante el TC.

III

La segunda parte del libro se contiene en sus epígrafes sexto y séptimo y en ellos se analiza pormenorizadamente el régimen jurídico del vigente impuesto y su compatibilidad con la normativa nacional y comunitaria. En el epígrafe sexto se detallan su concepto y sus distintos elementos configuradores, en lo que cabe llamar la atención sobre la intención del legislador por perfeccionar técnicamente algunos aspectos en relación con su antecedente de 2001. En este sentido, el legislador de 2016 ha partido, en líneas esenciales, del concepto y de la estructura del impuesto de 2001, y así se define como un tributo directo, instantáneo y propio de la Comunidad Autónoma, que tiene carácter finalista al estar afectado íntegramente a un Fondo para favorecer el turismo sostenible, con el que se pretende, en opinión de la autora, compatibilizar la industria turística con la protección del medio ambiente en un sentido muy amplio, a fin de promover la participación de todos los agentes relacionados con el sector, al incorporar una nueva ética del turismo y del turista. La noción, pues, de «turismo sostenible» se presenta como el elemento clave de equilibrio entre los aspectos conservacionistas y los turísticos y por ello los recursos de dicho Fondo se orientan a diversas finalidades que lo fomenten como, por ejemplo, la preservación del medio natural, rural, agrario y marino, el fomento de la desestacionalización, la recuperación del patrimonio histórico y cultural o el fomento de la ocupación en temporada baja.

Además, la Ley 2/2016 crea una Comisión de Impulso del Turismo Sostenible, formado por representantes de las diferentes administraciones públicas, de los agentes económicos y sociales y de las entidades medioambientales a fin de valorar qué actuaciones se financian con el citado Fondo, con arreglo a sucesivos planes anuales elaborados por la Comisión. En 2016 las principales actuaciones

financiadas han sido las relacionadas con el ciclo del agua y la depuración de aguas residuales, lo que es valorado positivamente por la autora, por cuanto ratifica la utilidad del impuesto en este sentido.

Otros aspectos destacados de la Ley 2/2016, que resalta FERNÁNDEZ son, sin ánimo exhaustivo, la inclusión del gravamen de las viviendas comercializadas turísticamente, ya sean regulares o irregulares, con la consiguiente exclusión de las viviendas que no se comercializan turísticamente y los arrendamientos sujetos a una regulación diferente como, por ejemplo, los arrendamientos de temporada o los que se conciertan por tiempo igual o superior a dos meses. En estos términos, la autora destaca la importante labor de concreción técnica de estas y otras materias mediante el reglamento de la Ley, aprobado por el Decreto 35/2016, de 23 de junio. También destaca la inclusión del gravamen de los cruceros, no contemplada en la Ley de 2001, la exención de los menores hasta los 16 años (en contraste con los 12 años que establecía la Ley de 2001), la definición de los criterios que fundamentan la aplicación del régimen de estimación objetiva del impuesto, desarrollados con pleno respeto al principio de legalidad en la determinación de la base imponible en el Decreto 35/2016, o el reconocimiento de la estacionalidad turística de las Islas al bonificar en un 50% la cuota íntegra del impuesto para las estancias que se realicen en temporada baja. Por lo demás, considera positivo el cambio en la propia denominación del impuesto, al sustituir la referencia a las estancias en empresas de alojamiento turístico por «estancias turísticas».

Por último, el séptimo epígrafe analiza la adecuación de la Ley 2/2016 a la normativa de la UE, así como a las normas nacionales reguladoras de ciertos impuestos (en particular, el IVA) y a los principios constitucionales del art. 31 CE y la LOFCA. Su conclusión al respecto es que la regulación del impuesto balear respeta dichas normas al no amparar ningún tratamiento discriminatorio, ya que se cobra a cualquier persona que efectúe una estancia turística, sea o no residente en las Illes Balears, y no supone ninguna restricción injustificada a la libre prestación de servicios. En el plano interno, no colisiona con el IVA, habida cuenta de que, según sus características, no encaja en la noción de impuesto sobre volumen de ventas según la llamada VI Directiva y es plenamente compatible con los principios constitucionales y la LOFCA. Al respecto, la autora resalta que es «incuestionable» que el impuesto grava un índice de capacidad económica, que se manifiesta, como regla general, en una estancia del turista cuya cuota tributaria se determina en función de su número de días y del tipo de alojamiento, lo cual supondrá, en cada caso, un mayor o menor índice de capacidad económica que se modulará en

función de la cuota a pagar por el sujeto pasivo del tributo. Es indiscutible, a estos efectos, que la estructura del impuesto balear respeta la necesaria coherencia entre su hecho imponible y sus elementos de cuantificación, tal como en su momento señalara el profesor RAMALLO MASSANET, maestro insigne de quienes hemos centrado nuestro interés profesional y académico en el Derecho Financiero y Tributario y autor del excelente prólogo que antecede a la obra y que acrecienta, aún más si cabe, su interés.

Para quien, como es mi caso, conoce a la autora desde hace veinticinco años, primero como alumno, más tarde como becario y finalmente como compañero de quehaceres docentes y académicos en el área de Derecho Financiero y Tributario de la UIB, este libro es el fiel reflejo de su inveterada capacidad expositiva y del estilo personal que ha venido imprimiendo en sus clases a numerosas generaciones de juristas y no juristas. Unas clases plenas de rigor técnico pero también de un relato argumental ágil, didáctico, expresivo, conciso y clarificador, en las que busca en la esencia de cada concepto la síntesis global de los fundamentos de una disciplina de conocimiento que, no cabe obviarlo, no es especialmente atractiva al alumno de Derecho por razones que exceden el objeto de esta reseña.

En definitiva, no es fácil conseguir que, en cualquier tema jurídico tributario como el que nos ocupa, el libro «se lea solo» tal como le manifesté a la doctora FERNÁNDEZ al acabar su lectura. Creo que esa es su mayor virtud, máxime si va acompañado de una notoria destreza técnica en su exposición.

R.J.N.G.