

njro

17

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

*Prova penal il·lícita: fonament de la regla d'exclusió
i les seves excepcions*

•

Solidaritat i responsabilitat: drets i obligacions

•

El Govern en funcions en la nova Llei 1/2019, de 31 de gener

•

Llei de camins públics i rutes senderistes

•

*Majories exigibles en l'aprovació insular del planejament
territorial i urbanístic*

2019

rjib 17

*Prova penal il·lícita: fonament de la regla d'exclusió
i les seves excepcions*

•

Solidaritat i responsabilitat: drets i obligacions

•

El Govern en funcions en la nova Llei 1/2019, de 31 de gener

•

Llei de camins públics i rutes senderistes

•

*Majories exigibles en l'aprovació insular del planejament
territorial i urbanístic*

2019

Coedició

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

Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats
de les Illes Balears
La Rambla, 10
07003 Palma (Illes Balears)
Tel.: 971 179409 / Fax: 971 719206
fundacio@icaib.org

Subscripcions i contacte

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

Director Carlos Gómez Martínez

Consell de redacció Felio J. Bauzá Martorell

José Àngel Torres Lana
Antonio J. Terrasa García
Tomás Mir de la Fuente
Eva M. Cardona Guasch
Antoni Benlloch Ramada
Carlos Jiménez Gallego
Lluís J. Segura Ginard
Àngel C. Navarro Sánchez
Antoni Canals Prats

Secretària Margarita Cunill Crespí

De l'edició: © Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears i
Institut d'Estudis Autònoms

Dels textos: © Els autors

Del disseny del núm. 1 de la RJIB: © Ludmila Rivacoba Wamba

Impressió^(*) d'aquest número: Gráficas Planisi, S.A.

Dipòsit legal: PM 1622-2003
ISSN: 1697-1272

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>).

rjib 17

SUMARI

ESTUDIS

Francisco Jesús Terrassa Ortuño. <i>Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones</i>	9
Carlos Gómez Martínez. <i>Solidaridad y responsabilidad: derechos y obligaciones</i>	33
Miquel Pons-Portella. <i>El Gobierno en funciones en la nueva Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears</i>	47
Felio José Bauzá Martorell. <i>Ley de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca</i>	95
Jaume Munar Fullana. <i>Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles als acords dels òrgans dels consells insulars en l'aprovació del planejament territorial i urbanístic</i>	127

COMENTARIS I NOTES

José Antonio Baena Sierra. <i>La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos y tributos del préstamo hipotecario</i>	179
---	-----

Mariángeles Berrocal Vela. <i>La función social del derecho de propiedad en la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears</i>	201
--	-----

JURISPRUDÈNCIA

CONSTITUCIONAL, per Jaume Munar Fullana	218
DRET CIVIL BALEAR, per Miquel Masot Miquel	248
CIVIL, per Carlos Gómez Martínez	267
PENAL, per Antonio J. Terrasa García	273
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, per Fernando Socías Fuster	288
LABORAL, per Ferran Gomila Mercadal	304

ACTIVITAT REGISTRAL , per Antoni Canals Prats	317
--	-----

ACTIVITAT NORMATIVA , per Lluís Isern Estela	333
---	-----

LLIBRES

<i>Noticiari de fets memorables de Mallorca (1749-1828). Edició i estudi preliminar de Carme Simó Roca. NADAL I HUGUET, G.</i> Per Carlos Gómez Martínez	352
---	-----

<i>Comentarios a la Ley de Urbanismo de las Illes Balears. BLASCO ESTEVE, A. i MUNAR FULLANA, J. (dir.).</i> Per Joaquín Eduardo Tomás Marín	356
---	-----

ESTUDIS

rjib 17

ESTUDIS

PRUEBA PENAL ILÍCITA: FUNDAMENTO DE LA REGLA DE EXCLUSIÓN Y SUS EXCEPCIONES

Francisco Jesús Terrassa Ortuño

Abogado

I. Invalidez de la prueba ilícita y sus excepciones. II. Exclusión de la prueba ilícita directa y su excepción por obtención de buena fe. III. Exclusión de la prueba ilícita indirecta y sus excepciones. 1) *La doctrina del nexa causal atenuado.* 2) *El descubrimiento inevitable.* 3) *El hallazgo casual y la flagrancia delictiva.*

RESUMEN

Las excepciones a la regla de exclusión importadas de otros sistemas como el estadounidense, basado esencialmente en el principio de oportunidad, deben examinarse en el nuestro a la luz de su propio fundamento, que es la protección y conjugación de los derechos fundamentales según el principio de proporcionalidad.

Palabras clave: prueba ilícita, excepciones a la regla de exclusión.

RESUM

Les excepcions a la regla d'exclusió importades d'altres sistemes com l'estatunidenc, fonamentat essencialment en el principi d'oportunitat, s'han d'examinar en el nostre a la llum del seu mateix fonament, que és la protecció i conjugació dels drets fonamentals segons el principi de proporcionalitat.

Paraules clau: prova il·lícita, excepcions a la regla d'exclusió.

ABSTRACT

The exceptions to the exclusionary rule that are imported from other systems such as the US, which are essentially based on the principle of prosecutorial discretion, must be examined in our own system in the light of its own basis, which is the protection and conjugation of fundamental rights according to the proportionality principle.

Key words: Illicit evidence, exceptions to the exclusionary rule.

I. Invalidez de la prueba ilícita y sus excepciones

En general se designa como prueba ilícita¹ a la obtenida o practicada violentando algún derecho fundamental comprendido entre los arts. 14 a 29 de la Constitución Española (CE), anomalía que careció de regulación expresa hasta que el 3 de agosto de 1985 se publicó la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Pero la ausencia de régimen legal (por inactividad del legislador competente para delimitar y desarrollar los derechos fundamentales) no generó un auténtico vacío de contenido, al menos en cuanto al núcleo de los derechos fundamentales afectados, que son el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE y el derecho a la igualdad de las partes de los arts. 1, 9 y 14 CE.

Y no lo generó porque la prohibición de valorar pruebas obtenidas mediante conculcación material —directa o indirecta— de un derecho fundamental venía impuesta (incluso a falta de un precepto legal que sancionara su invalidez) por la posición formal de la CE y su carácter vinculante para los poderes públicos, en conexión con el debido análisis ontológico, más el respeto debido al contenido esencial de los derechos y libertades (art. 53.1 CE).

Y así lo reconoció el Tribunal Constitucional (TC), a partir de su relevante STC 114/1984, de 29 de noviembre, al establecer que, en base al carácter objetivo de los derechos fundamentales (es decir, más allá de su operatividad como derechos meramente defensivos o subjetivos), no resultaba necesario un desarrollo normativo previo que privara de eficacia a la prueba obtenida o practicada mediando alguna lesión de nivel constitucional.²

¹ Distinta de la llamada «prueba irregular», simplemente contraria a algún precepto infraconstitucional o de legalidad ordinaria que disciplina el proceso, cuya invalidez no resulta amparable en el art. 11.1 LOPJ, ni afecta más que a la prueba directamente concernida por la infracción.

² STC 114/1984, de 29 de noviembre, Fundamento Jurídico (FJ 4): «Aun careciendo de regla legal expresa que establezca la interdicción procesal de la prueba ilícitamente adquirida, hay que reconocer que deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de “inviolables” (art. 10.1 de la Constitución) la imposibilidad de admitir en el proceso una prueba obtenida violentando un derecho fundamental o una libertad fundamental. Para nosotros, en este caso, no se trata de decidir en general la problemática procesal de la prueba con causa ilícita, sino, más limitadamente, de constatar la “resistencia” frente a la misma de los derechos fundamentales, que presentan la doble dimensión de derechos subjetivos de los ciudadanos y de “elementos esenciales de un

Siguiendo esta senda, cuando el legislador se decidió a actuar, afrontó la problemática mediante un precepto que, implantado en la LOPJ desde su redacción originaria, enerva de modo claro, y tajante al menos *a priori*, el valor de las pruebas obtenidas con lesión material de algún derecho fundamental, según señala su art. 11.1: «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales».

Aun sin ser estrictamente necesario, este precepto:

- eliminó aquella laguna legal;
- articuló una regla de exclusión basada en el respeto a los derechos fundamentales garantizados por la CE;³
- extendió el efecto invalidante no sólo a las pruebas directas (las intrínsecamente lesivas para algún derecho constitucional) sino también a las indirectas (las que —sin ser lícitas *per se*— derivan de otras a su vez obtenidas con violación de tales derechos constitucionales),
- e implantó una regla de exclusión rotunda, terminante, y no favorecedora de excepciones, como la previamente enunciada en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, que da prevalencia a los derechos subjetivos de los ciudadanos y relega «a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso».

ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana, justa y pacífica...” (STC 25/1981, de 14 de julio, fundamento jurídico 5). Esta garantía deriva, pues, de la nulidad radical de todo acto —público o, en su caso, privado— violatorio de las situaciones jurídicas reconocidas en la sección primera del capítulo segundo del Título I de la Constitución y de la necesidad institucional por no confirmar, reconociéndolas efectivas, las contravenciones de los mismos derechos fundamentales (el *deterrent effect* propugnado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos). Estamos, así, ante una garantía objetiva del orden de libertad, articulado en los derechos fundamentales, aunque no —según se dijo— ante un principio del ordenamiento que puede concretarse en el reconocimiento a la parte del correspondiente derecho subjetivo con la condición de derecho fundamental.»

³ STC 49/1999, de 5 de abril (FJ 12): «En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos».

Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones

Esta regla de exclusión legal mantiene un carácter tajante o absoluto, coincidente con el previamente sentado en la ya mencionada STC 114/1984 para un supuesto de orden laboral o social, cuya taxatividad no se ajusta por completo a las necesidades propias del ámbito penal.

En materia penal el rango constitucional del *ius puniendi* justifica una posible injerencia en los derechos fundamentales en la medida necesaria para la persecución de los delitos, lo que puede autorizarse tanto por disposición legal,⁴ como por autorización judicial mediante la correspondiente resolución habilitante, y así lo tiene ampliamente reconocido el Tribunal Constitucional.⁵

Y ello explica que en el ámbito penal —cuyo proceso prima la obtención de la verdad material— el tratamiento y configuración de la regla de exclusión haya evolucionado, mitigándose aquella taxatividad inicial con algunas «excepciones» a la regla, para que en determinadas condiciones la obtención ilícita de una prueba no afecte a su valor probatorio.

Es llamativo que ese reconocimiento gradual de excepciones a la regla de exclusión⁶ se haya apoyado con frecuencia en soluciones importadas del sistema estadounidense, donde fueron elaboradas en función del principio de oportunidad, allí imperante y hacia el que aquí se observa una progresiva inclinación,⁷ que hoy incide

⁴ Véase por ejemplo la excepción referida al flagrante delito ex art. 18.2 CE: «El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.»

⁵ STC 173/2011, de 7 de noviembre: «Por lo que se refiere a la concurrencia de un fin constitucionalmente legítimo que puede permitir la injerencia en el derecho a la intimidad, este Tribunal ha venido sosteniendo que reviste esta naturaleza “el interés público propio de la investigación de un delito, y, más en concreto, la determinación de hechos relevantes para el proceso penal” (SSTC 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6 y 206/2007, de 24 de septiembre, FJ 6). En efecto, “la persecución y castigo del delito constituye un bien digno de protección constitucional, a través del cual se defienden otros como la paz social y la seguridad ciudadana, bienes igualmente reconocidos en los arts. 10.1 y 104.1 CE” [SSTC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 a) y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 9].»

⁶ E incluso la propia «regla de exclusión», posteriormente conocida como doctrina de los frutos del árbol envenenado (*the fruit of the poisonous tree doctrine*), a la que ya se refería inicialmente la citada STC 114/1984.

⁷ TAPIA FERNÁNDEZ, I. «Hacia un nuevo sistema dispositivo o no necesario de enjuiciamiento criminal». *Revista Missèr*, núm. 106 (julio-septiembre 2015): «el *ius puniendi* Estatal puede estar disponible para las partes, en condiciones regladas, del ejercicio y modo de

no solo en aspectos procesales como la conformidad,⁸ sino también en los sustantivos, pues a tenor de la última reforma del Código Penal⁹ los delitos leves son tributarios de sobreseimiento bajo premisas de insignificancia y falta de interés público,¹⁰ y la persecución de algunos delitos (que no son de naturaleza privada)¹¹ se supedita a la exigencia de denuncia previa por parte del perjudicado,

ejercicio de la acción penal con independencia de que se hubiese acreditado la existencia de un hecho de apariencia punible [...] La oportunidad, como sinónimo de “disponibilidad” de las partes en el proceso penal, ha venido ganando terreno a la necesidad del proceso penal y su residencialidad en manos del Estado (a través de sus órganos judiciales integrantes del Poder Judicial), el único que posee el *ius puniendi*, o lo que es lo mismo el poder de actuación del Derecho Penal».

⁸ La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, que reformó la Ley de Enjuiciamiento criminal (LECrím), potenció el mecanismo de la conformidad, especialmente en el seno del procedimiento abreviado, a lo que se refiere explícitamente la Circular 1/89 de la Fiscalía General del Estado: «frente a las zonas de conflicto, propias de toda contienda entre partes, deben preverse zonas de consenso».

⁹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Su Preámbulo indica: «La reforma se completa con una revisión de la regulación del juicio de faltas que contiene la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que continuará siendo aplicable a los delitos leves. [...] Para estos casos se introduce, con una orientación que es habitual en el Derecho comparado, un criterio de oportunidad que permitirá a los jueces, a petición del Ministerio Fiscal, valorada la escasa entidad del hecho y la falta de interés público, sobreseer estos procedimientos.»

¹⁰ La Disposición final 2.10 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, mencionada en la nota anterior, confiere nueva redacción al art. 963 LECrím: «1. Recibido el atestado conforme a lo previsto en el artículo anterior, si el juez estima procedente la incoación del juicio, adoptará alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias: a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho. En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado. [...]»

¹¹ Las lesiones previstas en el art. 147 del Código Penal (CP) se someten al régimen de denuncia previa: «4. Los delitos previstos en los dos apartados anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.»

Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones

con lo que se avanza hacia un modelo cada vez más distanciado del tradicional principio de legalidad.

Precisamente es el principio de oportunidad lo que, en el sistema estadounidense, permite al Estado elegir cuáles son los comportamientos delictivos a perseguir, pero como contrapeso lógico a esa discrecionalidad se le exige un respeto escrupuloso a las garantías, por lo que allí el fundamento eminente de la regla de exclusión reside en la generación de un efecto disuasorio (*deterrence effect*),¹² llamado a desalentar actuaciones ilícitas, que resulta obviamente estéril frente a una obtención no maliciosa de la prueba.

Pero en nuestro sistema la regla de exclusión todavía no tiene por fundamento aquel principio de oportunidad en auge, sino la incompatibilidad de la prueba ilícita con la indemnidad de los derechos fundamentales garantizados por la CE,¹³ y por ello la llamada «regla de exclusión» tiene el carácter general obediente a la invalidez «natural» de cualquier prueba ilícitamente obtenida; mientras que sus

¹² MIRANDA ESTRAMPES, M. «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones». *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2010, pp. 134 y 136: «la Corte Suprema Federal norteamericana estableció que su verdadero y único fundamento era disuadir a la policía de llevar a cabo actividades de investigación ilícitas (el conocido como *deterrent effect*). Este efecto disuasorio aparece consagrado en las sentencias de los casos *US vs. Calandra* (414 US 338, 1974) y *US vs. Janis* (428 US 433, 1976). [...]»

En definitiva, en sus inicios la regla de exclusión se configuró como una garantía procesal de origen constitucional incardinada en el contenido nuclear del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE).

No obstante, el Tribunal Constitucional español se ha desmarcado en resoluciones posteriores de esta inicial línea argumentativa y, aún sin llegar a un modelo de desconstitucionalización plena de la regla de exclusión, ha ido introduciendo en su discurso argumental referencias a las necesidades de disuasión limitando su ámbito de aplicación mediante el reconocimiento de excepciones inspiradas en gran medida en la jurisprudencia norteamericana».

¹³ STC 49/1999 (FJ 12): «En definitiva, es la necesidad de tutelar los derechos fundamentales la que, en ocasiones, obliga a negar eficacia probatoria a determinados resultados cuando los medios empleados para obtenerlos resultan constitucionalmente ilegítimos».

«excepciones» contemplan supuestos inusuales en que, pese a la presencia de lesión objetiva en algún derecho fundamental, sin embargo no concurre vicio invalidante para la prueba, porque no ha mediado una lesión material del derecho fundamental en juego.

Por tanto la excepción queda supeditada a la superación del denominado «test de proporcionalidad» con que dirimir la prevalencia entre valores, principios, derechos, o intereses en conflicto (especialmente de dimensión constitucional), mediante tres elementos de diferenciación no siempre fácil: idoneidad (razonabilidad o adecuación, para alcanzar el fin perseguido), necesidad (ausencia de alternativas menos comprometedoras) y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación entre el nivel o la intensidad de la injerencia, y el grado de sacrificio a que somete).

De formulación inicialmente penal,¹⁴ la proporcionalidad, es decir la superación del juicio de proporcionalidad, constituye una premisa de la doctrina constitucional que también supedita la posibilidad de injerencia en algún derecho fundamental para la persecución de los delitos, con sujeción a los requisitos que recuerda y resume la STC 207/1996, de 16 de diciembre:¹⁵ «que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo».

¹⁴ BECCARIA, C. Tratado de los delitos y de las penas. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, p. 25: «No solo es interés común que no se comenten delitos, sino que sean menos frecuentes en proporción al mal que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.»

¹⁵ STC 207/1996, de 16 de diciembre: «En este sentido, hemos destacado (SSTC 66/1995 y 55/1996) que, para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”.»

II. Exclusión de la prueba ilícita directa y su excepción por obtención de buena fe

La cuestión es que importar excepciones elaboradas en y para otros sistemas requiere interpretarlas y aplicarlas al nuestro en virtud de su propio fundamento.

La STC 22/2003, de 10 de febrero, incorpora una excepción a la regla de exclusión con antecedentes en la jurisprudencia estadounidense, donde se aplicó para mantener la validez de una prueba directa cuando su obtención ilícita no presenta mala fe.

Esta doctrina estadounidense aparece inicialmente ligada al caso *Leon vs. US* (468 US 897, 1984),¹⁶ donde la policía efectuó un registro domiciliario basado en un mandamiento judicial que creía válido, aunque posteriormente un tribunal superior concluyó que se había violado la IV Enmienda (ya que había sido emitido sin concurrir lo que allí se conoce como «causa probable»), y permitió la evaluación de las «evidencias» (pruebas) obtenidas con ocasión del registro por estimar que la policía había actuado de «buena fe» en la creencia de que su actuación estaba amparada en un mandamiento judicial legal y se ajustaba al ordenamiento jurídico, de modo que la aplicación de la regla de exclusión carecía de sentido por falta de posible efecto disuasorio.

Esta doctrina también fue allí aplicada a supuestos en que la actuación policial se había desarrollado al amparo de una ley que con posterioridad fue declarada inconstitucional (caso *Michigan vs. De Fillippo*, 443 US 31, 1979).¹⁷

Y merece remarcar que la mencionada STC 22/2003 aceptó la utilización como prueba de un arma corta hallada en una entrada y registro practicados por la policía judicial sin el consentimiento del titular de dicho domicilio y sin autorización judicial, por cuanto los actuantes creyeron suficiente el consentimiento prestado por otra moradora (la esposa, separada del condenado, quien dormía en una habitación distinta a la de aquél). En atención a dicha situación la mayoría del Tribunal se decantó por aplicar la excepción a la regla de exclusión en base a tres consideraciones fundamentales:

- a) «la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución»;
- b) «que, además, la actuación respetuosa del derecho fundamental hubiera conducido sin lugar a dudas al mismo resultado»,
- c) y que «la necesidad de tutela por medio de la exclusión de la prueba en este caso [por ser una prueba directa el hallazgo del arma] no sólo no es

¹⁶ <https://www.supremecourt.gov/qp/09-11328qp.pdf>

¹⁷ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/443/31>

mayor que en el de las pruebas reflejas, sino que podría decirse que no existe en absoluto.»

Fue en base a estas premisas por lo que la Sentencia concluyó que «la exclusión de la prueba se revela como un remedio impertinente y excesivo que, por lo tanto, es preciso rechazar.»

Pero la presencia de un voto particular discrepante alerta sobre lo comprometido de la solución atendiendo esencialmente a dos reparos:

1. El primero atañe a que la cotitularidad domiciliaria (que podría justificar el consentimiento del registro policial en zonas comunes) no puede amparar una autorización para que se investigaran «prioritariamente las pertenencias, efectos y ámbitos de vida privada no propios sino de otro, respecto de los que no puede hablarse en absoluto de cotitularidad y en relación a los cuales el cónyuge no tiene capacidad de disposición.

De otro modo, si (en la línea trazada por la jurisprudencia americana [...]) aceptáramos la tesis de que el consentimiento válido para un registro no es sólo el del acusado sino también el de un tercero que posea “autoridad común o suficiente relación con los locales o efectos inspeccionados”, y que quien decide vivir con otro asume el riesgo de que éste pueda permitir la práctica de un registro, estaríamos otorgando al cotitular del domicilio un poder de disposición sobre la intimidad de quien con él convive que resultaría inaceptable desde la perspectiva de protección reforzada de dicha intimidad en el ámbito domiciliario que consagra el art. 18.2 CE y, sobre todo, desde la perspectiva del derecho de defensa del investigado.»

Esta primera discrepancia expresada en el voto particular versa sobre la inviabilidad de la importación automática de la solución estadounidense para el caso *US v. Matlock, 415 US 164, 1974*,¹⁸ donde se estableció que quien tenga «autoridad común» sobre instalaciones, locales u objetos puede permitir un registro válido pese a la oposición de cualquier otro usuario, lo que desde luego no favorece una asimilación indiscriminada entre un usuario de locales o instalaciones y el titular de un domicilio, o al menos no resulta de ello una equiparación absolutamente incuestionable desde el punto de vista aplicativo del derecho fundamental a la intimidad, por la diferente esfera sobre la que éste se proyecta

¹⁸ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/415/164/>

Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones

(instalaciones/domicilio) y la respectiva intensidad de la protección constitucional que ello merece en cada caso.

A lo anterior se añade que tampoco aparece exenta de dificultades la más o menos automática aplicación de la doctrina derivable de los casos *Leon vs. US* (468 US 897, 1984) y *Michigan vs. De Fillippo* (443 US 31, 1979), dado que en ellos la invasión del ámbito constitucional protegido estuvo amparada, respectivamente, por la autorización judicial expresa y por la aplicación directa de una norma legal (después declarada su inconstitucionalidad), es decir, apoyándose en aquellas fuentes legitimadoras desde las que construir una justificación habilitante para la injerencia (disposición legal o autorización judicial). Por el contrario, el caso resuelto por la STC 22/2003 responde a una inmisión en el derecho fundamental a la intimidad directamente decidida por quien tenía interés (institucional) en la persecución o indagación desarrollada; llevada a cabo cuando ya se había procedido a la detención del investigado sin que consten circunstancias que impidiesen o dificultasen solicitar el correspondiente mandamiento judicial, pues no había peligro alguno de destrucción u ocultación de pruebas, ni de que se cometiera un nuevo delito,¹⁹ y decidida al margen de las correspondientes fuentes legitimadoras para una inmisión en los derechos fundamentales (disposición de rango legal o autorización judicial habilitante) pese a su ulterior convalidación judicial.

Sin embargo, la verdadera discrepancia no puede derivar de nada de ello, puesto que la decisión mayoritaria también incluyó una referencia a que: «La aplicación de la doctrina anteriormente expuesta al caso sometido a nuestro enjuiciamiento nos conduce a declarar que el registro practicado por la policía sin autorización judicial y con el solo consentimiento de la

¹⁹ STS 22/2003, de 10 de febrero: «el registro no se produjo en ese momento, sino en otro posterior, cuando los primeros agentes habían ya abandonado el lugar de los hechos, llevándose al recurrente detenido y una segunda unidad de la policía judicial, autorizada y acompañada por la mujer y el hijo, intervino no sólo la escopeta con la que se habían efectuado los disparos (que se encontraba debajo de un colchón), sino otra serie de armas [...] la policía no demandó al recurrente su consentimiento tras haber sido detenido, ni solicitó autorización judicial, habiendo podido hacerlo sin perjuicio para la investigación ni para la víctima, pues la necesidad de una intervención inmediata había desaparecido tras la actuación inicialmente desarrollada».

esposa vulneró el derecho del recurrente a la inviolabilidad domiciliaria del art. 18.2 CE.» (FJ 10 de la STC 22/2003).

2. Así que la auténtica discrepancia que anima el voto particular radica en que «pese a la inexistencia de dolo o imprudencia, pese a la buena fe policial, desde la perspectiva constitucional que nos corresponde debemos afirmar que objetivamente el registro así practicado ha producido una vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio y que existe una relación directa entre ese hecho y el hallazgo de la pistola, relación de la que deriva la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea del “proceso justo”, sin que esto pueda ponerse en cuestión por la menor gravedad de la vulneración y la también menor necesidad de tutela del derecho fundamental derivada de la buena fe de la actuación policial.»

En resumen, el voto particular parece decantarse por la conveniencia de mantener en este caso el carácter taxativo de la regla de exclusión (como se ha dicho, derivable tanto del art. 11.1 LOPJ, como de su precedente, la STC 114/1984, de 29 de noviembre), atendiendo especialmente a que el juicio de proporcionalidad no se ha superado en este caso, por lo que persiste «la necesidad de la exclusión de los resultados del registro del acervo probatorio en función de la idea del “proceso justo”», y ello debe conducir a rechazar la aplicación de una excepción a la regla de exclusión. A este aspecto de la cuestión (preponderancia del derecho a un proceso justo por respeto a la igualdad entre las partes) se refiere la STC 49/1999, de 5 de abril²⁰ (precisamente citada en la propia STC 22/2003), pero el

²⁰ STC 49/1999, de 5 de abril: «ha de subrayarse que estamos en presencia de una vulneración del art. 18.3 C.E., autónoma e independiente de cualquier otra» (FJ 5).

«Pero, dicho esto, ha de precisarse que, aunque el efecto procesal al que acabamos de referirnos nace de la vulneración del art. 18.3 C.E., no se produce directamente por ella.

En efecto: en los casos en que opera, la interdicción procesal de las pruebas ilícitamente adquiridas se integra en el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías —art. 24.2 C.E.—, en la medida en que la recepción procesal de dichas pruebas implica “una ignorancia de las garantías propias del proceso”, comportando también “una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 C.E.), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio de los derechos fundamentales de otro” (STC 114/1984, fundamento jurídico 5º). Por ello, en el presente caso, ha de declararse también vulnerado el

Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones

supuesto que en ella se contempla no responde a una situación idéntica ni siquiera equiparable, ya que en aquel caso no medió una actuación de buena fe, sino una conculcación de las exigencias mínimas para la habilitación judicial concedida, y desde luego sí que se produjo una alteración sustancial en los resultados de la prueba obtenida.²¹

Dicho todo ello resulta que la buena fe («la creencia sólidamente fundada de estar respetando la Constitución») no puede tomarse *sic et simpliciter* como el fundamento sustancial de esta excepción a la regla de exclusión, sino que además resulta necesario comprobar que, en el supuesto enjuiciado, concurre el postulado de doctrina constitucional exigente de que se haya superado el correspondiente juicio de proporcionalidad entre los derechos fundamentales en conflicto.

III. Exclusión de la prueba ilícita indirecta y sus excepciones

Conviene adelantar que al concepto de prueba indirecta o derivada le es inherente su ligazón con otra prueba originaria, mediante una vinculación de carácter factual o naturalístico conocida como conexión o vinculación causal, constituida por un primer elemento —de contacto— que actúa a modo de postulado de principio, ante cuya ausencia (cuando se trate de pruebas causalmente independientes, desconectadas, o desvinculadas) en puridad no se tendría por qué analizar (dado que, en principio, no sería posible establecer) la naturaleza de un segundo elemento —de contagio—

art. 24.2 C.E., pues el debate en que consiste el juicio oral quedó viciado desde que se admitió en él la utilización de elementos de prueba constitucionalmente ilícitos» (FJ 12).

²¹ STC 49/1999, de 5 de abril: «no se proporcionó al Juez ningún dato fáctico constatable por terceros del que fuese posible inferir que los afectados por la injerencia estuvieran cometiendo o fuesen a cometer el hecho que se estaba investigando. Pues, a tal fin, no puede considerarse bastante la existencia de una noticia, de procedencia inobjetivable, ni la relación con personas indeterminadas a las que se tacha de traficantes de drogas, sin expresar datos que justifiquen tal calificativo, ni ninguna otra de las circunstancias que se contienen en la solicitud y a las que ya se ha hecho mención.

Se trata, en suma, de una solicitud y una autorización formuladas en términos insuficientes, fundadas en apreciaciones que podrían ser materialmente correctas; pero cuya fundamentación, de existir, no se ha expresado, por lo que no cabe estimar satisfechas las exigencias de proporcionalidad a las que se ha hecho mención.»

significado por la presencia de una relación jurídicamente inaceptable, o mejor antijurídica, denominada «conexión de antijuridicidad».

Esta «conexión de antijuridicidad» constituye una superación de postulados meramente causalistas, y conduce a que la presencia de cualquier ilicitud de la prueba indirecta o refleja haya de ser examinada desde una doble perspectiva, no solamente causal sino también jurídica (o mejor antijurídica), porque para llegar a determinar que su ilicitud constituye un vicio auténticamente invalidante es necesario que la mera ilicitud formal vaya acompañada también de una lesión material del derecho fundamental afectado.

Conviene entonces remarcar que, para discriminar la situación, se requiere examinar por separado ambos elementos:

1. De un lado, la vinculación o conexión causal, que supone la presencia de un contacto (de orden naturalístico) entre ambas pruebas, que naturalmente —y valga la redundancia— vicia la prueba derivada;²²
2. De otro lado, el carácter del contagio, que por lo general será antijurídico (con lo que persistirá el efecto invalidante), pero que excepcionalmente permitirá conservar la validez de la prueba derivada (cuando no concurra una conexión de antijuridicidad).

Y dado que la «conexión de antijuridicidad» constituye una herramienta que es aplicable a los supuestos de prueba indirecta o derivada, la debida sumisión al juicio de proporcionalidad es múltiple, porque en primer lugar resulta aplicable a la prueba originaria, y solamente después a la refleja.

De esta forma, el análisis sobre la viabilidad de una prueba derivada exige un doble juicio de proporcionalidad autónomo, independiente respecto de cada una de las pruebas vinculadas.

Un ejemplo claro lo facilita la STC 173/2011, de 7 de diciembre, que no dio amparo frente a una condena por posesión y distribución de pornografía infantil contra quien llevó su ordenador portátil para reparar a una tienda cuyo encargado lo entregó a la Policía, que lo examinó sin la pertinente autorización judicial y accediendo a carpetas distintas de las previamente observadas por el denunciante,

²² STC 81/1998, de 2 de abril: «en tales casos la regla general, tal y como hemos expresado en diversas ocasiones (SSTC 85/1994, fundamento jurídico 5.º; 86/1995, fundamenta jurídico 3.º; 181/1995, fundamento jurídico 4.º; 49/1996, fundamento jurídico 5.º) y reafirmamos expresamente ahora, es que todo elemento probatorio que pretenda deducirse a partir de un hecho vulnerador del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas se halla incurso en la prohibición de valoración ex art. 24.2 CE».

Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones

hasta constatar una distribución delictiva. Se declaró la proporcionalidad y constitucionalidad de la injerencia del empleado de la tienda en la esfera de la intimidad del recurrente de amparo, descartándose que estuviéramos ante una conculcación de derecho fundamental. En segundo lugar, y ya descartado el carácter reflejo, derivado, o indirecto de la prueba obtenida por la Policía, ésta fue examinada autónomamente y según la opinión mayoritaria actuó de manera ajustada a las exigencias constitucionales.

Pero aun así la solución técnica inherente a la «conexión de antijuridicidad», ha quedado sujeta a críticas severas porque «autoriza la utilización y aprovechamiento probatorio de elementos probatorios obtenidos con violación de derechos fundamentales sobre la base de que pudieron obtenerse de forma lícita, pero que en la realidad se alcanzaron vulnerando derechos fundamentales»,²³ porque opera con meras hipótesis o conjeturas,²⁴ y porque con ella se contraviene la regla «taxativa» que proyecta el art. 11.1 LOPJ, según señaló la STS (Sala 2ª) 1005/2010, de 11 de noviembre, al afirmar que se trata de una «categoría conceptual de carácter penal sustantivo que el Tribunal Constitucional ha extrapolado al derecho procesal penal al efecto de desactivar la interpretación literal de un precepto cuya aplicación favorece al reo, cual es el art. 11.1 de la LOPJ».

Pese a las críticas, cabe atender a que el art. 11.1 LOPJ contiene una norma de rango meramente legal o infraconstitucional, del mismo modo que el principio de favorecimiento del reo —aplicable para el caso de duda sobre el resultado de la prueba (*in dubio pro reo*)— pertenece al ámbito de la mera legalidad ordinaria, mientras que el rechazo a su interpretación literalista viene impuesta por exigencias de ámbito suprallegal (las derivadas de los derechos fundamentales en juego), y sin perder de vista que el *ius puniendi* también tiene rango constitucional.

Aparte de que el precepto en cuestión (art. 11.1 LOPJ) en puridad se limita a señalar una prohibición legal de valorar pruebas ilícitas, y ello requiere discernir previamente si concurre o no tal presupuesto (la ilicitud probatoria) comprobando la naturaleza y el alcance de la contravención en su dimensión constitucional completa (tanto en su aspecto formal como material), porque aquellas pruebas que solo contravengan formalmente algún derecho fundamental —pero sin llegar a lesionarlo

²³ VELASCO NÚÑEZ, E. «Doctrina y limitaciones a la teoría del “fruto del árbol envenenado” en la prueba ilícita (EE.UU. y España)». *Revista General de Derecho*, núm. 624 (septiembre, 1996), pp. 10164 y 10165.

²⁴ GÓMEZ COLOMER, J.-L. «Prueba prohibida e interpretación de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles». *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Anuario de Derecho Penal 2008* (2009), p. 162.

material y efectivamente— carecen de una ilicitud adecuada para justificar su pérdida de valor probatorio.

Con ello tampoco se trata de colocar al *ius puniendi* en situación preponderancia frente a los derechos fundamentales, sino de conjugar la convivencia (y no sólo la colisión) entre valores, principios y derechos constitucionales, y con ello la importancia se traslada al juicio de ponderación con que discernir si la vulneración es meramente formal (cuando se mantiene la suficiente proporcionalidad en función de la necesidad de tutela del derecho fundamental conmovido) o también material y efectivamente lesiva.

Aunque apreciar si una finalidad o un aprovechamiento resultan o no jurídicamente reprochables por lo que atañe a sus efectos probatorios, o sea tratar de definir la «conexión de antijuridicidad», supone una tarea no absolutamente exenta de complicaciones.

Este conflicto se percibe en la STS (Sala 2ª) 912/2013, de 4 de diciembre, cuando en ella se dice que esta segunda conexidad no es propiamente causal («no es un hecho»), aunque seguidamente tampoco se le reconoce pertenencia a un orden estrictamente jurídico, sino que constituye un juicio de experiencia: «un juicio de experiencia acerca del grado de conexión que determina la pertinencia o impertinencia de la prueba cuestionada.»

Parece que la dificultad (en puridad imposibilidad) de diferenciar siempre claramente entre hecho y derecho ha inclinado a colocar la conexión de antijuridicidad en el terreno ambiguo (posibilista pero resbaladizo) del «juicio de experiencia», que permite involucrar tanto los aspectos naturalísticos como los normativos para interpretar de modo versátil el «grado de conexión» (la carga de antijuridicidad presente o ausente en la conexión sujeta al análisis).

Aunque en sentido diferente se ha establecido que, para determinados casos, la interpretación debe hacerse eminentemente en función del grado de exigencia impuesto por la garantía concreta afectada (necesidad de tutela), tal y como resulta de la doctrina constitucional aplicable,²⁵ del modo que expone la STS (Sala 2ª) 679/2014,

²⁵ STC 81/1998, de 2 de abril: «Sin embargo, la conexión de antijuridicidad, que hemos negado desde la perspectiva de la índole y resultado de la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas, podría resultar afirmada a partir del examen de las necesidades esenciales de tutela del mismo.»

El análisis ha de partir aquí del hecho de que la necesidad de tutela del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones telefónicas es especialmente intensa, tanto porque dicho derecho, a consecuencia de los avances tecnológicos, resulta fácilmente vulnerable, cuanto porque constituye una barrera de protección de la intimidad, sin cuya

Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones

de 17 de febrero, cuando acentúa la preponderancia del factor normativo (a costa del causal), en función del grado de exigencia suscitado por la garantía afectada: «Cuando la necesidad de tutela de un derecho fundamental es especialmente intensa, como sucede por ejemplo en los supuestos de tortura o en los de vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas sin ningún tipo de autorización judicial, excepcionar la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en la violación de dichos derechos puede incentivar la comisión de infracciones y privarles de una garantía indispensable para su efectividad. Por tanto en estos supuestos no cabe admitir excepción alguna, y el examen debe concluir en esta perspectiva externa.»

Es decir, que la invalidez de la prueba derivada sobreviene en estos casos por la presencia de la conexión causal más la constatación normativa de una demanda intensa de protección derivada de la norma, y sin necesidad comprobaciones adicionales (de carácter experimental) sobre la finalidad del comportamiento infractor.

En tal caso la comprobación normativa o jurídica («necesidad de tutela del derecho fundamental») prepondera frente a la comprobación de si mediaron o no finalidades espurias al infringir la norma (integrante del «juicio de experiencia»), y este último aspecto no siempre necesita ser abordado para proclamar la invalidez de la prueba derivada.

La «conexión de antijuridicidad» constituye una de las elaboraciones dogmáticas más complejas de la doctrina constitucional, probablemente por surgir de un esfuerzo sistematizador a partir de diferentes excepciones ya previamente reconocidas pero dispersas.

Según se ha expuesto, por regla general la vinculación causal (entre una prueba originaria ilícita y otra derivada) habría de bastar por sí sola para invalidar esta última salvo que, por excepción, la mencionada conexión causal resulte jurídicamente insignificante o irrelevante (doctrina del nexo causal atenuado ante una confesión a partir de pruebas ilícitas), o cuando les falte una conexión de

vigencia efectiva podría vaciarse de contenido el sistema entero de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la cuestión es la de si excepcionar, en los términos en que lo efectúan las resoluciones impugnadas, la regla general de exclusión de las pruebas obtenidas a partir del conocimiento que tiene su origen en otra contraria a las exigencias del art. 18.3 CE no significa, de algún modo, incentivar la comisión de infracciones del derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y, por lo tanto, privarle de una garantía indispensable para su efectividad.»

antijuridicidad subyacente (supuestos de descubrimiento inevitable, hallazgo casual o flagrancia delictiva).

1. La doctrina del nexa causal atenuado

La doctrina que se conoce como «nexa causal atenuado» resultó originariamente introducida para el caso *Wong Sun vs. US* (371 U.S. 471, 1963)²⁶ y, a grandes rasgos, desconectó las diferentes declaraciones voluntarias prestadas tras una serie de detenciones ilegales, de modo que la libre declaración prestada se considera como una fuente independiente, ya que la misma fue prestada voluntariamente por quien es titular de la acción subjetiva del derecho fundamental.

Así resulta que la declaración auto-imputatoria de un investigado, producida en vista de materiales incriminatorios ilícitamente incautados o descubiertos, tampoco cabe resolverla atendiendo exclusivamente a que la confesión del encausado constituye una fuente probatoria (*a priori*) independiente (o sea causalmente desvinculada),²⁷ sino que además habrá de determinarse si concurre o no una conexión antijurídica, conforme a una doctrina jurisprudencial que supedita la validez de lo así reconocido a varias exigencias destinadas a preservar una conciencia y voluntad claras sobre la situación y sus consecuencias, así como — especialmente— el transcurso de un período de seguridad que las garantice.²⁸

²⁶ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/371/471/case.html>

²⁷ JORGE BARREIRO, A. «La prueba ilícita en el proceso penal». *Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación*. Volumen II (1992). Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 1237: «parece contradictorio y poco coherente el establecer, por una parte, que la diligencia es nula de pleno derecho y que no produce, en consecuencia, efectos probatorios de ninguna clase y después, por otra, concluir que la declaración del inculpado es suficiente para admitir la tenencia de la droga. Y resulta contradictorio porque al admitir este último medio de prueba estamos dándole operatividad y eficacia a la propia diligencia de reconocimiento. Primero, porque al acusado le preguntamos sobre una pieza de convicción que se ha obtenido en una diligencia nula de pleno derecho y absolutamente ineficaz. Por lo tanto, se le interroga acerca de una sustancia estupefaciente que jurídicamente no existe. Segundo, porque sin esa diligencia es evidente que el acusado habría negado la tenencia de la droga. Y tercero, porque también resulta claro que el Tribunal con sólo la declaración autoinculpatoria del acusado, y suprimiendo de la mente de los Magistrados la existencia del registro, no habrían seguramente dictado una condena.»

²⁸ STS (Sala 2ª) 321/2014, de 3 de abril: «En la Sentencia de este Tribunal Supremo de 16 de diciembre de 2011, incidíamos de nuevo en los requisitos para admitir esa desconexión recordando, añadiendo alguno más a los anteriores, recordando, entre otras, nuestras

2. El descubrimiento inevitable

Lo que se conoce como doctrina del «descubrimiento inevitable» (*inevitable discovery*), procede de la jurisprudencia estadounidense a partir del caso *Nix vs. Williams, 467 U.S. 431 (1984)*,²⁹ donde una persona con problemas mentales, que tras fugarse de un hospital psiquiátrico mató a una menor, fue sometida a un interrogatorio ilegal (fruto del que confesó el lugar de comisión y el cuerpo fue encontrado) que sin embargo se convalidó porque el cadáver habría sido hallado igualmente por las patrullas que estaban realizando una batida.

De nuevo es el distinto fundamento de la regla de exclusión en cada sistema lo que en el nuestro (basado en la indemnidad de los derechos fundamentales) conduce a que el descubrimiento inevitable tampoco responda a una simple regla de desconexión causal (aunque así lo afirme la STS (Sala 2ª) 885/2002, de 21 de mayo),³⁰ pues como señala la STS (Sala 2ª) 912/2013, de 4 de diciembre, en tales

Sentencias núms. 406/2010 de 11 de mayo, 529/2010 de 24 de mayo, 617/2010 de 22 de junio, 1092/2010 de 9 de diciembre y 91/2001 de 18 de febrero):

- a) La eficacia de la prueba ilícita merced a la desconexión de antijuridicidad tiene carácter excepcional, según tiene afirmado reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- b) La declaración debe practicarse ante el juez previa información al inculpado de sus derechos constitucionales, en particular del derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo, con posibilidad de guardar silencio o de no contestar a alguna o algunas de las preguntas que se le formulan.
- c) El imputado ha de estar debidamente asistido del letrado.
- d) Cuando se presta la declaración en que se admiten los hechos no debe estar acordado el secreto de las actuaciones, ya que ello limitaría notablemente el derecho de defensa.
- e) Debe tratarse de una declaración voluntaria y espontánea, sin vicios ni situaciones sugestivas que puedan alterar dicha voluntariedad.
- f) No han de ser declaraciones sumariales temporalmente cercanas al hecho punible descubierto mediante la diligencia o actuación procesal que luego se declara constitucionalmente ilícita. Ha de concurrir por tanto cierto distanciamiento en el tiempo entre la fecha de la acción delictiva (y, en su caso, la detención) y la admisión por el imputado de la ejecución del hecho delictivo, como forma de garantizar la espontaneidad y voluntariedad de la declaración.»

²⁹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/467/431/case.html>

³⁰ STS (Sala 2ª) 885/2002, de 21 de mayo: «Es decir, cuando la experiencia indica que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado, no es posible vincular

«supuestos de desconexión como el hallazgo casual, el descubrimiento inevitable o la flagrancia delictiva, entre otros» la excepción a la regla de exclusión también necesita ir «referida a las pruebas obtenidas mediante la utilización de fuentes de información procedentes de pruebas ilícitas, siempre que exista entre ellas una conexión de antijuricidad», porque la desvinculación causal opera a tenor de una previa constatación de conexión antijurídica, un binomio generalmente insoslayable.

3. El hallazgo casual y la flagrancia delictiva

La doctrina estadounidense de la *plain view*, que se recoge en el caso *Coolidge vs. New Hampshire*, 403 U.S. 443 (1971),³¹ señala que la policía puede aprovecharse de aquellos elementos delictivos que encuentre en una entrada y registro, siempre y cuando la observancia de tales elementos se produzca en el contexto de una posición legal del observador, que la entidad delictiva sea notoria a la vista (evidente), y que se den determinadas circunstancias necesarias para obviar la obtención de autorización judicial.

No obstante dicha doctrina ha evolucionado mediante una primera insinuación formulada con carácter de *obiter dicta* en el caso *United States v Johns*, 469 US 478 at 486 (1985),³² aceptándose finalmente (en el caso *United States of America vs. Emilio Arturo Martinez-Miramontes* (494 F.2d 808 United States Court of Appeals, Ninth Circuit))³³ la licitud del registro sin autorización judicial por parte de la policía en cuanto a aquellos objetos que, únicamente por el «olor» (a marihuana en el último caso expuesto), se podría alcanzar una sospecha (se habla de probabilidad) de que estén relacionados con algún tipo de delito, lo que se conoce bajo la plástica denominación de *plain smell doctrine* (o doctrina del olfato obvio o manifiesto), y que extiende la originaria *plain view doctrine* a la totalidad de las circunstancias previas y contemporáneas al hallazgo.

causalmente la segunda prueba a la anterior, pues en tales casos faltará la llamada, en la terminología del Tribunal Constitucional, “conexión de antijuricidad”, que, en realidad presupone, en todos los casos, una conexión causal. Por lo tanto, allí donde la prueba se hubiera obtenido de todos modos, sin necesidad de recurrir a otra anterior, faltaría la conexión de antijuricidad, es decir, la relación causal de la primera con la segunda. Con otras palabras: todo resultado que se hubiera producido aunque una de sus condiciones no se hubiera producido, no es el resultado de esa condición.»

³¹ <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/403/443/case.html>

³² <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/469/478.html>

³³ <https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/494/808/112586/>

Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones

En principio este tipo de excepción está llamada a operar cuando se obtienen evidencias o pruebas de otros hechos delictivos distintos de los investigados, lo que responde a una situación de zona gris entre la prueba directa y la derivada.

A esto se refiere la STS (Sala 2ª) 7314/2010, de 23 de diciembre, cuando alude a los «supuestos en que es descubierto un objeto delictivo distinto al que hubiera motivado la respectiva diligencia. Así en las sentencias 22.3.99 y 981/2003 de 3.7 se recuerda como esta Sala ha tenido oportunidad en diversas ocasiones de pronunciarse sobre el extremo que nos ocupa y viene sentando una doctrina consolidada».

La solución jurisprudencial a este problema del hallazgo casual ha observado una tónica evolutiva,³⁴ finalmente decantada por la asimilación con la denominada «flagrancia delictiva».

Aunque en principio pudiera parecer que la excepción por hallazgo casual obedece escuetamente a una regla de desvinculación material o causal entre los datos incriminatorios azarosamente obtenidos durante una investigación ajena a ellos, lo cierto es que —además— debe resolverse el problema de si la conexión subyacente es en realidad jurídica o antijurídica, porque nuestro sistema sostiene el

³⁴ STS (Sala 2ª) 7314/2010, de 23 de diciembre: «Es cierto que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición. La jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial». Y en los mismos términos se pronuncia la STS (Sala 2ª) 3891/2011, de 26 de mayo: «Así en las sentencias de 22 de marzo de 1999 y 981/2003 de 3 de julio se recuerda como esta Sala ha tenido oportunidad en diversas ocasiones de pronunciarse sobre el extremo que nos ocupa y viene sentando una doctrina consolidada en la que, resumiendo anteriores argumentos, se afirma que esta Sala, trasladando su doctrina sobre las escuchas telefónicas a la entrada y registro, resolvió algunos supuestos bajo un denominado principio de especialidad, concepto, a su vez, trasladado de la extradición, sin embargo, la jurisprudencia más reciente abandona dicha interpretación jurisprudencial destacando las diferencias existentes entre la intervención telefónica y la entrada y registro, tanto por la distinta afectación de una y otra diligencia sobre la intimidad, verdaderamente más intensa y directa en la intervención telefónica, como por la prolongación temporal de una y otra injerencia, pues la entrada y registro tiene acotada su duración temporal en una jornada y se desarrolla en unidad de acto, en tanto que la intervención telefónica tiene una duración que se prolonga a un mes susceptible de ampliación y, consecuentemente, con unas facultades de control judicial distintos (SSTS 28-4-1995 y 7-6-1997)».

fundamento de la regla de exclusión en el debido respeto a los derechos fundamentales, y no en el principio de oportunidad.

Y ello se expresa en la exigencia de apuntalar aquella obvia desconexión causal, por demás patente en cualquier hallazgo casual, mediante requerimientos adicionales relativos a la concurrencia de una autorización legal o judicial que ampare la corrección de la actuación desde el punto de vista jurídico.

Y así, al asimilarse el hallazgo casual con la situación de flagrancia delictiva, resultan aplicables las reglas procesales de conexidad, y también la obligación procesal de poner a disposición judicial todo el material relacionado con otros posibles delitos distintos del investigado.³⁵

Son tales exigencias —de cobertura legal o de habilitación judicial— las que permiten constatar la ausencia de una conexión de antijuridicidad (aparte de la

³⁵ STS (Sala 2ª) 7314/2010, de 23 de diciembre: «[...] si en la práctica del registro aparecen objetos constitutivos de un cuerpo de posible delito distinto a aquel para cuya investigación se extendió el mandamiento habilitante, tal descubrimiento se instala en la nota de flagrancia por lo que producida tal situación la inmediata recogida de las mismas no es sino consecuencia de la norma general contenida en el art. 286 de la Ley Procesal.

[...] La teoría de la flagrancia ha sido, pues, una de las manejadas para dar cobertura a los hallazgos casuales, y también la de la regla de la conexidad de los arts. 17.5 y 300 LECrim., teniendo en cuenta que no hay novación del objeto de la investigación sino simplemente “adición” [...], el que se estén investigando unos hechos delictivos no impide la persecución de cualesquiera otros distintos que sean descubiertos por casualidad al investigar aquéllas, pues los funcionarios de policía tienen el deber de poner en conocimiento de la autoridad penal competente los delitos de que tuviera conocimiento, practicando incluso las diligencias de prevención que fueran necesarias por razón de urgencia, tal y como disponen los arts. 259 y 284 LECrim.»

STS (Sala 2ª) 3891/2011, de 26 de mayo: «Con similar criterio se pronuncia la Sentencia 768/2007, de 1 de octubre, en la que se declara que la doctrina de esta Sala ha entendido que el hecho de que el hallazgo de elementos probatorios de un determinado delito se produzca en el curso de la investigación autorizada para otro delito distinto no supone la nulidad de tal hallazgo como prueba de cargo. En la STS nº 885/2004, de 5 de julio, se decía que “Las Sentencias de esta Sala, 1004/1999, de 18 de junio, y 1990/2002, de 29 de noviembre, sientan la doctrina de que si el hallazgo es casual, no por ello deja de tener valor lo encontrado, siempre que estemos en presencia de flagrancia delictiva...”. Para ello es preciso que el registro esté debidamente autorizado, aun cuando lo fuera con la finalidad de descubrir un delito distinto, y que el hallazgo se produzca de buena fe (STS nº 1093/2003, de 24 de julio).»

Prueba penal ilícita: fundamento de la regla de exclusión y sus excepciones

desvinculación causal), y de ahí el rechazo a validar hallazgos casuales obtenidos sin su concurrencia.

Una referencia ilustrativa a esto último viene proporcionada por la STS (Sala 2ª) 4009/2013, de 26 de junio, alusiva a que la esposa, quien sospechaba las infidelidades de su marido, accedió con llave al coche de éste donde obtuvo una serie de CD'S en que aquél aparecía manteniendo relaciones sexuales con su cuñada, siendo denunciado por abusos sexuales, de los que acabó absuelto por entender el Alto Tribunal que el material inculpatario, así como las ulteriores declaraciones del acusado, estaban viciadas por su inconstitucionalidad.³⁶

Por el contrario, el voto particular formulado en esta Sentencia plantea:

- a) el diferente nivel de exigencia ante actuaciones vulnerantes, según provengan de agentes estatales o de particulares, dado que estos últimos no están bajo la sospecha y desconfianza proveniente de nuestro sistema liberal de protección del individuo frente al Estado, por lo que merecen situarse en un plano de inferior exigencia;³⁷
- b) la prevalencia del hallazgo casual ante su carácter no estrictamente intencional (en el sentido de no efectivamente dirigido a obtener la prueba de un delito), pese a que la esposa hubiese actuado con intención morbosa a partir de sus sospechas de infidelidad.³⁸

³⁶ STS (Sala 2ª) 4009/2013, de 26 de junio: «Por tanto, si la primera invasión no autorizada del marco propio de una cierta privacidad de aquél (el auto), llevó consigo alguna carga de ilegitimidad, la deliberada injerencia en un espacio (el contenido de los CDs o DVDs), éste sí, de sabida rigurosa intimidad, hizo que la actuación de Guillerma, dotada, al menos en principio, de las connotaciones antijurídicas que señala la Audiencia, fuera, en efecto, constitucionalmente ilegítima.»

³⁷ Continúa indicando la STS mencionada en la nota anterior: «no puede ocultarse que por tradición, por teleología, por ponderación de derechos fundamentales en tensión y por sus finalidades, el juego de esa norma, de máxima intensidad cuando la violación proviene de un agente estatal, consiente modulaciones en el caso de particulares (son frecuentes en el derecho comparado las regulaciones de esta materia que dejan al margen las actuaciones de particulares: U.S.A., Francia, Holanda, México, Bélgica con matices)».

³⁸ También señala la STS (Sala 2ª) 4009/2013, de 26 de junio: «Cuando se recogen las grabaciones en las que aparecieron las escenas e imágenes prueba del hipotético delito por el que se acusó, estaba ausente cualquier intención de acopiar pruebas con miras a un proceso judicial. Ni se buscaban ni se podía sospechar que iban a aparecer. La actuación venía impulsada por una morbosa curiosidad estimulada por un tercero con propósitos no esclarecidos, pero difícilmente catalogables como cristalinos; por el afán de fisgonear en el mundo íntimo de la

En resumen, y para finalizar, las soluciones importadas desde otros sistemas como el estadounidense han de ser examinadas en el nuestro a tenor de que el fundamento, tanto de la regla de exclusión como de sus excepciones, reside en el principio de proporcionalidad rector de la convivencia entre derechos fundamentales, cuya aplicación no está exenta de dificultades, oscuridades, y hasta incoherencias, por falta de una sistemática rigurosa.³⁹

persona con la que había compartido convivencia y ante las nada inocentes insidias afeándole haber sido objeto de infidelidades. Ese trasfondo no autoriza, como bien se razona en la sentencia mayoritaria evocando anteriores pronunciamientos de esta Sala, a intromisión alguna en la intimidad ajena. Ni antes ni después de romperse los lazos matrimoniales o asimilables. Pero cuando con lo que se topa quien realiza tal conducta, sin esperarlo y sin poder intuirlo, es con la prueba de un presunto delito, la actuación escapa a las previsiones del art. 11.1 LOPJ».

³⁹ ROCA TRÍAS, E; AHUMADA RUIZ, M.^a Á. *XV Conferencia Trilateral, 24-27 de octubre 2013. Roma. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España.* Roma, octubre 2013, pp. 15 y 16: «El test de proporcionalidad en sentido estricto mantiene en la práctica del Tribunal unos contornos borrosos y no es exagerado sugerir que, en la inmensa mayoría de los casos, es en el segundo paso (control de necesidad) en el que se ha determinado el resultado del control, de tal manera que el tercer momento sirve como verificación o argumento a mayor abundamiento. El Tribunal rechazó en su primera jurisprudencia que en la Constitución existiera una “jerarquía de derechos” o un orden de libertades “preferentes” al modo de la construcción de las “preferred freedoms” de la jurisprudencia americana de un período. Lo que sí ha establecido son algunas “reglas de solución de conflicto” —que actúan como “reglas de prevalencia condicionada” derivadas de juicios previos de ponderación, en la terminología de Robert Alexy— para supuestos típicos de colisión de derechos en el área de información/expresión, intimidad/honor/imagen, en el curso de una instrucción o una investigación policial [...]».

rjib 17

ESTUDIS

SOLIDARIDAD Y RESPONSABILIDAD: DERECHOS Y OBLIGACIONES¹

Carlos Gómez Martínez

Magistrado

Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears

**I. Introducción. II. La solidaridad. III. La ley. IV. La ley y los derechos fundamentales.
V. La ley como delimitadora del espacio de participación ciudadana.**

¹ En este texto se basó la intervención del autor en el diálogo con Danilo Martuccelli que tuvo lugar el 19 de febrero de 2019 en el Palau Macaya de Barcelona, dentro del ciclo «Solidaridad en diversidad», dirigido por el CIDOB (Barcelona Center International Affaires) y organizado por la Obra Social de «la Caixa».

RESUMEN

En un contexto de pluralidad cultural y de demandas de reconocimiento de identidad, la ley puede perder su legitimidad política e incluso antropológica pues resulta difícil individualizar un solo grupo como su fuente material. Para hallar una nueva legitimidad para la ley en sociedades culturalmente diversas se propone indagar en dos ideas previas a la Ilustración, como son la concepción del derecho como algo previo a lo político, y la idea de la ley en Grecia. En efecto, por un lado, se puede mantener que los derechos humanos son anteriores al ordenamiento jurídico por lo que, si se les dota de una dimensión universal, la ley no puede ser transcripción fiel de la cultura dominante. Por otro lado, si se adopta la idea de ley vigente en Atenas como perímetro delimitador del espacio de convivencia, la ley puede tener un «efecto llamada» a participar en la conquista de derechos y será en el decurso de ese camino emancipador en el que se formarán vínculos de solidaridad dotados de la necesaria profundidad.

Palabras clave: ley, solidaridad, diversidad cultural.

RESUM

En un context de pluralitat cultural i de demandes de reconeixement d'identitat, la llei pot perdre la seva legitimitat política i fins i tot antropològica perquè resulta difícil individualitzar un sol grup com la seva font material. Per trobar una nova legitimitat per a la llei en societats culturalment diverses es proposa indagar en dues idees prèvies a la Il·lustració, com són la concepció del dret com una cosa prèvia al polític, i la idea de la llei a Grècia. En efecte, d'una banda, es pot sostenir que els drets humans són anteriors a l'ordenament jurídic per la qual cosa, si se'ls dota d'una dimensió universal, la llei no pot ser transcripció fidel de la cultura dominant. D'altra banda, si s'adopta la idea de llei vigent a Atenes com a perímetre delimitador de l'espai de convivència, la llei pot tenir un «efecte crida» a participar en la conquesta de drets i serà en el decurs d'aqueix camí emancipador en el qual es formaran vincles de solidaritat dotats de la necessària profunditat.

Paraules clau: llei, solidaritat, diversitat cultural.

ABSTRACT

In a context of cultural plurality and claims of identity recognition, the law may lose its political and even its anthropological legitimacy as it is difficult to find a single group as its material source. In order to find a new legitimacy for the law in culturally diverse societies, it is proposed to investigate two ideas previous to the Enlightenment, such as the conception of law as something prior to the political, and the idea of law in Greece. Indeed, on the one hand, it can be maintained that human rights are prior to the legal system, so if they are endowed with a universal dimension, the law cannot be a faithful transcription of the dominant culture. On the other hand, if we adopt the Athenian idea of a law as a delimiting perimeter of the coexistence space, the law can have a «call effect» to participate in the conquest of rights and will be in the course of that emancipatory path.

Key words: law, solidarity, cultural plurality.

I. Introducción

El título de esta intervención, *Solidaridad y responsabilidad: derechos y obligaciones*, remite inmediatamente a la ley puesto que en un Estado de derecho es la ley la que crea derechos y obligaciones y establece la responsabilidad por el incumplimiento de estas. Por tanto, de lo que se tratará es de la relación entre la solidaridad y la ley.

De los tres principios que integran la divisa de la revolución francesa, «Libertad, Igualdad y Fraternidad», este último es el que ha ofrecido más resistencia a ser sometido a la ley, a ser «juridificado», si me permiten la utilización de este término un tanto cacofónico y quizás no permitido por la RAE, pero expresivo de lo que se quiere decir: la sumisión a las reglas jurídicas de un determinado tema o cuestión.

En una visión general y forzosamente simplificadora, puede sostenerse que el siglo XIX fue el de la juridificación de la libertad, con las primeras constituciones liberales y la creación del Estado de derecho, y que el siglo XX fue el de la igualdad, con el desarrollo del Estado de bienestar tras las dos conflagraciones mundiales. La consecuencia de esta evolución es que hoy vivimos en un Estado social y democrático de derecho (art. 1 de la Constitución Española).

En cambio, la fraternidad, cuya integración en un marco conceptual estructurado siempre fue difícil para los juristas y filósofos,² desapareció del panorama y del programa legislativo.³

La pregunta que nos haremos en esta exposición es si se puede sostener la tesis de que la fraternidad, en forma de solidaridad, ha reaparecido ya en el siglo XXI para ocupar un lugar en el espacio público con pretensiones regulativas en sociedades ahora caracterizadas por el pluralismo cultural; si eso es posible y si puede tener o no un efecto positivo en la renovación del pacto de convivencia con inclusión de personas que no comparten la cultura homogénea que durante los

² ROSANVALLON, P. *La sociedad de los iguales*. Madrid: Ed. RBA Política y Sociedad, 2012, pág. 73.

³ Ha de hacerse aquí la precisión de que la «Fraternité» en Francia ha vuelto al mundo del derecho tras la decisión 2018/717/718 de 6 de julio, del Consejo Constitucional, en la que declara contrario a la Constitución el delito introducido en 2012 en el Código penal francés, en el que se castigaba la prestación de ayuda jurídica, alimentos, alojamiento y cuidados médicos a los extranjeros que se encontrasen en Francia en situación irregular. El tribunal funda su decisión en el valor constitucional que atribuye al principio de fraternidad por ser parte de la divisa de la República reconocida como tal en el art. 2 de la Constitución de 1958.

siglos pasados constituía la argamasa que unía a la ciudadanía de los países occidentales y que era presupuesto sociológico de la ley creadora de los derechos y obligaciones y generadora de responsabilidad.

Como paso previo han de hacerse dos matizaciones. La primera es que el déficit de solidaridad que padecen nuestras sociedades fragmentadas y complejas, en palabras de ROSANVALLON, «el daño a los fundamentos sociológicos y casi antropológicos del vivir juntos»,⁴ es anterior a la irrupción en las últimas décadas del pluralismo cultural, y es un fenómeno más amplio. Así, Hannah ARENDT ya se refería a los hombres que «viven en una separación desesperadamente solitaria o se ven comprimidos en una masa, porque [...] han perdido el mundo que había sido común a todos ellos»,⁵ en lo que ella misma denominó una «solidaridad negativa».⁶

La segunda matización es que la ley se ha visto hoy desprovista de su antiguo prestigio debido a distintos factores como «la inflación de leyes, su volatilidad y su impotencia para aprehender un mundo decididamente demasiado complejo»,⁷ sin desdeñar la desconfianza hacia las instituciones, muchas veces incapaces de imponer el cumplimiento de la ley a los más poderosos, y la percepción de la ley como fruto de arreglos entre partidos o como cesión a los lobbies económicos. No puede ignorarse esta realidad, pero en la exposición se ha optado por «salvar a la ley» y por examinarla en su aspecto paradigmático de norma destinada a regular la convivencia entre las personas.

II. La solidaridad

Inmediatamente ha de precisarse, también, el concepto de solidaridad que se va utilizar. No hablaremos aquí de «solidaridad» en el sentido en que a veces se hace en el debate político, como sinónimo de la finalidad de «políticas» tendentes a corregir la desigualdad social. Este tipo de solidaridad pertenece, en realidad, al segundo de los principios de la revolución francesa, es decir, a la igualdad, que es la

⁴ Ob. cit., pág. 339.

⁵ ARENDT, H. *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre reflexión política*. Barcelona: Austral 2017, pág. 134.

⁶ Concepto desarrollado por Mishra PANJAK en *Age of Anger. A History of the Present*. Barcelona: Penguin Random House, 2017.

⁷ SUPIOT, A. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. París: Editions du Seuil, 2005, pág. 109.

finalidad, también, de las leyes sociales de última generación que son aquellas que establecen una discriminación positiva y que tienen como destinatarias ciertas categorías de personas en situación de desigualdad provocada por circunstancias históricas o contemporáneas. El objetivo de tales normas de discriminación positiva es, precisamente, colocar a estas personas en el mismo plano que al resto de los ciudadanos para, de este modo, conseguir, justamente, la igualdad, no directamente la solidaridad.

Tampoco se hará referencia a la solidaridad como la «acción» que desempeñan, sobre todo, las organizaciones no gubernamentales para paliar las situaciones de desigualdad extrema, ya sean nacionales o internacionales (en este último caso la «acción» suele denominarse «humanitaria»), porque estas labores se llevan a cabo, de nuevo, con el fin de garantizar mínimas condiciones de igualdad aunque, en último término, tiendan, también, a evitar la exclusión social, la desconexión definitiva de las personas en situación de vulnerabilidad con la comunidad a la que pertenecen o con la vida.

Aquí nos referiremos a la solidaridad como aquello que nos impulsa a vivir juntos y nos mantiene unidos. Este significado de «solidaridad» tiene que ver con la etimología de la palabra. En efecto, solidaridad procede del latín *solidum*, sólido, es decir, el estado de la materia en el que las partículas están más estrechamente unidas entre sí, frente a la mayor movilidad propia del estado líquido y la volatilidad característica de las moléculas de los gases.

Más allá de la física, la palabra «solidaridad» se usa en derecho civil para designar la responsabilidad indistinta de cada uno de los varios deudores respecto de una única obligación o el derecho, también indistinto, de cada uno de los varios acreedores a reclamar su cumplimiento a cada uno de los varios deudores.

Es en este sentido, como aquello que nos mantiene unidos y permite la vida en común, en el que la solidaridad está estrechamente vinculada a la fraternidad, pues ambas tienen su modelo en las relaciones familiares,⁸ y ambas apelan, también, a un principio de realidad: los hermanos no se escogen, como tampoco se elige a los ciudadanos con los que se comparte un mismo espacio público y sin embargo, tanto en uno como en otro caso se establecen vínculos ineludibles.

Es en ese mismo sentido en el que decimos que la solidaridad se halla ausente de la ley, incluso de la Constitución que no la incluye entre los valores superiores del ordenamiento jurídico, entre los que sí enumera la libertad y la igualdad (art. 1.1.) y,

⁸ GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, J. «Notas para la elaboración de un concepto de solidaridad como principio político». *Sistema*, núm. 101 (1991).

en cambio, en cierto modo, paradójicamente, la concibe como principio que ha de regir en las relaciones entre territorios (arts. 2, 4.2, 138.1, 156.1 y 158.2),⁹ como haciendo abstracción de las personas que los habitan.

La solidaridad tampoco aparece mencionada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948 y, en cambio, sí se recoge en la Carta africana sobre derechos humanos y de los pueblos de 1981, no como derecho sino como deber, al establecer su art. 29.4 que todo individuo tendrá el deber de «preservar y reforzar la solidaridad nacional y social».

Una primera respuesta, ontológica, a la ausencia de la solidaridad de la ley puede hallarse en el hecho de que, a diferencia de la libertad y la igualdad, que son externas al derecho y que, por tanto, la ley puede regular, la solidaridad es constitutiva del derecho mismo y, por ello, no puede ser su objeto. La ley puede garantizar la libertad y puede establecer las condiciones necesarias para la igualdad, pero la ley no puede existir sin solidaridad dado que «la solidaridad es fundamento y límite determinante de lo jurídico».¹⁰ Es decir, la cohesión social que proporciona la solidaridad es indispensable para la existencia misma del derecho, es su presupuesto, no algo externo al derecho que pueda ser su objeto y que aquel pueda regular.

Sin embargo, a esta primera respuesta deben hacerse, inmediatamente, dos matizaciones.

La primera es que «lo que nos une», la pertenencia a una comunidad, sí puede ser, parcialmente, objeto de regulación. Por ejemplo, en lo que se refiere a los símbolos, la lengua, el territorio. Así, resulta significativo que la Constitución francesa de 1791, en su título primero titulado «Disposiciones fundamentales garantizadas por la Constitución» previese que: «Se establecerán las fiestas nacionales para conservar la memoria de la Revolución francesa, mantener la fraternidad entre ciudadanos y vincularlos a la Constitución, a la Patria y a las leyes».

⁹ Y, por tanto, aunque indirectamente, entre ciudadanos no considerados como tales sin más, como ocurre con la igualdad y la fraternidad, sino como pertenecientes a distintas comunidades autónomas. Este enfoque de la solidaridad conduciría al absurdo de entenderla como vínculo entre ciudadanos de una y otra comunidad autónoma, pero no entre los ciudadanos de una misma comunidad autónoma entre sí.

¹⁰ DE LUCAS, J. *El concepto de solidaridad*. México: Distribuciones Fontamara, 1993, pág. 79.

Nuestra Constitución de Cádiz se refería al «amor de la patria» como una de las «principales obligaciones de los españoles» junto a la de «ser justos y benéficos» (art. 6) y establecía que «La Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera» (art. 12). Por su parte, la Constitución de 1931, como muestra de su vocación social, definía España en su art. 1 como una «República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y Justicia».

También nuestra actual Constitución regula en sus primeros artículos lo relativo a la lengua, la bandera o la capital del Estado (arts. 3, 4 y 5) aunque sin referencia alguna, como antes decíamos, a la solidaridad o fraternidad entre ciudadanos.

En términos generales puede adelantarse que, cuanto más identitaria sea la regulación de los símbolos constitutivos de la nación o de la comunidad en cuestión, mayor será el riesgo de sesgo cultural y, por tanto, mayor será la dificultad para que la ley sea vista como marco común a las distintas realidades culturales presentes en la sociedad.

El «patriotismo constitucional» divulgado por HABERMAS es el máximo exponente de la tendencia a la elusión de rasgos culturales o identitarios en la definición de la nación que estaría de este modo integrada por ciudadanos que hacen suyos los principios recogidos en la Constitución, una adhesión que no sería meramente cognoscitiva sino, también, axiológica. Este modelo tiene, sin embargo, sus limitaciones puesto que «la idea de que el Estado debe desnudar a los individuos de sus filiaciones sociales e identidades particulares para conseguir que concuerden con un modelo abstracto de ciudadanía que el mismo Estado define para sus propias finalidades, está destinada a que contra ella se alce la fuerte objeción de que el Estado modela la ciudadanía sobre la base de la cultura dominante y de solo una parte de la sociedad».¹¹

La segunda precisión que ha de hacerse a la hipótesis de la resistencia de la solidaridad a ser regulada por la ley es que ello no es obstáculo para que la idea compartida de vigencia de una ley común a la que han de sujetarse todos sí que sea un componente de solidaridad considerada como «conciencia conjunta de derechos y obligaciones».¹² Ya veíamos antes que conseguir la vinculación de los ciudadanos

¹¹ GRAZIADEI, M. «The fault in our stars. Personal autonomy, philosophy and the law», en FOGLETS, M.-C.; GRAZIADEI, M.; RENTELN, A. D. *Personal Autonomy in Plural Societies. A principle and its paradoxes*. Londres: Routledge 2018, pág. 31.

¹² DE LUCAS, J., ob. cit., pág. 91.

a la ley es una de las finalidades que pretendía la Constitución francesa de 1791 al referirse a los elementos definitorios de la nación y no podemos olvidar que la ley, el derecho, tiene, también, una función valorativa y promocional.

III. La ley

Por su parte, la ley, desde el derecho romano, se ha relacionado con la comunidad, con el pueblo, del que procede. Las normas jurídicas romanas, tanto la *lex*, como el plebiscito, como el senadoconsulto e incluso las constituciones imperiales, buscaban su legitimidad, de uno u otro modo, de forma directa o indirecta, en su procedencia en el pueblo. La etimología más segura de la palabra *lex* es *legere*, una de cuyas acepciones es elegir, que más tarde se diría *eligere*,¹³ lo que sugiere que la norma ha sido elegida por sus destinatarios de cuya voluntad sería emanación.

Si la ley tiene su origen en el pueblo, en la comunidad, en el grupo, y si la solidaridad es «la vinculación moral del individuo con su grupo»¹⁴ habremos de concluir que la solidaridad, en cuanto cohesiona el grupo, hace posible tanto la creación de la ley como su cumplimiento. La ley, como creadora de derechos y obligaciones, contribuye a la solidaridad en un proceso de permanente retroalimentación pero partiendo tradicionalmente de un conjunto de personas culturalmente homogéneo, del que la ley procede y al que la ley se dirige, del que emanaría la «voluntad general» en el Estado liberal, o el *Volksgeist* o «espíritu del pueblo» en la concepción romántica del Estado.

En una perspectiva antropológica se llega así a una especie de callejón sin salida para la ley en sociedades como la nuestra que son culturalmente diversas, en el sentido de que resulta difícil encontrar un único «pueblo, grupo o comunidad» que pueda ser identificado como fuente material sociológica única o principal de la ley. En efecto, en las sociedades culturalmente plurales falta la base demográfica homogénea que permite tanto el nacimiento de la ley como su cumplimiento no coercitivo, indispensable para la convivencia —ya que la ley solo puede imponerse a la fuerza como excepción, no como regla general.

¹³ PABON, C. T. «Sobre la etimología de Lex» (<https://digitum.um.es/digitum/bitstream/10201/12832/1/Sobre%20la%20Etimologia%20de%20Lex.pdf>).

¹⁴ DE LUCAS, J., ob. cit., pág. 73.

Incluso bien intencionadas leyes que son fruto de lo que se llama las «políticas de reconocimiento» pueden fallar. Lo expresa gráficamente APPIAH cuando describe lo que él llama el «síndrome de la medusa» que atribuye al Estado y, por ende, a la ley que es su emanación: «Cuando el Estado dirige su mirada hacia nosotros —con sus documentos de identidad, sus regulaciones educativas y otros instrumentos de reconocimiento— invariablemente fija y rigidiza un fenómeno que no es ni fijo ni rígido». ¹⁵ La juridificación, dice HABERMAS, produce «la colonización del mundo de la vida». ¹⁶

Para salir de este *impasse* se propone una indagación en el concepto de ley más allá de la Ilustración siguiendo en este extremo las recomendaciones de RICOEUR y de STEINER. Para el primero de los autores citados, la herencia de la Ilustración ha de situarse en la historia de una trayectoria más larga enraizada, por una parte, en la Torá hebraica y, de otra, en la ética griega de las virtudes y la filosofía política. Dice Ricoeur que «se tiene que saber hacer memoria de todos los inicios y reinicios ya que reactualizando los legados más antiguos que el del Aufklärung [...] es como la identidad moderna puede encontrar sus correctivos apropiados a los efectos perversos que hoy desdibujan las conquistas irrecusables de esa misma modernidad». ¹⁷ Y, en el mismo sentido, indica STEINER que un rasgo definitorio de Europa es la de ser hija de Atenas y de Jerusalén de las ciudades de Sócrates y de Isaías. El humanismo europeo sería un compromiso entre los ideales áticos y hebraicos. Europa, dice STEINER es, sin duda, «la historia de dos ciudades». ¹⁸

Pues bien, en esta indagación al encuentro de los inicios y reinicios de Europa se propone hacer dos paradas en la concepción de la ley, anteriores a la Revolución francesa, en cierto modo enmascaradas por el espíritu de la Ilustración pero que, al mismo tiempo, la atraviesan, y que pueden resultarnos también útiles en la actualidad para el tema que nos ocupa, la relación entre la solidaridad y la ley.

¹⁵ APPIAH KWAME, A. *The lies that bind. Rethinking identity*. Londres: Profile books 2018, pág. 97.

¹⁶ HABERMAS, J. *The theory of communicative action*. Boston: Beacon Press, 1981, pág. 356.

¹⁷ RICOEUR, P. *Lectures I. Autour du politique*. París: Le Seuil, 1994, pág. 173.

¹⁸ STEINER, G. *The Idea of Europe*. Tilburg: Nexus Library, 2004, pág. 27.

IV. La ley y los derechos fundamentales

La primera parada la hacemos en el concepto de derecho común, vigente en toda Europa antes de la codificación y que todavía se halla vigente en los países de *common law*.

La principal diferencia entre los sistemas continentales y los anglosajones se deriva de la distinta orientación de las revoluciones americana e inglesa y la francesa. Los padres fundadores de los Estados Unidos de América establecieron una nueva Constitución, y Cromwell sometió el Rey al Parlamento, pero no consideraron necesario cambiar el derecho ordinario, el *common law*, una amalgama de normas formadas por el derecho romano, derecho canónico, usos y normas locales y las decisiones de los jueces. En cambio, los revolucionarios franceses no se conformaron con un cambio político, pretendían un nuevo orden social, una nueva regulación de la vida. Para ello contaban con la ley, concebida al modo de ROUSSEAU como expresión de la voluntad general, potencialmente mucho más invasora de la vida de los ciudadanos,¹⁹ y para tal fin se inició en los países de derecho continental el proceso de codificación.

De las características de los sistemas de *common law* resaltamos aquí la profunda convicción de que lo jurídico precede a lo político, lo que se concreta en la expresión «rule of law, imperio de la ley, o estado de derecho. Todos los juristas de common law comparten una representación implícita en la que el derecho precede a la política: tanto históricamente —la common law precedía a la invasión normanda— como genéticamente —el poder político debe respetar algunos derechos fundamentales como el due process of law (el derecho al proceso debido)».²⁰

Esta idea de que la ley, aunque sea expresión de la política, es deudora de un legado jurídico preexistente, hoy encarnado en los derechos fundamentales, se halla en la base del actual Estado constitucional de derecho en el que son esos derechos fundamentales, precisamente, los que se presentan como fuente de legitimación interna de las normas que integran el resto del ordenamiento jurídico y los que, por su carácter universal, se aplicarían a todas las personas residentes en un país con independencia de su pertenencia a una minoría cultural o no.

¹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «La Democracia y el lugar de la ley». *AFDUAM*, núm. 1 (1997), págs. 79 a 95.

²⁰ ALLARD, J.; GARAPON, A. *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*. Éditions du Seuil et la République des Idées, 2005, págs. 45 y 56.

En el Estado Constitucional de Derecho, el ordenamiento jurídico se presenta así como un conjunto de leyes supeditadas a los derechos fundamentales, derechos en los que cristalizan valores preexistentes a la Constitución y, por supuesto, a la ley. Por tanto, para determinar si la ley es válida para la regulación de aspectos importantes de la vida de personas que pertenecen a una pluralidad de culturas que comparten un mismo espacio público y jurídico, resulta pertinente la pregunta sobre el carácter universal o puramente occidental de tales derechos fundamentales, tema acerca del cual vale la pena hacer dos observaciones.

La primera es que, como recuerda FERRAJOLI, la adhesión axiológica y social a estos derechos no afecta a sus fundamentos. Así, la Iglesia Católica se opuso a la libertad de conciencia, hasta el Concilio Vaticano II. Según el mismo autor «un referéndum realizado en tiempo de Beccaria sobre su libro “De los delitos y de las Penas” habría recibido el consenso del mismo Beccaria y algunas decenas de sus amigos. Tampoco hubiera tenido mayor éxito si hubiera sido sometida a votación la Declaración Universal de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. E incluso hoy, sería de temer un referéndum sobre las garantías penales y procesales».²¹

La segunda precisión es que las críticas al universalismo de los derechos fundamentales se refieren en ocasiones más a su forma de presentación que a su contenido. Así, el premio Nobel AMARTYA SEN lo que rechaza es la concepción de los derechos fundamentales como producto occidental y recuerda la Constitución relativamente liberal promulgada en el año 604 por el príncipe budista Shotoku, la influencia del pensamiento griego en el mundo árabe, el ejemplo de la coexistencia de las tres religiones en la Andalucía medieval o el liberalismo del emperador mongol Akbar que estableció normas en India sobre la tolerancia religiosa en el mismo año en que Giordano Bruno era quemado como hereje por la Inquisición en el Campo dei Fiori.²²

De este viaje al *common law* extraemos la conclusión de que la ley solo puede entenderse hoy con base en una doble legitimidad: la democrática, derivada de ser producto de la voluntad general representada en la cámara legislativa, y la axiológica, derivada de su necesaria concordancia con los derechos fundamentales que, a su vez, emanan de valores anteriores a la propia ley y que la limitan. El sometimiento de la ley a los derechos fundamentales no ha sido un camino fácil y se

²¹ FERRAJOLI, L. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Ed. Trotta, 2001, págs. 365 a 368.

²² SEN, A. *La démocratie des autres. Pourquoi la liberté n'est pas une invention de l'Occident*. París: Manuels Payot, 2005.

ha consolidado en Europa después de las devastadoras experiencias de los regímenes nazi y soviético, que demostraron que las normas sin fundamento en los derechos humanos son barbarie.

Pues bien, el primer resultado de esta indagación histórica en la idea de ley es que la necesaria vinculación de esta a los derechos fundamentales la libera del puro seguidismo de la voluntad general, voluntad del pueblo o *Volksggeist*, y la hace más abierta a la diversidad cuanto más se presenten los derechos humanos en su dimensión universal y no como mero producto de la cultura occidental.

V. La ley como delimitadora del espacio de participación ciudadana

La segunda parada en la concepción de la ley previa a la Revolución francesa que se propone se remonta a un pasado aún anterior: Grecia.

Hannah ARENDT recuerda que «los griegos, a diferencia de los posteriores desarrollos, no contaban a la legislación entre las actividades políticas. A su juicio el jurista era como el constructor de la muralla de la ciudad, alguien que debía realizar y acabar su trabajo para que comenzara la actividad política. De ahí que fuera tratado como cualquier otro artesano o arquitecto y que pudiera traerse de fuera y encargarle el trabajo sin tener que ser ciudadano, mientras que el derecho a *politeuesthai*, a comprometerse en las numerosas actividades que finalmente continuaban en la polis, estaba exclusivamente destinado a los ciudadanos».²³

Fue después Roma la que colocó al derecho en el centro de la *civitas*, sucesora de la *polis*. El derecho traspasó las murallas de la ciudad y penetró en el interior de esta a través de las vías públicas, el *Cardo* y el *Decumano*, hasta el espacio público del foro en el que ocupaba un lugar vertebrador de la convivencia social.

Sobre esta idea romana de la ley se posó la concepción de la Revolución francesa de la ley como expresión de la voluntad general y se generalizó el valor político de la legislación, que fue, a partir de entonces, el resultado de votaciones en la asamblea de representantes del pueblo de modo que hoy, como dice HABERMAS, el proceso democrático debe su fuerza generativa de legitimación a «la participación política igualitaria de los ciudadanos, que garantiza que los destinatarios de las leyes puedan también entenderse a sí mismos al mismo tiempo como los autores de esas leyes».²⁴

²³ ARENDT, H. *La condición humana*. Barcelona: Paidós, 2005, pág. 221.

²⁴ HABERMAS, J. *Entre naturalismo y religión*. Barcelona: Paidós, 2006, pág. 128.

Este concepto esencialista de la ley cuadra, además, con el que es propio de la tradición hebraica a la que, recordémoslo, apelan RICOEUR y STEINER para el recto entendimiento de lo que es Europa más allá de la Ilustración. En efecto, lo que ofrece Yahvé a Moisés son las tablas de la ley y, en gran parte, la cultura judía se fragua en torno a la interpretación, la recopilación y el comentario de las prescripciones bíblicas.

Si, obviando estos precedentes hebraicos y romanos, retomamos el concepto griego de ley como las murallas ideales que enmarcan la vida de la ciudad, se puede considerar que es función de la ley la de delimitar un perímetro de ciudadanía y provocar un efecto llamada a ingresar en él a quienes cumplan las obligaciones que la misma ley establece. No se trata de acceder al paraíso en el que ya se habrían cumplido las promesas que albergan las leyes, se trata más bien de acceder a un espacio en el que se puede participar en la conquista de derechos que no se han conseguido en muchos casos ni para los ciudadanos privilegiados de occidente que se unen así a los que han llegado procedentes de otras culturas en el camino de la materialización de tales derechos. La ley cumple así la función, a la que se refiere FRANCAVILLA, de «proveer un contexto adecuado para interacciones que pueden tener lugar entre individuos que pueden ser más o menos diferentes».²⁵

Los ordenamientos jurídicos fundados en los derechos humanos guardan promesas. Pero la realización de estas depende de la obstinación de los ciudadanos en un camino que han de compartir todos, y será al recorrerlo cuando se creen los vínculos de solidaridad. Así habrá actuado la ley como favorecedora de la solidaridad que pueda crearse en esa acción conjunta llevada a cabo por personas de culturas viejas y de culturas nuevas, de diferentes credos y etnias. Será la necesidad de superar las dificultades conjuntamente la que forje solidaridad, será esta la que cree cohesión social y será la cohesión social la que a su vez genere la ley, con posibilidad de ampliar el marco en un círculo virtuoso de inclusión.

Volvemos así a la primera idea con la que se iniciaba esta reflexión: la ley garantiza la libertad imponiendo el respeto en ciertos ámbitos en los que no cabe intromisión ni del poder ni de las instituciones ni de los particulares; la ley establece mecanismos para crear las condiciones de igualdad y los poderes públicos tienen obligación de remover los obstáculos que la impidan en cumplimiento del que se

²⁵ FRANCAVILLA, D. «The Uniformisation of family law and the Place of Ethnic Minorities», en SHAH, P.; FOLETS, M.-C.; ROHE, M. *Family, Religion and Law. Cultural encounters in Europe*. Surrey: Ashgate, 2014, pág. 111.

llama principio de efectividad que les impone el art. 9.2 de la Constitución; y la ley puede, finalmente, favorecer la solidaridad mediante la inclusión de todos en la consecución de los objetivos que la propia ley y la Constitución señalan. La solidaridad surgirá de la acción compartida de los ciudadanos por la realización de esas promesas y, a diferencia de la libertad y de la igualdad, apela a todos y no directamente ni solamente a los poderes públicos. Hannah ARENDT nos recuerda que para Aristóteles «la polis es una comunidad de iguales en búsqueda de una vida que es potencialmente la mejor».²⁶

La respuesta a la pregunta que nos hacíamos al principio puede ser, por tanto, matizadamente positiva: la solidaridad es y ha de seguir siendo un espacio en el que se encuentran las personas cara a cara, en una relación de cooperación informal no mediatizada ni por el poder ni siquiera por la ley, en un ámbito de experiencias compartidas y de construcción y reconocimiento dinámicos de las particularidades,²⁷ en el que rija no solo la tolerancia sino, también, el disfrute del contacto con otras culturas.²⁸ Sin embargo, sí cabe que la ley delimite y defina ese marco en el que el encuentro sea posible.

Ese ha de ser el lugar preciso para la interacción entre ley y la solidaridad en el siglo XXI: la ley el continente, lo institucional, lo formal; la solidaridad el contenido, la profundidad, la vida.

²⁶ ARENDT, H. *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre reflexión política*. Barcelona: Austral, 2017, págs. 185 y 243.

²⁷ ROSANVALLON, P. *Notre histoire intellectuelle et politique 1968-2018*. París: Seuil, 2018, págs. 362 y 403.

²⁸ NEIMAN, S. *Widerstand der Vernunft. Ein Manifest in postfaktischen Zeiten*. Ed. Ecowin, pág. 72. Señala la autora que ese disfrute de las otras culturas es la mejor defensa de la cultura propia.

rjib 17

ESTUDIS

EL GOBIERNO EN FUNCIONES EN LA NUEVA LEY 1/2019, DE 31 DE ENERO, DEL GOBIERNO DE LAS ILLES BALEARS

Miquel Pons-Portella

Abogado

I. Introducción. II. Precedentes de la regulación del Gobierno en funciones. 1. *El Gobierno de la Nación.* 2. *Los Gobiernos autonómicos.* A. *La regulación del proceso de transición entre gobiernos en Extremadura (Ley 4/2015, de 26 de febrero).* B. *El régimen del Gobierno en funciones y de los traspasos de poderes en Aragón (Ley 5/2017, de 1 de junio).* C. *La garantía de la documentación y la información necesarias para el Gobierno entrante en Navarra (Ley Foral 6/2018, de 17 de mayo).* 3. *El Gobierno de las Illes Balears.* **III. Análisis del capítulo V del título II de la LGIB.** 1. *Supuestos del Gobierno en funciones: el cese del Gobierno.* 2. *Duración del Gobierno en funciones.* 3. *Composición del Gobierno en funciones.* A. *Presidente interino.* B. *Vicepresidente y consejeros.* C. *Personal eventual de los gabinetes.* 4. *Actuación del Gobierno en funciones.* A. *Norma general.* B. *Principios de actuación en la transición de gobiernos.* C. *Limitaciones.* a) *Limitaciones del Gobierno en funciones.* b) *Limitaciones del Presidente en funciones.* D. *Supuestos de actuación extraordinaria.* 5. *Memoria final del Gobierno en funciones.* **IV. Control parlamentario del Gobierno en funciones.** **V. Posición del sector público instrumental durante la transición entre Gobiernos.** **VI. Conclusiones.**

RESUMEN

La nueva Ley del Gobierno de las Illes Balears, cuya entrada en vigor se produjo durante los primeros compases del año 2019, introduce importantes novedades en el régimen jurídico de la institución encargada de la función ejecutiva en nuestra Comunidad Autónoma. Entre ellas destaca la regulación del Gobierno en funciones, cuyo análisis detallado se lleva a cabo en este trabajo.

Palabras clave: Gobierno en funciones, Comunidad Autónoma de las Illes Balears, Estatuto de Autonomía, Ley del Gobierno.

RESUM

La nova Llei del Govern de les Illes Balears, l'entrada en vigor de la qual es produí durant els primers compassos del 2019, introdueix importants novetats en el règim jurídic de la institució encarregada de la funció executiva a la nostra comunitat autònoma. Entre aquestes destaca la regulació del Govern en funcions, l'anàlisi detallada de la qual es duu a terme en aquest treball.

Paraules clau: Govern en funcions, Comunitat Autònoma de les Illes Balears, Estatut d'autonomia, Llei del Govern.

ABSTRACT

The new Government Law of the Balearic Islands, which came into effect during the first few moments of 2019, introduces important innovations in the legal regime of the institution in charge of the executive function in our autonomous community. These include the regulation of the acting Government, the detailed analysis of which is carried out in this work.

Key words: acting Government, Autonomous Community of the Balearic Islands, Autonomy Statute, Government Law.

I. Introducción¹

La IX legislatura del Parlamento de las Illes Balears se ha concluido recientemente con la aprobación de varias leyes de notable importancia: la Ley 3/2019, de 31 de enero, Agraria; la Ley 6/2019, de 8 de febrero, de modificación de la Ley 7/2013, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de instalación, acceso y ejercicio de actividades; la Ley 8/2019, de 19 de febrero, de residuos y suelos contaminados; la Ley 9/2019, de 19 de febrero, de la atención y los derechos de la infancia y la adolescencia, y la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética. Pero, indudablemente, la norma más relevante que ha aprobado el Parlamento en el tramo final de la IX legislatura es justamente la primera que fue promulgada en el año 2019: la Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears.²

Ciertamente, la LGIB es una pieza fundamental de la arquitectura institucional de la comunidad autónoma, como bien demuestra el art. 57.3 del Estatuto de 2007 al establecer que «Por ley del Parlamento, aprobada por mayoría absoluta, se establecerá la organización del Gobierno, las atribuciones y el Estatuto personal de cada uno de sus componentes». Así pues, la LGIB viene a dar cumplimiento a esta previsión estatutaria, sustituyendo asimismo la precedente LGIB de 2001, cuya «calidad técnica» es expresamente reconocida y elogiada en la exposición de motivos de la novísima LGIB (capítulo I).

¹ En este trabajo se emplean las siguientes abreviaturas y los siguientes acrónimos:

- «Estatuto de 1983»: Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares.
- «Estatuto de 2007»: Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.
- LBABG: Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears.
- «Ley del Gobierno»: Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.
- LGIB: Ley 1/2019, de 31 de enero, del Gobierno de las Illes Balears.
- «LGIB de 2001»: Ley 4/2001, de 14 de marzo, del Gobierno de las Illes Balears.
- LSPI: Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la comunidad autónoma de las Illes Balears.

² La LGIB ha sido objeto de las siguientes publicaciones oficiales: BOIB núm. 15, de 2 de febrero de 2019, pp. 3760-3789; BOE núm. 52, 1 de marzo de 2019, pp. 19767-19800.

La LGIB consta de seis títulos: el preliminar, que define el objeto de la Ley; el primero, dedicado al Presidente; el segundo, sobre el Gobierno; el tercero, relativo a los miembros del Gobierno; el cuarto, que regula la iniciativa legislativa y las potestades normativas del Gobierno, y, el quinto, que trata de los principios de actuación del Gobierno. Como queda dicho, la LGIB sustituye —al derogarla en su totalidad— a la Ley del Gobierno de 2001 (disposición derogatoria única, apartado 1), pero además también asume la regulación de los principios de buen gobierno que hasta la fecha constaban en el título II de la LBABG (disposición derogatoria única, apartado 2).

En atención a su trascendencia tanto jurídica como política, todos los asuntos que trata la LGIB son merecedores de un análisis reposado. Sin embargo, en esta sede vamos a limitarnos a estudiar un aspecto muy concreto: el Gobierno en funciones.³

En efecto, pese a que durante años se ha tratado de un fenómeno prácticamente de laboratorio, la nueva disyuntiva política que atraviesa España —ausencia de mayorías parlamentarias clara y dificultad creciente para poner en marcha ejecutivos— ha situado el Gobierno en funciones en el centro del debate.⁴ Se vio claro durante las legislaturas XI y XII de las Cortes Generales, cuando asistimos a una *prorrogatio* gubernamental⁵ que casi se extendió durante todo el

³ En la doctrina, sobre este tema pueden citarse los siguientes estudios: GONZÁLEZ ALONSO, A. «Los Gobiernos cesante y en funciones en el ordenamiento constitucional español». *Asamblea. Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 12 (junio de 2005), pp. 221-276; NARANJO DE LA CRUZ, R. «Las causas del cese del Gobierno en el ordenamiento constitucional español». *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 4 (enero/junio de 2001), pp. 115-152; NARANJO DE LA CRUZ, R. «El ámbito funcional del Gobierno cesante». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 36/37 (2001), pp. 23-47; REVIRIEGO PICÓN, F. *El Gobierno cesante o en funciones en el ordenamiento constitucional español*. Madrid: BOE, 2003; SANTAOLALLA LÓPEZ, F. «El problema de la renovación de los órganos constitucionales». *Revista de Derecho Político*, núm. 77 (enero/abril de 2010), pp. 73-103.

⁴ GÓMEZ CORONA, E. «Las limitaciones del Parlamento recién constituido durante la prorrogatio gubernamental». *Revista de Derecho Político*, núm. 96 (mayo/agosto de 2016), pp. 149-180. Véase particularmente el apartado I de este artículo.

⁵ Desde posiciones distintas sobre el uso de esta expresión, véase ÁLVAREZ CONDE, E. «El Gobierno en funciones». *Documentación Administrativa*, núms. 246-247 (septiembre de 1996/abril de 1997), pp. 191-218; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. «La *prorrogatio* de los

año 2016.⁶ En las Illes Balears de momento no se ha dado un escenario de tales características, pero no puede descartarse que éste se produzca en un futuro más o menos próximo.

De hecho, durante el debate previo a la votación final de la LGIB que celebró el Parlamento de las Illes Balears en su sesión del 15 de enero de 2019, varios de los diputados intervinientes afirmaron que la regulación del Gobierno en funciones era el asunto que generaba «més controvèrsia»⁷ y que fue el aspecto de la LGIB que se debatió «més profundament».⁸ Estas manifestaciones —junto con el esmero puesto por el Gobierno en la elaboración del proyecto de ley⁹ y la notable altura técnica que alcanzaron en algunos momentos las deliberaciones parlamentarias—¹⁰ hacen patente que el Legislador autonómico de las Illes Balears es consciente de la importancia de contar con una buena regulación del Gobierno en funciones, dado que la misma puede convertirse en una

órganos constitucionales. Apuntes mínimos sobre un tema que no lo es». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84 (septiembre/diciembre de 2008), pp. 11-26, y AGUILAR DE LUQUE, L. «Una nueva reflexión sobre la *prorogatio* de los órganos constitucionales. Una discrepancia y algunas puntualizaciones a J. A. Santamaría». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85 (enero/abril de 2009), pp. 83-98.

⁶ Este reciente episodio ha generado un caudal considerable de doctrina científica. Merece ser destacado, a este respecto, el volumen ÁLVAREZ ÁLVAREZ, E. (coord.). *Lecciones constitucionales de 314 días con el gobierno en funciones*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

⁷ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8775.

⁸ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8779. Tanto esta expresión como la anterior pertenecen al diputado Gabriel Barceló i Milta (Grupo Parlamentario MÉS per Mallorca). Asimismo, el diputado Alberto Jarabo i Vicente (Grupo Parlamentario Podem Illes Balears) consideró que el capítulo de la LGIB relativo al Gobierno en funciones «és la part més interessant de la llei» (*ibidem*, p. 8774) y, a su vez, el diputado Vicenç Thomàs i Mulet (Grupo Parlamentario Socialista) afirmó que «és un dels que ha estat més comentats» (*ibidem*, p. 8776).

⁹ Publicado en el *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 152, de 20 de julio de 2018, pp. 8 468-8485.

¹⁰ En este sentido, merecen ser destacadas las intervenciones de la diputada Antonia Perelló i Jorquera (Grupo Parlamentario Popular), tanto en la fase de Comisión como ante el Pleno.

herramienta particularmente útil en situaciones futuras de bloqueo parlamentario e interinidad gubernamental.

Así pues, el análisis que acometeremos seguidamente de la nueva regulación del Gobierno en funciones que entró en vigor el pasado día 3 de febrero de 2019 es no sólo útil, sino también oportuno. En nuestro estudio, antes de entrar a considerar propiamente el capítulo V del título II de la LGIB, haremos referencia a sus precedentes —legales y jurisprudenciales—, tanto en las Illes Balears como en el resto de España (epígrafe II). El examen de los preceptos que la LGIB dedica específicamente al Gobierno en funciones —arts. 26 a 33— se lleva a cabo individualmente, aunque poniéndolos en relación con todo el contexto de la nueva Ley (epígrafe III). Por ello, también se tratan en estas páginas dos asuntos que regula la LGIB fuera del capítulo V de su título II, a saber: el control parlamentario del Gobierno en funciones (epígrafe IV) y la posición del sector público instrumental durante los períodos de transición entre Gobiernos (epígrafe V). El trabajo se cierra con un capítulo de conclusiones en el que se intentan señalar criterios interesantes para una eficaz aplicación de las disposiciones que la LGIB dedica al Gobierno en funciones.

II. Precedentes de la regulación del Gobierno en funciones

El capítulo V del título II de la LGIB —que constituye el objeto de nuestra atención en estas páginas— se inserta en una evolución jurídica que se inicia con el art. 101.2 de la Constitución y cuya importancia no podemos en absoluto soslayar.

1. *El Gobierno de la Nación*

El art. 101 de la Constitución Española de 1978 —ubicado en su título IV, «Del Gobierno y de la Administración»— dispone lo siguiente:

- «1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de la confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.
2. El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno».

El precepto constitucional sobre el Gobierno en funciones sería desarrollado en 1997 por el título IV de la Ley del Gobierno,¹¹ lo que constituyó —leemos en su exposición de motivos— «una de las principales novedades de la Ley». Así las cosas, el art. 21 de la Ley del Gobierno regula el Gobierno en funciones a partir del principio de lealtad constitucional, «delimitando su propia posición constitucional y entendiendo que el objetivo último de toda su actuación radica en la consecución de un normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno». Dicha disposición —que no ha sufrido ningún cambio desde su entrada en vigor, el 18 de diciembre de 1997— tiene el siguiente contenido literal:

- «1. El Gobierno cesa tras la celebración de elecciones generales, en los casos de pérdida de confianza parlamentaria previstos en la Constitución, o por dimisión o fallecimiento de su Presidente.
2. El Gobierno cesante continúa en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno, con las limitaciones establecidas en esta Ley.
3. El Gobierno en funciones facilitará el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes al mismo y limitará su gestión al despacho ordinario de los asuntos públicos, absteniéndose de adoptar, salvo casos de urgencia debidamente acreditados o por razones de interés general cuya acreditación expresa así lo justifique, cualesquiera otras medidas.
4. El Presidente del Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
 - a) Proponer al Rey la disolución de alguna de las Cámaras, o de las Cortes Generales.
 - b) Plantear la cuestión de confianza.
 - c) Proponer al Rey la convocatoria de un referéndum consultivo.

¹¹ Un cierto eco del art. 101.2 CE también se percibe en el art. 194.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que dispone lo siguiente a propósito del cese de las Corporaciones Municipales: «Una vez finalizado su mandato los miembros de las Corporaciones cesantes continuarán sus funciones solamente para la administración ordinaria hasta la toma de posesión de sus sucesores, en ningún caso podrán adoptar acuerdos para los que legalmente se requiera una mayoría cualificada». Sobre este asunto, véase POZO BOUZAS, E. G.; JAVALOYES DUCHA, M. H. «El cese de las Corporaciones Locales: limitaciones propias del período de administración ordinaria tras el proceso electoral». *Revista de Derecho Local*, 1 de abril de 2015.

5. El Gobierno en funciones no podrá ejercer las siguientes facultades:
 - a) Aprobar el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado.
 - b) Presentar proyectos de ley al Congreso de los Diputados o, en su caso, al Senado.
6. Las delegaciones legislativas otorgadas por las Cortes Generales quedarán en suspenso durante todo el tiempo que el Gobierno esté en funciones como consecuencia de la celebración de elecciones generales».

El modo correcto de interpretar esta disposición fue establecido, no sin dificultades, por la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante dos pronunciamientos del año 2005.¹²

La Sección 6ª de dicha Sala de lo Contencioso-Administrativo, en su Sentencia 5369/2005, de 20 de septiembre (recurso contencioso-administrativo núm. 123/2004), anuló la estimación de una solicitud de extradición pasiva acordada por el Consejo de Ministros (en funciones) tras constatar que éste, en virtud del art. 21.3 de la Ley del Gobierno, sólo podía asumir «la gestión administrativa ordinaria ausente de valoraciones y decisiones en las que entren criterios políticos salvo que se motive debidamente la urgencia o las razones de interés general que justifiquen la adopción de medidas de otra naturaleza» (fundamento jurídico 4º).

Sin embargo, al poco tiempo, el Pleno de la Sala Tercera —en su Sentencia 8303/2005, de 2 de diciembre (recurso contencioso-administrativo núm. 161/2004)—¹³ dio «un nuevo paso en el proceso de definición, a partir de las previsiones constitucionales y legales, del estatuto del Gobierno en funciones», añadiendo «una restricción» al criterio seguido en la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 (fundamento jurídico 12º). En efecto, tras analizar el título IV de la Constitución, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo llega a la conclusión de que «el cese priva a este Gobierno de la capacidad de dirección de la política interior y exterior a través de cualquiera de los actos válidos a ese fin», por lo que «El Gobierno en funciones ha de continuar ejerciendo sus tareas sin introducir nuevas directrices políticas ni, desde luego, condicionar, comprometer o impedir las que deba trazar el que lo sustituya» (fundamento jurídico 8º). Entonces, el «despacho

¹² En la doctrina, véase BRAGE CAMAZANO, J.; REVIRIEGO PICÓN, F. «Gobierno en funciones y despacho ordinario de los asuntos públicos (Las SSTs de 20 de septiembre y 2 de diciembre de 2005)». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 18 (2006), pp. 445-483.

¹³ En esta ocasión, el Alto Tribunal confirma la legalidad de un acuerdo del Consejo de Ministros (en funciones) por el que se denegó una petición de indulto.

ordinario de los asuntos públicos» al que alude el artículo 21.3 de la Ley del Gobierno «comprende todos aquellos cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno. Y esa cualidad que excluye a un asunto del despacho ordinario ha de apreciarse, caso por caso, atendiendo a su naturaleza, a las consecuencias de la decisión a adoptar y al concreto contexto en que deba producirse» (fundamento jurídico 9º). Así pues, la novedad con respecto a la Sentencia de 20 de septiembre de 2005 estriba en que «no es la presencia de una motivación o juicio políticos lo que excede a la gestión ordinaria de los asuntos públicos [...], sino la adopción de decisiones que, por su contenido en las circunstancias concretas en las que se toman, impliquen una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno» (fundamento jurídico 12º).

Con base en esta doctrina jurisprudencial, la Sala Tercera ha confirmado la legalidad de varias disposiciones reglamentarias aprobadas por un Gobierno en funciones,¹⁴ en la medida en que esta actuación —como leemos en la Sentencia 4202/2017, de 22 de noviembre— «no establece nuevas orientaciones políticas, ni tampoco significa condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno» (fundamento jurídico 3º).¹⁵ En cuanto a los

¹⁴ El Real Decreto 1744/2011, de 25 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte (Sección 4ª, Sentencia de 28 de mayo de 2013, recurso contencioso-administrativo núm. 231/2012); el Real Decreto 244/2016, de 3 de junio, por el que se desarrolla la Ley 32/2014, de 22 de diciembre, de Metrología (Sección 3ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2017, recurso contencioso-administrativo núm. 4883/2016, y Sentencias de 27 de febrero de 2018, recursos contencioso-administrativos núm. 4851/2016 y núm. 4871/2016), y el Real Decreto 389/2016, de 22 de octubre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales (Sección 5ª, Sentencia de 27 de diciembre de 2017, recurso contencioso-administrativo núm. 5058/2016).

¹⁵ En esta misma Sentencia de 22 de noviembre de 2017, la Sala Tercera hace la siguiente reflexión: «Tampoco estimamos que la transposición de directivas europeas a nuestro derecho pueda catalogarse como un acto de nueva orientación política, sino que forma parte del proceso complejo de aproximación legislativa de los Estados miembros de la Unión Europea, que constituye además una exigencia para estos, pues la omisión de transponer o el retraso o la transposición incorrecta de una directiva pueden suponer una

actos administrativos que puede válidamente adoptar un Gobierno en funciones, la Sección 5ª de la misma Sala Tercera ha reiterado en su Sentencia 935/2018, de 20 de marzo (recurso contencioso-administrativo núm. 4852/2016), las posiciones mantenidas en la Sentencia de 2 de diciembre de 2015 a propósito de la impugnación de un real decreto de concesión del derecho de gracia, insistiendo en que «resolver sobre peticiones de indulto forma parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, ya que los expedientes de indulto son numerosos, por lo que hay que concluir que un acto de la naturaleza propia de un indulto entra en el ámbito de una actuación permitida a un Gobierno en funciones» (fundamento jurídico 7º). Asimismo, los Tribunales de Justicia han confirmado que un Ministro en funciones puede resolver una convocatoria de libre designación¹⁶ e imponer una sanción disciplinaria extraordinaria de separación del servicio.¹⁷

Por lo que se refiere a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el Gobierno en funciones, en la STC 124/2018, de 14 de noviembre —a la que nos referiremos *in extenso* al analizar en un epígrafe posterior el control parlamentario del Gobierno en funciones según la LGIB— se señala que «Nuestra doctrina [...] no se ha pronunciado más que en cuestiones muy concretas sobre el artículo 101.2 de la Constitución» (fundamento jurídico 8º). Ciertamente, dicha doctrina se ha limitado a indicar—en la STC 97/2018, de 19 de septiembre, fundamento jurídico 2º, y en la STC 5/2019, de 17 de enero, fundamento jurídico 2º— que un Gobierno en

infracción del ordenamiento comunitario» (fundamento jurídico 3º). Por lo tanto, siguiendo este razonamiento, un Gobierno en funciones se halla facultado para transponer directivas emanadas por las instituciones de la Unión Europea. Este pronunciamiento del Tribunal Supremo debe ponerse en relación con lo afirmado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia de 13 de julio de 2017 (asunto C-388/16) en el sentido de que «un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión» (apartado 41). Nótese que el Tribunal de Luxemburgo hace esta afirmación para rechazar que «el hecho de que el Gobierno [de España] se hallara en funciones» pudiera justificar un retraso de 29 meses en la ejecución de su Sentencia de 11 de diciembre de 2014.

¹⁶ Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2017, recurso de apelación núm. 4/2017.

¹⁷ Tribunal Supremo, Sala Quinta, Sección 1º, Sentencia núm. 5/2018, de 24 de enero, recurso contencioso-disciplinario militar núm. 83/2017.

funciones se halla plenamente legitimado para interponer un recurso de inconstitucionalidad.¹⁸

2. Los Gobiernos autonómicos¹⁹

En la mayoría de Comunidades Autónomas²⁰ existe una regulación positiva — tanto estatutaria como legal— del Gobierno en funciones, que por regla general sigue la pauta del art. 101.2 de la Constitución y el art. 21 de la Ley del Gobierno.²¹

¹⁸ A este respecto, en la STC 97/2018, el Tribunal Constitucional argumenta, por un lado, que «La Constitución no establece restricción alguna al Gobierno en funciones en cuanto a la legitimación para interponer un recurso de inconstitucionalidad»; y, por el otro «no puede decirse [...] que, mediante el recurso de inconstitucionalidad, el Gobierno en funciones desarrolla un programa político sin la necesaria legitimación parlamentaria». Además, el Tribunal Constitucional ha «admitido a trámite y resuelto los [recursos] formulados por el Presidente del Gobierno en funciones tras las elecciones generales de 2011 (STC 237/2015, de 19 de noviembre) y de 2015 (SSTC 158/2016, de 22 de septiembre; 159/2016, de 22 de septiembre, y 205/2016, de 1 de diciembre) [...]». (fundamento jurídico 2º)

¹⁹ Véase un análisis alternativo de la cuestión en GÓMEZ CORONA, E. «Las limitaciones del Parlamento recién constituido durante la *prorrogatio* gubernamental», citado, pp. 160-166.

²⁰ La excepción viene constituida por las siguientes comunidades autónomas, que carecen de una verdadera regulación sistemática del Gobierno en funciones: País Vasco (Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre Ley de Gobierno), Galicia (Ley 1/1983, de 22 de febrero, reguladora de la Xunta y su Presidente), Canarias (Ley 1/1983, de 14 de abril, del Gobierno y de la Administración Pública), Comunidad Valenciana (Ley 5/1983, de 30 de diciembre, del Gobierno Valenciano) y Principado de Asturias (Ley 6/1984, de 5 de julio, del Presidente y del Consejo de Gobierno).

²¹ Sería el caso de las comunidades autónomas que se enumeran a continuación: Castilla y León (Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración: art. 22); Cantabria (Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma: art. 26); Castilla-La Mancha (Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo: art. 18); La Rioja (Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros: arts. 11, 22 y 40); Navarra (Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno y de su Presidente: arts. 6 y 28); Región de Murcia (Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno: art. 29); Andalucía (Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno: art. 37), y Cataluña (Ley 13/2008, de 5 de noviembre, de la presidencia de la Generalidad y del Gobierno: arts. 18 y 27).

En determinados casos, sin embargo, existen ciertas particularidades —bien normativas, bien jurisprudenciales— que merecen ser examinadas con mayor detalle:

*A. La regulación del proceso de transición entre gobiernos en Extremadura (Ley 4/2015, de 26 de febrero)*²²

La Comunidad Autónoma de Extremadura fue pionera al aprobar la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos, una norma promovida por la Junta de Extremadura después de que se produjera —tras las elecciones de 2011— el primer cambio de partido gubernamental desde la Transición.

La Ley 4/2015, de 26 de febrero, se inspira, según su art. 2.1, en el principio general de continuidad del Gobierno, «con el fin de garantizar el buen funcionamiento del gobierno y la administración, el correcto y leal traspaso de poderes y la formación del nuevo gobierno». Este principio general se concreta en los cuatro principios rectores que enumera, a su vez, el art. 2.2: intervención mínima, neutralidad política, lealtad y colaboración e información y transparencia.

La primera cuestión que aborda la Ley 4/2015 es la «Acción de gobierno tras el cese del Presidente de la Junta de Extremadura» (capítulo I), lo que constituye justamente el régimen jurídico del Gobierno en funciones. Así, se establecen las limitaciones aplicables al Presidente en funciones (art. 3.3) y a la Junta de Extremadura en funciones (art. 4). Asimismo, el art. 5 de la Ley 4/2015 determina qué actuaciones tienen expresamente prohibido llevar a cabo durante el periodo de transición entre Gobiernos «los distintos órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, así como de los distintos entes integrantes del sector público autonómico».

Acto continuo, la Ley 4/2015 se ocupa del «Traspaso de poderes entre Gobiernos» (capítulo II): se regulan el deber de abstención y colaboración de los cargos públicos (art. 6) y la obligación del Consejo de Gobierno de adoptar un «acuerdo de traspaso» que incluya «la relación de asuntos pendientes del referido órgano de gobierno y su estado en la tramitación, un inventario de documentos y la información presupuestaria y contable» (art. 7). También se establecen garantías para que el Gobierno entrante cuente con toda la información presupuestaria y contable (art. 8) e incluso con todos los datos disponibles sobre las reuniones del Consejo de Gobierno en funciones (art. 9). Por último, el artículo 10 de la

²² GÓMEZ CORONA, E. «Las limitaciones del Parlamento recién constituido durante la *prorrogatio* gubernamental», citado, pp. 165-166.

Ley 4/2015 prevé que el candidato a la presidencia propuesto por el Presidente de la Asamblea de Extremadura puede solicitar la constitución de una o varias comisiones de traspaso que se encarguen de verificar el cumplimiento de la Ley 4/2015.

Finalmente, la Ley de regulación del proceso de transición entre gobiernos se ocupa de la «Formación del nuevo Gobierno» (capítulo III), que pasa por la verificación de las siguientes formalidades: la toma de posesión de los miembros del nuevo Gobierno (art. 11), la sesión constitutiva del Consejo de Gobierno (art. 12.1), el decreto de estructura básica (art. 12.2) y los sucesivos decretos de estructura orgánica, que deben «incluir de forma completa y detallada las referencias competenciales y nominativas de los nuevos órganos directivos con relación a los suprimidos, la adscripción de puestos y el régimen presupuestario transitorio» (art. 13).

B. El régimen del Gobierno en funciones y de los traspasos de poderes en Aragón (Ley 5/2017, de 1 de junio)

En origen, la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, contenía una regulación absolutamente sucinta del Gobierno en funciones.²³

Sin embargo, en fechas más recientes, la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, ha modificado íntegramente el capítulo IV del título IV de dicha Ley con el objetivo de ampliar «la regulación de los procesos de traspaso de poderes, con objeto de evitar malas prácticas, concretando las facultades del Presidente y del Gobierno en funciones, por un lado, y el proceso mismo de traspaso de poderes, la comisión de traspaso y la documentación e información precisas para realizarlo, por otro» (preámbulo, capítulo X).

Así pues, la nueva regulación introducida por la Ley de Integridad y Ética Públicas enumera las prohibiciones que deben cumplir tanto el Presidente en funciones (art. 21.2) como el Gobierno en funciones (art. 21.3). Asimismo, prevé las medidas que debe adoptar el Gobierno en funciones para facilitar el traspaso de poderes (art. 21 bis.2), poniendo especial hincapié en la documentación que el Gobierno saliente debe facilitar al Gobierno entrante (art. 21 bis.3). El art. 21 ter de la Ley 2/2009 también autoriza al candidato a la Presidencia propuesto por el Presidente de las Cortes de Aragón para conocer tanto el orden del día como las

²³ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre un aspecto muy específico de tal regulación en la STC 155/2017, de 21 de diciembre.

actas de las reuniones que celebre el Gobierno en funciones. Por último, el art. 21 quater de la Ley del Presidente y del Gobierno faculta al candidato a la Presidencia propuesto por el Presidente de las Cortes para solicitar la constitución de una comisión de traspaso que se encargue de «examinar la documentación de traspaso y aclarar cuantos extremos sean necesarios al objeto de facilitar el normal traspaso de poderes».

Este breve análisis hace patente que la nueva regulación del Gobierno en funciones incorporada en Aragón por la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, y las disposiciones de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, guardan semejanzas muy notables. Pueden destacarse, en este sentido, las garantías en materia de información y documentación que se establecen a favor del Gobierno entrante, que incluso tiene derecho a conocer el contenido de las reuniones celebradas por el Gobierno en funciones durante el periodo de transición (art. 9 de la Ley 4/2015 y art. 21 ter de la Ley 2/2009). También merece resaltarse la posibilidad que tiene el futuro Presidente de solicitar la creación de comisiones de traspaso (art. 10 de la Ley 4/2015 y art. 21 quater de la Ley 2/2009), es decir: órganos paritarios —entre el Gobierno saliente y el Gobierno entrante— llamados a facilitar todo el proceso de transición.

Como veremos al analizar la LGIB, mientras que ésta también ha sido muy cuidadosa a la hora de regular la información que el Gobierno en funciones tiene que dejar preparada para el nuevo Gobierno, no ha contemplado ningún mecanismo análogo a las comisiones de traspaso que desde fecha reciente existen tanto en Extremadura como en Aragón, conforme queda explicado.

C. La garantía de la documentación y la información necesarias para el Gobierno entrante en Navarra (Ley Foral 6/2018, de 17 de mayo)

La Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente, restablece una regulación muy tradicional del Gobierno en funciones en sus arts. 6 y 28.

Sin embargo, la reciente Ley Foral 6/2018, de 17 de mayo, ha introducido novedades al respecto al contemplar algunas «normas para hacer más transparente el traspaso de poderes con ocasión de los cambios de gobierno» (preámbulo). Nos referimos al novísimo artículo 66 de la Ley Foral 14/2004, cuyo contenido literal es como sigue:

«El Gobierno en funciones, además de limitar su actuación y decisiones a lo establecido en la presente ley foral, deberá garantizar el estado de la documentación necesaria para el gobierno entrante, elaborando inventarios de los documentos básicos, en el formato más seguro y práctico, con el objeto de facilitar el traspaso de poderes al gobierno entrante. La finalidad de dichos inventarios será la de informar, de manera transparente, sobre el estado concreto de los archivos y temas pendientes en cada ámbito departamental que tengan relevancia pública y que se consideren imprescindibles para desarrollar la actuación del nuevo Gobierno, así como del estado de ejecución del presupuesto correspondiente, y en todo caso:

- a) La estructura, organigrama y funciones.
- b) Los programas en ejecución.
- c) Los convenios vigentes con detalle de ejecución.
- d) Informe sobre la ejecución presupuestaria del ejercicio en curso y de las disponibilidades existentes.
- e) Relación de préstamos financieros otorgados y solicitados.
- f) Relación de compromisos económicos asumidos.
- g) Informe sobre la situación del personal.
- h) Listado y copia de todos los contratos vigentes en el momento de la transición.
- i) Listado y copia de todas las obligaciones pendientes de pago.
- j) Listado de todas las disposiciones de carácter general aprobadas cuya entrada en vigor esté diferida a un momento posterior al de la toma de posesión del nuevo Gobierno».

En definitiva, el Gobierno de Navarra en funciones tiene una doble obligación para con el Gobierno entrante: garantizar que éste cuenta con toda la documentación necesaria para iniciar su andadura y elaborar inventarios en los que se explicita la situación de todos los departamentos y el estado de las actuaciones pendientes. Entonces, el art. 66 de la Ley Foral 14/2004 se ubica en el surco abierto recientemente en Extremadura y en Aragón. Del mismo modo, como veremos a lo largo de este trabajo, la LGIB también ha establecido mecanismos parecidos a estos para asegurar que el Gobierno entrante dispone de toda la documentación y toda la información que son necesarias para desempeñar su cometido.

3. El Gobierno de las Illes Balears

En la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, siguiendo literalmente la pauta del art. 101.2 de la Constitución, el art. 33.8 del Estatuto de 1983 estipuló —tras enumerar las causas de cese del Gobierno— que «El Gobierno cesante continuará en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno». Sin embargo, esta previsión estatutaria no sería desarrollada hasta casi dos décadas después, cuando el art. 18 LGIB de 2001 reguló el Gobierno en funciones por vez primera en nuestra Comunidad Autónoma.

Pese a que esta norma últimamente citada ha sido derogada por la vigente LGIB (disposición derogatoria única, apartado 1), es interesante recordar cuál era su contenido literal:

«Artículo 18. Del cese del Gobierno.

1. El cese del presidente determina el del Gobierno.
2. El Gobierno cesante debe continuar en funciones hasta la toma de posesión del que lo suceda, con las limitaciones establecidas en esta ley.
3. El Gobierno en funciones debe facilitar el normal desarrollo del proceso de formación del nuevo gobierno y el traspaso de poderes al mismo.
4. El Gobierno en funciones no puede adoptar decisiones que excedan de la gestión ordinaria, exceptuando los supuestos de necesidad urgente y, en consecuencia, no puede hacer uso de las delegaciones legislativas otorgadas por el Parlamento, ni aprobar el proyecto de ley de presupuestos generales».

Como decíamos, esta disposición de 2001 no fue objeto de ninguna modificación directa hasta su derogación por la LGIB. Ahora bien, entretanto,²⁴ la LBABG también trató la cuestión del Gobierno en funciones al establecer los «principios de buen gobierno» (título II, capítulo I, sección 1ª) con el objetivo de «evitar actuaciones que puedan condicionar o dificultar el acceso a la información o el funcionamiento del gobierno entrante» (exposición de motivos, capítulo V). En concreto, el art. 32 LBABG dispuso lo siguiente:

«Artículo 32. El gobierno en funciones

1. El gobierno en funciones se abstendrá de tomar decisiones que excedan de las imprescindibles para el funcionamiento habitual de la administración o que

²⁴ En el ínterin también entró en vigor el actual Estatuto de 2007, cuyo art. 57.8 sigue exactamente el mismo patrón que el art. 33.8 del Estatuto de 1983.

condicionen la actuación del gobierno entrante, salvo en los supuestos de carácter urgente establecidos legalmente.

2. El gobierno saliente garantizará el estado de la documentación necesaria para el gobierno entrante y hará inventarios de los documentos básicos, en cualquier soporte, para facilitar el traspaso de poderes. Con esta finalidad, se tienen que elaborar documentos informativos del estado concreto de los archivos de cada unidad administrativa, los cuales tienen que ser públicos y transparentes.

3. Se vigilará el uso adecuado del cargo público, especialmente durante las campañas electorales, y el respeto de las normas electorales que las regulan.

4. La actividad del gobierno en funciones será regulada reglamentariamente».

Además, la disposición final 1ª de la LBABG —bajo la rúbrica «Gobierno en funciones»— previó que, «Para dar cumplimiento al artículo 32.4 anterior y hacer su despliegue normativo, se establece un plazo de un año contado a partir de la entrada en vigor de esta ley». La verdad, sin embargo, es que el desarrollo reglamentario del Gobierno en funciones nunca llegó a tener lugar.²⁵

Sea como fuere, tanto el art. 32 —junto con toda la sección 1ª del capítulo I del título II— como la disposición final 1ª de la LBABG han sido derogados también por la vigente LGIB (disposición derogatoria única, apartado 1).

En definitiva, en el momento previo a la entrada en vigor de la LGIB (3 de febrero de 2019), la regulación del Gobierno en funciones se hallaba en el párrafo final del art. 57.8 del Estatuto de 2007, en el art. 18 de la LGIB de 2001 —como norma general— y en el art. 32 LBABG —como norma especial para garantizar la disponibilidad de toda la información pública.

Así pues, no dejaba de tener razón el diputado Vicenç Thomàs i Mulet cuando afirmó que la regulación del Gobierno en funciones —incluyendo el procedimiento de transición entre gobiernos— era «una verdadera necessitat»²⁶ Ciertamente, como explicó el diputado Gabriel Barceló i Milta, «fins ara teníem una regulació del Govern en funcions molt genèrica», mientras que con la LGIB «hem normativitzat el Govern

²⁵ De hecho, en su Dictamen núm. 43/2013, el Consejo Consultivo de las Illes Balears hizo patente su oposición a una previsión de tales características (consideración 5ª, apartado 18).

²⁶ *Diari de Sessions de la Comissió d'Assumptes Institucionals i Generals del Parlament de les Illes Balears* núm. 67, de 28 de noviembre de 2018, p. 1057.

en funciones»,²⁷ dado que —en palabras nuevamente del diputado Thomàs— «és molt més clara i concreta molt més les qüestions».²⁸

III. Análisis del capítulo V del título II de la LGIB

Todos los precedentes que quedan explicados en el epígrafe anterior son útiles para abordar el cometido central de estas páginas: el análisis de la regulación del Gobierno en funciones en la LGIB.

Este examen, partiendo —como no podría ser de otro modo— de las disposiciones comprendidas en el capítulo V del título II de la LGIB, sitúa dicha regulación en el contexto de la LGIB en su conjunto y toma en consideración, como criterios hermenéuticos esenciales, la opinión expresada por el Consejo Consultivo de las Illes Balears en su Dictamen núm. 40/2018, sobre el anteproyecto de la LGIB,²⁹ y las manifestaciones efectuadas a lo largo de los debates parlamentarios.³⁰

1. Supuestos del Gobierno en funciones: el cese del Gobierno

El Gobierno pasa a estar en funciones tan pronto como se produce su cese (art. 27.1). Por lo tanto, los supuestos del Gobierno en funciones son todas aquellas situaciones en las que concurre una causa por la que el Gobierno debe cesar en sus cometidos institucionales.

²⁷ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8775.

²⁸ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8776.

²⁹ La emisión de este Dictamen venía impuesta por el art. 18.2 de la Ley 5/2010, de 16 de junio, reguladora del Consejo Consultivo de las Illes Balears, según el cual este Consejo «será consultado preceptivamente» en relación con los «anteproyectos de ley elaborados por el Gobierno en cumplimiento de las previsiones expresamente establecidas en el Estatuto de Autonomía, a excepción de la ley de presupuestos». Como ya hemos visto, la LGIB desarrolla lo previsto por el art. 57.3 del Estatuto de 2007.

³⁰ En su sesión de 28 de noviembre de 2018, la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales del Parlamento de las Illes Balears debatió y votó el dictamen de la LGIB. Acto continuo, el Pleno tuvo el debate y la votación finales el día 15 de enero de 2019.

Estas causas pueden dividirse en dos grandes bloques:

- Cese del Gobierno en su conjunto.
El Gobierno cesa *in totum* en los tres casos siguientes:
 - Después de la celebración de elecciones al Parlamento de las Illes Balears [art. 26.1.a)].
 - Denegación de una cuestión de confianza por el Parlamento de las Illes Balears [art. 26.1.c)].
 - Aprobación de una moción de censura por el Parlamento de las Illes Balears [art. 26.1.c)].
- Cese del Gobierno con motivo del cese de su Presidente.
Asimismo, el Gobierno cesa en todos aquellos casos en que cesa el Presidente. Conforme a los arts. 5 y 26 de la LGIB, se trata de los siguientes:
 - Dimisión del Presidente [arts. 5.1.d) y 26.1.b)].
Según el art. 5.1.d), para que su dimisión sea efectiva, el Presidente debe comunicarla por escrito al presidente del Parlamento.
 - Incapacidad física o psíquica permanente que imposibilite al Presidente para el ejercicio de su cargo [arts. 26.2, 5.1.e) y 5.3].
En virtud del art. 5.3, la incapacidad del Presidente «deberá ser apreciada motivadamente por el Consejo de Gobierno, mediante un acuerdo, como mínimo, de las tres quintas partes de sus miembros, y propuesta al Parlamento, el cual, en caso de que la estime, debe declararla por mayoría absoluta de sus miembros».
 - Inhabilitación del Presidente para el ejercicio de su cargo por sentencia firme de los Tribunales de Justicia [arts. 26.2 y 5.1.f)].
 - Pérdida por el Presidente de la condición de diputado del Parlamento [arts. 26.2 y 5.1.g)].
 - Incompatibilidad declarada y publicada del Presidente de acuerdo con la normativa específica de aplicación [arts. 26.2 y 5.1.h)].
Este supuesto de cese tiene que ponerse en relación con el art. 16.1 de la Ley 2/1996, 19 noviembre, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno y de los altos cargos de la comunidad autónoma de las Illes Balears, según el cual «las infracciones muy graves y graves se sancionarán con la declaración de incumplimiento de la ley y la publicación consiguiente de esta declaración en el *Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*». Por lo tanto, la causa de cese prevista en el art. 5.1.h) LGIB existirá cuando el Presidente haya

incurrido en alguna de las infracciones muy graves o graves que contempla la Ley de referencia y ésta, tras el oportuno procedimiento administrativo sancionador, sea castigada mediante la declaración y la publicación oficial de la incompatibilidad cometida.

- Fallecimiento del Presidente [art. 26.2].

El art. 32.1 LGIB prevé que el Gobierno cesante apruebe una memoria informativa de contenido preponderantemente económico. Es lo que en la exposición de motivos de la LGIB se define como «una lista de asuntos pendientes y su estado de tramitación» (epígrafe II). Como ya hemos explicado, se trata de un mecanismo semejante al previsto en Extremadura (arts. 7 y 8 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos), Aragón (art. 21 bis de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno) y Navarra (art. 66 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente).

En efecto, según los apartados a) a e) de dicho precepto, este documento tiene que tratar todos los asuntos siguientes:

- El estado de ejecución del presupuesto del ejercicio en curso.
- Las disponibilidades existentes en la Tesorería.
- El importe de las obligaciones pendientes de pago del ejercicio en curso.
- El importe de los compromisos que afecten a los dos ejercicios siguientes.
- El importe de las operaciones de endeudamiento concertadas en la anualidad en curso, así como sus características.

En último lugar, a la luz del art. 32.1.f) LGIB, la memoria del Gobierno cesante también ha de incluir «la relación de las actuaciones en curso más relevantes, así como el estado de tramitación o de ejecución».

Esta memoria debe ser aprobada por el Consejo de Gobierno «en la última sesión antes de la celebración de elecciones, si esta es la causa del cese del Gobierno, o bien en la primera sesión posterior a que se produzca alguna de las otras causas de cese». De hecho, la exposición de motivos de la LGIB precisa que debe adoptar la forma de «un acuerdo del Consejo de Gobierno» (epígrafe II).

2. Duración del Gobierno en funciones

El Gobierno en funciones inicia su andadura cuando cesa (momento *a quo*) y, según el art. 27.1 de la LGIB, ésta se prolonga «hasta la toma de posesión del nuevo gobierno» (momento *ad quem*).

- Momento *a quo* del Gobierno en funciones

El Gobierno en funciones empieza su cometido cuando se verifica cualquiera de las causas de cese que hemos examinado en el epígrafe anterior. Ahora bien, ¿para que la causa concurrente despliegue todos sus efectos es necesario que se produzca algún tipo de publicidad oficial al respecto?

Ésta es la práctica que se sigue con los ceses del Gobierno de la Nación. En los días inmediatamente posteriores a la celebración de elecciones generales, por ejemplo, se emiten y se publican varios reales decretos por los que se declara el cese del Gobierno y se dispone que continúe en funciones hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno.³¹ La misma fórmula se empleó tras la moción de censura aprobada por el Congreso de los Diputados el 1 de junio de 2018, aunque con una leve diferencia: al ser emitidos y publicados simultáneamente el Real Decreto 353/2018, de 1 de junio, por el que se declara el cese de don Mariano Rajoy Brey como Presidente del Gobierno, y el Real Decreto 354/2018, de 1 de junio, por el que se nombra Presidente del Gobierno a don Pedro Sánchez Pérez-Castejón, el cargo de Presidente del Gobierno no se halló en ningún momento en funciones. En cambio, los restantes miembros del Gobierno sí se mantuvieron en funciones entre el Real Decreto 352/2018, de 1 de junio, por el que se declaró su cese, y el Real Decreto 357/2018, de 6 de junio, por el que se nombraron los nuevos ministros.

En la medida en que el cese del Gobierno hoy por hoy es algo público y notorio, estos reales decretos —como su tenor literal bien indica— sólo sirven para «declarar» la nueva situación existente. Entonces, tienen una relevante función declarativa, pero en ningún caso tienen carácter constitutivo. El cese del Gobierno y sus ulteriores consecuencias se producen *ipso iure* por la concurrencia de la causa prevista en la norma jurídica aplicable en cada caso.

Ahora bien, el funcionamiento institucional de les Illes Balears no sigue en absoluto este patrón de actuación. En el supuesto más habitual, que es el cese del Gobierno por la celebración de elecciones al Parlamento, los

³¹ Así ocurrió tras las elecciones generales celebradas el 20 de diciembre de 2015. En la edición del BOE del 22 de diciembre fueron publicados el Real Decreto 1167/2015, de 21 de diciembre, por el que se declara el cese de don Mariano Rajoy Brey como Presidente del Gobierno y el Real Decreto 1168/2015, de 21 de diciembre, por el que se declara el cese de los miembros del Gobierno.

respectivos decretos de cese y nombramiento no se emiten y se publican hasta después de que el Parlamento recién elegido tenga la sesión de investidura.³² Por lo tanto, el comienzo del Gobierno en funciones no es objeto de publicación oficial, como hemos visto que sucede cuando cesa el Gobierno de la Nación. No obstante, en atención a su efecto meramente declarativo, esta ausencia de publicidad oficial no puede tener ulteriores consecuencias: el cese del Gobierno igualmente se produce *ipso iure* tras las elecciones y desde entonces todos los miembros del mismo permanecen en funciones en sus respectivos cargos.

La práctica que acabamos de exponer parecería entrar en contradicción con la regla prevista en el art. 37.2 LGIB para el cese de los consejeros: «El cese produce efectos desde el momento de la publicación del correspondiente decreto del presidente en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*».

Por lo tanto, para que el cese del Gobierno sea efectivo, sería imprescindible la publicación oficial de los decretos de cese de todos los consejeros. Así pues, en la medida en que el primer efecto del cese del Gobierno es que pase a estar en funciones, la andadura del Gobierno en funciones no podría empezar hasta que se hubiese verificado la indicada formalidad.

Esta interpretación del art. 37.2 LGIB nos lleva a una conclusión sencillamente absurda: dado que, según la práctica habitual en las Illes Balears, los decretos de cese no se publican —junto con los decretos de nombramiento— hasta después de la sesión de investidura del nuevo Presidente, el Gobierno nunca estaría en funciones porque el cese de los consejeros no produciría su efecto hasta el mismo día en que son nombrados los miembros del nuevo Gobierno. Siguiendo esta línea de razonamiento, podría argumentarse incluso que, tras la celebración de elecciones, el Presidente está en funciones —porque para su

³² Después de las elecciones al Parlamento del 24 de mayo de 2015, los decretos de cese y nombramiento no se publicaron en el BOIB —y en el BOE— hasta el 2 de julio, dos días después de la votación de investidura. Se trata del Real Decreto 585/2015, de 30 de junio, por el que se declara el cese de don José Ramón Bauzá Díaz como Presidente de las Illes Balears; el Real Decreto 586/2015, de 30 de junio, por el que se nombra Presidenta de las Illes Balears a doña Francesca Lluch Armengol i Socias; el Decreto 7/2015, de 2 de julio, de la presidenta de las Illes Balears, por el que se declara el cese de los miembros del Gobierno de las Illes Balears, y el Decreto 9/2015, de 2 de julio, de la presidenta de las Illes Balears, por el que se dispone el nombramiento de los miembros del Gobierno de las Illes Balears.

cese el art. 5 LGIB no exige ninguna publicidad oficial—, mientras que sus consejeros no lo están.

La radical absurdidad de estas situaciones —y su incompatibilidad no sólo con el art. 27.1 LGIB, sino también con el art. 57.8 del Estatuto de 2007— nos debe llevar a realizar una interpretación correctora del art. 37.2 LGIB: la publicidad del cese de los consejeros es necesaria para su efectividad en los casos de destitución [art. 37.1.b)] o dimisión [art. 37.1.e)], entre otros, mas no cuando un consejero cese por hacerlo el Gobierno en aplicación de las causas analizadas en el epígrafe anterior. Esta interpretación correctora viene avalada por el hecho de que, como ya hemos apuntado, no existe una disposición semejante al art. 37.2 LGIB ni para el cese del Presidente (art. 5) ni para el del Gobierno (art. 26).

Entre las demás causas cese del Gobierno, en las Illes Balears solamente existen precedentes de dimisión del Presidente: Gabriel Cañellas Fons (20 de julio de 1995) y Cristòfol Soler Cladera (29 de mayo de 1996). En ambos casos, se procedió como hoy indica el art. 5.1.d) LGIB: el Presidente comunicó por escrito su dimisión al presidente del Parlamento, el cual —tras someter la cuestión a la Mesa— tomó las disposiciones pertinentes para abrir el proceso de elección de un nuevo Presidente. El correspondiente acuerdo de la Mesa fue publicado en el *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears*,³³ pero la dimisión no se formalizó en el correspondiente decreto de cese hasta la investidura y el nombramiento del nuevo Presidente.³⁴ Se trata del mismo patrón que ya hemos estudiado en el caso de las elecciones y que debe llevarnos a la misma conclusión: el Gobierno cesó tan pronto

³³ *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 7, de 21 de julio de 1995, p. 37, y núm. 44, de 30 de mayo de 1996, p. 1110.

³⁴ En el primer supuesto planteado, el BOIB del 1 de agosto de 1995 publicó el Real Decreto 1382/1995, de 31 de julio, por el que se dispone el cese, a petición propia, de don Gabriel Cañellas Fons como Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; y el Real Decreto 1383/1995, de 31 de julio, por el que se nombra Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares a don Cristòfol Soler i Cladera. En el segundo, el BOIB del 18 de junio de 1996 publicó el Real Decreto 1532/1996, de 17 de junio, por el que se dispone el cese de don Cristòfol Soler i Cladera como Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares; y el Real Decreto 1533/1996, de 17 de junio, por el que se nombra Presidente de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares a don Jaime Matas Palou.

como el Presidente anunció su dimisión, aunque ésta no fuese objeto de una publicación oficial propiamente dicha.

- Momento *ad quem* del Gobierno en funciones

El Gobierno en funciones finaliza su tarea cuando el nuevo Gobierno toma posesión.

La LGIB define con precisión cómo deben tomar posesión de sus respectivos cargos tanto el Presidente (art. 3.2) como los consejeros (artículo 36.4), lo cual constituye una novedad oportunamente destacada por el Consejo Consultivo en su Dictamen núm. 40/2018 (consideración jurídica 8ª). En ambos casos, la LGIB exige que se celebre un acto «público y solemne» en el que se verifiquen las siguientes formalidades: aceptación del cargo; acatamiento de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico, y compromiso de guardar secreto respecto a las deliberaciones del Consejo de Gobierno. Además, los consejeros deben tomar posesión «ante el presidente» (art. 36.4).

La toma de posesión presupone la publicación oficial del nombramiento, pero —como matiza el art. 36.1 LGIB— el mandato no se inicia hasta «el momento de la toma de posesión», con los requisitos que quedan explicados.

En definitiva, el Gobierno en funciones extiende su duración desde que se produce la causa de cese, sin que sea necesario que ésta sea publicada oficialmente, y hasta que el nuevo Gobierno toma posesión en el acto prevenido expresamente por la LGIB.

3. Composición del Gobierno en funciones

En la medida en que el Gobierno en funciones debe limitarse a «la gestión ordinaria de los asuntos públicos», como preceptúa el art. 27.2 LGIB, parecería claro que no procede alterar la composición —Presidente, vicepresidente y consejeros (art. 14.2 LGIB)— que tenía antes de que se produjera su cese.

No obstante, una lectura atenta de la LGIB nos revela que la composición del Gobierno en funciones puede experimentar cambios, bien *ope legis*, bien por la fuerza vinculante de los hechos.

A. Presidente interino

A la luz del art. 5.2 LGIB, el Presidente sólo está en funciones cuando el Gobierno cesa por la celebración de elecciones al Parlamento, por la aprobación de

una moción de censura, por la denegación de una cuestión de confianza o por dimisión. En los demás casos, por lo tanto, el Presidente deja de formar parte del Gobierno inmediatamente después de su cese y debe ser reemplazado por el Presidente interino.

Conforme al art. 6.1 LGIB, en efecto, el Presidente interino del Gobierno debe actuar en los siguientes supuestos de cese:

- Incapacidad física o psíquica permanente que imposibilite al Presidente para el ejercicio de su cargo.
- Inhabilitación del Presidente para el ejercicio de su cargo por sentencia firme de los Tribunales de Justicia.
- Pérdida por el Presidente de la condición de diputado del Parlamento.
- Incompatibilidad declarada y publicada del Presidente de acuerdo con la normativa específica de aplicación.
- Defunción del Presidente.

En todos estos escenarios, el Gobierno en funciones será presidido interinamente «por el vicepresidente, si lo hubiera, siempre que este tenga la condición de diputado del Parlamento de las Illes Balears, y, si no lo hubiera, por el consejero que, siendo también diputado, tenga atribuida la secretaría del Consejo de Gobierno» (art. 6.1). Si estas previsiones no pudieran ser aplicadas, «el Gobierno será presidido interinamente por el consejero con mayor antigüedad en el cargo, que también deberá ser diputado del Parlamento, y si ninguno de los consejeros lo fuera, por el de mayor antigüedad en el cargo de consejero y, finalmente, en igualdad entre ellos, por el de mayor edad» (art. 6.2).

El art. 6.3 LGIB regula brevemente el estatuto jurídico del Presidente interino: «tiene derecho a los mismos honores y tratamiento que el presidente y ejercerá las funciones y las competencias que esta ley y el resto del ordenamiento jurídico otorgan al presidente en funciones». Entonces, el Presidente interino también se halla sometido a las limitaciones previstas en el art. 30 LGIB, a las que haremos referencia más adelante.

B. Vicepresidente y consejeros

El art. 37.1.a) LGIB concibe con un carácter netamente imperativo («tienen que») el deber de los consejeros de «continuar en funciones hasta la toma de posesión del nuevo gobierno». Esta disposición también resulta aplicable al vicepresidente (art. 34.3).

Lo cierto, sin embargo, es que pueden darse situaciones en la que esta continuidad se haga imposible por razones varias. Son paradigmáticas al respecto las renuncias ocurridas en el seno del Gobierno de la Nación estando éste en funciones después de las elecciones generales celebradas el 20 de diciembre de 2015. Presentaron su renuncia el Ministro de Industria, Energía y Turismo en funciones (Real Decreto 160/2016, de 15 de abril), la Ministra de Fomento en funciones (Real Decreto 298/2016, de 18 de julio) y el Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad en funciones (Real Decreto 323/2016, de 10 de agosto). Para resolver las vacantes originadas, el Presidente en funciones hizo uso de la facultad que le concede el art. 13.2 de la Ley del Gobierno para determinar la suplencia de los Ministros «para el despacho ordinario de los asuntos de su competencia». En los tres casos mencionados, este despacho fue asumido —siguiendo literalmente la disposición citada— por «otro miembro del Gobierno».³⁵ De este modo, las renuncias de miembros del Gobierno en funciones no fueron solventadas mediante el nombramiento de nuevos titulares para los cargos vacantes, como habría ocurrido en circunstancias normales, sino que se recurrió a una solución claramente transitoria para evitar cualquier nueva alteración —estructural o personal— del Gobierno en funciones.

En puridad, el art. 21 de la Ley del Gobierno no prohíbe expresamente que la composición del Gobierno en funciones sea alterada mediante el ejercicio por su Presidente de la potestad constitucional de «proponer al Rey el nombramiento y separación de los Vicepresidentes y de los Ministros» [art. 2.2.k) de la Ley del Gobierno]. Constatamos, sin embargo, como en 2016 se hizo una interpretación muy conservadora del «despacho ordinario de los asuntos públicos» que, según el art. 21.3 de la Ley del Gobierno, le corresponde al Gobierno en funciones, hasta llegar a la conclusión tácita de que el nombramiento de nuevos Ministros no se hallaba en su ámbito propio de actuación.

En el caso del Gobierno de las Illes Balears, es cierto que —según el apartado c) del art. 30 LGIB— el Presidente en funciones no puede ni «Variar la estructura del Gobierno ni modificar la estructura orgánica básica de las consejerías». Ahora bien, al listar las atribuciones de dirección del Presidente, el art. 10 LGIB distingue claramente entre «Crear y extinguir las consejerías, así como establecer su denominación y

³⁵ En un sentido parecido, el art. 38.1 LGIB dispone lo siguiente: «En caso de vacante del cargo de consejero, y mientras no haya tomado posesión el nuevo titular, el presidente, mediante decreto, encargará transitoriamente a otro miembro del Gobierno el despacho de los asuntos de la consejería».

competencias» [apartado d)] y «Nombrar y separar a los consejeros y al vicepresidente, si lo hubiera» [apartado e)]. Es decir: diseñar la estructura institucional del Gobierno y decidir quiénes son sus miembros son, según la LGIB, atribuciones distintas del Presidente. Entonces, en la medida en que el art. 30.c) LGIB se refiere en exclusiva a la primera de estas potestades presidenciales, podría entenderse *a sensu contrario* que el Presidente en funciones sí puede nombrar y separar a los miembros del Gobierno. De hecho, el art. 31.k) LGIB permite a los integrantes del Gobierno en funciones «Nombrar o separar a cargos públicos de la Administración de la comunidad autónoma», siempre y cuando —como veremos con mayor detalle en un epígrafe posterior— concorra una «razón de urgencia o de interés general» que sea debidamente acreditada. Este supuesto de actuación extraordinaria vendría a confirmar que el Presidente en funciones sí está facultado para nombrar y separar a los miembros del Gobierno.

Un número significativo de comunidades autónomas ha prohibido explícitamente que el Presidente en funciones pueda cambiar a los miembros del Gobierno. Este es el caso de Cantabria [art. 26.3 de la Ley 5/2018, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico del Gobierno, de la Administración y del Sector Público Institucional de la Comunidad Autónoma], La Rioja [art. 11.1 de la Ley 8/2003, de 28 de octubre, del Gobierno e Incompatibilidades de sus miembros], Navarra [art. 28.2 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno y de su Presidente], Andalucía [art. 37.4.a) de la Ley 6/2006, de 24 de octubre, del Gobierno] y Extremadura [art. 3.3.c) de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos]. Sin embargo, la mayoría —siguiendo la Ley del Gobierno— guardan silencio sobre este punto, con la notable excepción de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón, cuyo art. 21.2.d) prohíbe al Presidente en funciones «nombrar o separar a los Vicepresidentes y a los Consejeros, salvo por causa legal determinante de incompatibilidad sobrevenida»; es decir: en la comunidad autónoma de Aragón se admite que, al menos en un supuesto tasado, el Presidente en funciones pueda nombrar o separar a miembros del Gobierno.

Es verdad, por último, que las vacantes en el Gobierno en funciones se producirán normalmente por renuncia o dimisión, como hemos visto que ocurrió en el Gobierno de la Nación durante el año 2016, pero no pueden descartarse tampoco, aparte de las causas naturales o físicas de cese, los supuestos de incompatibilidad sobrevenida [art. 37.1.c)] o inhabilitación por sentencia firme [art. 37.1.d)].

C. Personal eventual de los gabinetes

La LGIB introduce una interesante novedad al prever que, «En el supuesto del Gobierno en funciones, el personal eventual de los gabinetes se mantendrá en ellos hasta la toma de posesión del nuevo gobierno» (art. 20.4).

El art. 20.1 LGIB define los «gabinetes» como «estructuras de apoyo político y técnico, de asistencia y de asesoramiento directo de la Presidencia y de los miembros del Gobierno», distinguiéndose en cuanto a su composición y funciones entre el Gabinete de la Presidencia (art. 20.2) y los gabinetes de las consejerías (art. 20.3).

El mantenimiento del personal eventual de los gabinetes durante el periodo de Gobierno en funciones, conforme al art. 20.4 LGIB, ha sido analizado por el Consejo Consultivo de las Illes Balears en su Dictamen núm. 40/2018 (consideración jurídica 7ª, apartado 5).

En este análisis, el Consejo Consultivo recuerda que el art. 20.3 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y el art. 12.3 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, recogen «la previsión *ex lege* de cese automático; es decir, que el cese del consejero o del presidente que lo ha nombrado conlleva simultáneamente y por imperativo legal el cese de su personal eventual».

A su vez, sigue esta reflexión el Consejo Consultivo, el art. 16.3 de la Ley del Gobierno también prevé que «Los Directores de los Gabinetes cesarán automáticamente cuando cese el titular del cargo del que dependen», pero a continuación añade: «En el supuesto del Gobierno en funciones continuarán hasta la formación del nuevo Gobierno». De modo análogo, el segundo párrafo del art. 12.4 de la Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha dispone lo siguiente: «En el supuesto del Consejo de Gobierno de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en funciones, el personal eventual puede continuar hasta la formación del nuevo Consejo de Gobierno».

Estos precedentes normativos³⁶ le sirven al Consejo Consultivo de las Illes Balears para concluir que la regla del art. 20.4 LGIB «se ha recogido de forma voluntaria, [...] con lo que parece ser que ha de ser una opción del personal eventual seguir en funciones o no hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno».

³⁶ A los que puede añadirse el art. 19.2 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente: «[...] En el supuesto del Gobierno en funciones [los miembros de los gabinetes] continuarán hasta la toma de posesión del nuevo Gobierno».

4. Actuación del Gobierno en funciones

De acuerdo con el art. 27.1 LGIB, el Gobierno en funciones «se regula por los principios y las reglas de actuación establecidos en este capítulo».

En síntesis, puede afirmarse que tales principios y tales reglas están orientadas a que el Gobierno en funciones cumpla dos misiones fundamentales: la primera, en palabras del Tribunal Constitucional, es «evitar vacíos de poder y asegurar en todo momento la continuidad del funcionamiento de la Administración y de la acción de Gobierno» (STC 97/2018, de 19 de septiembre, FJ 2º; STC 124/2018, de 14 de noviembre, FJ 8º), y la segunda, garantizar una ordenada transición entre los dos Gobiernos —el cesante y el entrante.

Sin lugar a dudas, la actuación del Gobierno en funciones es la parte más compleja de su regulación positiva. No es baladí, ciertamente, que la LGIB tenga la pretensión de introducir «un incremento notable de la seguridad en relación con las actuaciones del Gobierno en funciones» (exposición de motivos, epígrafe III).

Así pues, la actuación del Gobierno en funciones se regula en la LGIB a partir de los siguientes criterios: A) una norma general (art. 27.2); B) una serie de principios, particularmente orientados a la transición entre Gobiernos (art. 28); C) un conjunto de limitaciones, aplicables tanto al Gobierno como al Presidente (arts. 29 y 30), y, por último, D) varios supuestos de actuación extraordinaria (art. 31).

A. Norma general

La norma general sobre la actuación del Gobierno en funciones halla contenida en el art. 27.2 LGIB: «La acción del Gobierno en funciones se limita a la gestión ordinaria de los asuntos públicos y a la adopción de las medidas que resulten necesarias en casos de urgencia o por razones de interés general». Como veremos más adelante, esta disposición halla su reverso en la prótasis del art. 31 LGIB: mientras que el art. 27.2 señala aquello que el Gobierno en funciones puede hacer (en positivo), el art. 31 indica —en sus primeras líneas— aquello que el Gobierno en funciones no puede hacer (en negativo).

Sea como fuere, el art. 27.2 LGIB opta por emplear los mismos elementos normativos que se encuentran en el art. 21.3 de la Ley del Gobierno y que ya recogió en su día el art. 18.4 de la LGIB del 2001: «la gestión ordinaria de los asuntos públicos», los «casos de urgencia» y las «razones de interés general». Es claro, entonces, que este precepto emplea la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, la cual —como recordó el Consejo Consultivo de Galicia en su Dictamen núm. 525/2005, de 20 de julio—, «a diferencia de las técnicas de

discrecionalidad que permiten varias soluciones —todas ellas legales en cada caso—, permite una única solución, no sólo posible, sino obligada, para el caso concreto».³⁷

La jurisprudencia del orden contencioso-administrativo no es completamente unívoca a la hora de determinar hasta dónde alcanza «la gestión ordinaria de los asuntos públicos». Parece claro, siguiendo la STS del Pleno de la Sala Tercera núm. 8303/2005, de 2 de diciembre, que ésta «comprende todos aquellos [asuntos] cuya resolución no implique el establecimiento de nuevas orientaciones políticas ni signifique condicionamiento, compromiso o impedimento para las que deba fijar el nuevo Gobierno». Sin embargo, al aplicarse estas nociones «caso por caso» — como exige la misma Sentencia citada—, es cuando surgen las disparidades jurisprudenciales que hemos expuesto en epígrafes anteriores de este estudio.

De hecho, la conclusión alcanzada por la Sentencia de 2 de diciembre de 2005 —en el sentido de que el Gobierno en funciones no puede adoptar decisiones que supongan «una nueva orientación política o condicionen, comprometan o impidan la que deba adoptar el nuevo Gobierno»— encaja a la perfección con el espíritu de la LGIB y, en concreto, con el principio de neutralidad política que se enuncia en el apartado b) de su art. 28. No obstante, en atención a las dificultades objetivas que entraña la aplicación de estas nociones, tendrá que ponerse particular atención a la hora de motivar suficientemente todos los acuerdos que tome el Gobierno en funciones, indicando de modo explícito en cuál de los supuestos permitidos por el art. 27.2 LGIB se halla: si se trata de un acuerdo que constituye «gestión ordinaria de los asuntos públicos», por carecer de verdadera intencionalidad política y/o al ser —según la gráfica expresión del art. 31 LGIB— imprescindible «para el

³⁷ Durante el verano de 2005, cuando se produjo un importante cambio político en las instituciones autonómicas gallegas, este Consejo Consultivo se pronunció sobre las facultades de la Xunta de Galicia en funciones en sus Dictámenes núm. 519/2005, de 6 de julio (consideración 2ª), núm. 524/2005, de 14 de julio (consideración 2ª) y núm. 525/2005, de 20 de julio (consideración 2ª). Posteriormente, además, esta cuestión también sería abordada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia en sus Sentencias núm. 1163/2007, de 5 de diciembre (Sección 1ª, recurso de apelación núm. 334/2007), núm. 351/2008, de 8 de mayo (Sección 2ª, recurso contencioso-administrativo núm. 4442/2005), y núm. 614/2008, de 11 de septiembre (Sección 2ª, recurso contencioso-administrativo núm. 4178/2006).

funcionamiento habitual de la administración»,³⁸ si se da un escenario de «urgencia» o si, por último, concurren razones «de interés general».

B. Principios de actuación en la transición de gobiernos

El art. 28 LGIB enumera los cuatro principios que debe seguir en sus actuaciones el Gobierno en funciones «Durante el proceso de transición entre gobiernos». Tales principios han sido recogidos del art. 2.2 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, que los considera una concreción del principio general de continuidad del Gobierno (art. 2.1 de la Ley 4/2015).

- Principio de intervención mínima [apartado a)]
De acuerdo con este primer principio de actuación, «el Gobierno se limitará a las previsiones establecidas en este capítulo, y se abstendrá de adoptar cualquier otra medida, excepto en casos de urgencia o por razones de interés general, cuya acreditación expresa así lo justifique». Al estudiar la norma general del art. 27.2 LGIB, ya hemos puesto el acento en la necesidad de que cualquier decisión del Gobierno en funciones se encuentre debidamente motivada desde el punto de vista de su viabilidad institucional. En este mismo sentido, el art. 28.a) LGIB reitera que los «casos de urgencia» o las «razones de interés general» tienen que acreditarse expresamente, justificándose además que la situación existente hace precisa la actuación del Gobierno en funciones.
- Principio de neutralidad política [apartado b)]
Conforme al segundo principio de actuación, «el Gobierno se abstendrá de adoptar medidas susceptibles de condicionar, comprometer o impedir las actuaciones futuras del nuevo gobierno». Se trata de una síntesis de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que hemos explicado con detalle en epígrafes anteriores.

³⁸ De hecho, la Sala Tercera del Tribunal Supremo parece guiarse por esta idea en su Sentencia núm. 447/2018, de 20 de marzo, antes comentada. En esta resolución, el Alto Tribunal avala que un Gobierno en funciones conceda un indulto porque «resolver sobre peticiones de indulto forma parte de la actividad normal del Consejo de Ministros, ya que los expedientes de indulto son numerosos, por lo que hay que concluir que un acto de la naturaleza propia de un indulto entra en el ámbito de una actuación permitida a un Gobierno en funciones». En definitiva, el Gobierno en funciones puede continuar haciendo lo que constituye su «actividad normal».

- Principios de lealtad y colaboración [apartado c])
Según el tercer principio de actuación, «la acción de gobierno facilitará el desarrollo normal del proceso de formación del nuevo Gobierno y el traspaso de poderes, y se garantizará la entrega de la documentación necesaria». De hecho, la lealtad institucional es un principio que, conforme al art. 3.1.e) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cualquier Administración Pública debe respetar en su actuación y en sus relaciones. Además, de modo particular sobre el asunto que nos ocupa, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de indicar específicamente que «tanto la actividad que desarrolle el Gobierno en funciones, como el ejercicio de la función de control que corresponde a las Cortes Generales, han de ejercerse de acuerdo con el principio de lealtad institucional» (STC 124/2018, de 14 de noviembre, fundamento jurídico 8º).
- Principios de información y transparencia [apartado d])
Por último, en virtud del cuarto principio de actuación, «el Gobierno, después de su cese, debe proporcionar de manera transparente la información sobre el estado de tramitación de los procedimientos y de los asuntos pendientes de cada consejería y de los órganos directivos». Según la consejera Pilar Costa Serra,³⁹ este principio se concreta en el deber de colaboración que regula a su vez el art. 33 LGIB: «Los miembros del Gobierno y los titulares de los órganos directivos de la Administración de la comunidad autónoma deben colaborar con lealtad y transparencia en relación con la información enviada a los nuevos cargos públicos y abstenerse de llevar a cabo cualquier actuación que impida o dificulte el traspaso normal de poderes entre los gobiernos».

C. Limitaciones

Según un pasaje del epígrafe II de la exposición de motivos de la LGIB, el propósito del capítulo V del título II —objeto de nuestra reflexión en estas páginas— es «sobre todo» establecer «las limitaciones del Gobierno cesante en funciones».

a) Limitaciones del Gobierno en funciones

Conforme al art. 29 LGIB, el Gobierno en funciones ve limitada su actividad en los dos ámbitos siguientes:

³⁹ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8767.

- Actividad legislativa

El art. 29.1.a) LGIB prevé que el Gobierno en funciones no puede «Presentar proyectos de ley ante el Parlamento, incluido el proyecto de ley de presupuestos de la comunidad autónoma».

Asimismo, según el art. 29.2 LGIB, «Las delegaciones legislativas otorgadas por el Parlamento de las Illes Balears quedan en suspenso durante el tiempo que el Gobierno esté en funciones». Ahora bien, esta segunda limitación se aplica sólo en aquellos casos en que el Gobierno haya cesado y se encuentre en funciones «como consecuencia de la celebración de elecciones al Parlamento de las Illes Balears». *A sensu contrario*, en todos los demás supuestos de cese, el Gobierno en funciones puede hacer uso de las delegaciones legislativas que le haya otorgado el Parlamento.

Cabe recordar que el inciso final del art. 18.4 de la LGIB de 2001 impedía al Gobierno en funciones «hacer uso de las delegaciones legislativas otorgadas por el Parlamento» y «aprobar el proyecto de ley de presupuestos generales». Por lo tanto, el art. 29.1.a) LGIB se mantiene en la misma línea, pero añadiendo que el Gobierno en funciones no puede presentar al Parlamento ningún proyecto de ley —ni los presupuestos ni cualquier otro.

Nada indica el art. 29 LGIB sobre la posibilidad de que el Gobierno en funciones emita decretos ley, dado que este es uno de los supuestos de actuación extraordinaria que contempla el art. 31 LGIB.

- Creación de Comisiones Delegadas

El art. 29.1.b) LGIB también prohíbe al Gobierno en funciones «crear comisiones delegadas del Consejo de Gobierno».

Cabe recordar que el régimen jurídico de las comisiones delegadas se halla en el art. 18 LGIB, según el cual éstas pueden crearse —mediante decreto— «sobre materias específicas» y están «integradas por el presidente o el vicepresidente y por dos o más consejeros». En cualquier caso, la limitación del art. 29.1.b) LGIB guarda plena coherencia con el apartado c) del art. 30 LGIB, que —como veremos a continuación— impide al Presidente alterar la estructura de cualquier órgano del Gobierno.

b) Limitaciones del Presidente en funciones

El art. 30 LGIB señala aquellas limitaciones que atañen exclusivamente al Presidente en funciones:

- Limitaciones en relación con el Parlamento
De conformidad con los apartados a) y b) de dicho precepto, el Presidente en funciones no puede ni «Disolver anticipadamente el Parlamento» ni «Plantear una cuestión de confianza».
- Limitaciones en relación con el Gobierno
Según el apartado c) del artículo de referencia, el Presidente en funciones tampoco puede «Variar la estructura del Gobierno ni modificar la estructura orgánica básica de las consejerías». Ahora bien, como hemos concluido en un epígrafe precedente, esta limitación no alcanzaría a la función de nombrar y separar a los miembros del Gobierno [art. 10.e) LGIB], de modo que el Presidente en funciones puede alterar la composición del Gobierno pero no puede modificar su estructura.

Como bien advierte el art. 30 LGIB en su prótasis, las limitaciones que acabamos de señalar se acumulan a las previstas en el precedente art. 29, dado que «el Presidente [en funciones], como integrante de un Gobierno cesante, está sometido a las mismas limitaciones que el Gobierno en funciones».

Sin embargo, este fragmento del art. 30 LGIB —y, concretamente, el inciso «como integrante de un Gobierno cesante»— tiene la utilidad de recordarnos que el Presidente en funciones puede no formar parte de un Gobierno cesante. Dicho de otro modo: el Presidente puede estar en funciones pese a no estarlo el Gobierno en el que se integre. Así ocurre, en efecto, con el Presidente interino, a cuyas circunstancias ya nos hemos referido anteriormente. Baste ahora insistir en que, según el art. 6.3 LGIB, el Presidente interino «ejercerá las funciones y las competencias que esta ley y el resto del ordenamiento jurídico otorgan al Presidente en funciones». Por lo tanto, se encontrará sujeto a las limitaciones del art. 30 LGIB, pero —al no ser «integrante de un Gobierno cesante»— no le serán de aplicación aquellas otras previstas a su vez por el art. 29 LGIB.

El Presidente en funciones, aparte de respetar las limitaciones que hemos analizado, también tiene que cumplir con una verdadera obligación que le viene impuesta «como más alto representante de la comunidad autónoma»:

se trata, según el artículo 9.1.c) LGIB, de «Convocar la sesión constitutiva del Parlamento, una vez proclamados los resultados de las elecciones, de conformidad con el Reglamento del Parlamento de las Illes Balears». En su Dictamen núm. 40/2018, el Consejo Consultivo de las Illes Balears sugirió — por «una cuestión de ordenación sistemática»— «trasladar este apartado [...] al capítulo del gobierno en funciones, pues la función que ejerce aquí el presidente en esta materia, aunque la ejerce como alto representante de la comunidad autónoma, lo cierto es que la ejerce estando ya en funciones» (consideración jurídica 6ª, apartado 5). Sin embargo, esta sugerencia no fue acogida por el Parlamento.

D. Supuestos de actuación extraordinaria

El art. 31 LGIB se abre estableciendo que «El Gobierno en funciones y sus miembros se abstendrán de tomar decisiones que excedan de las imprescindibles para el funcionamiento habitual de la administración o que condicionen la actuación del gobierno entrante». Esta disposición viene a reproducir el art. 32.1 LBABG y se convierte, como ya hemos observado, en el reverso del art. 27.2 LGIB: éste regula la actuación del Gobierno en funciones en sentido positivo, mientras que el art. 31 hace lo propio en sentido negativo.

Como consecuencia de la norma general del art. 31 LGIB, el Gobierno en funciones no podrá llevar a cabo las actuaciones que enumera dicho precepto sino «por razón de urgencia o de interés general».

Así pues, las actuaciones que sólo bajo circunstancias extraordinarias de urgencia o interés general puede emprender el Gobierno en funciones son estas:

- Aprobar decretos ley.
- Solicitar que el Parlamento de las Illes Balears se reúna en sesión extraordinaria.
- Aprobar reglamentos.
- Suscribir convenios con entidades públicas o privadas que supongan el reconocimiento de obligaciones para la hacienda de la comunidad autónoma de las Illes Balears.
- Aprobar expedientes de contratos sujetos a regulación armonizada; también en los casos de expedientes de acuerdos marco o de sistemas dinámicos de contratación.
- Aprobar las bases o la convocatoria de procesos selectivos para acceder a puestos de trabajo para proveerlos.

- Aprobar o modificar las relaciones de puestos de trabajo, cuando no se trate de modificaciones puntuales requeridas en ejecución de una sentencia firme.
- Conceder honores o distinciones.
- Aprobar o autorizar convenios de colaboración y acuerdos de cooperación con el Estado y con otras administraciones públicas.
- Nombrar a personal eventual o contratar a personal directivo.
- Nombrar o separar a cargos públicos de la Administración de la comunidad autónoma.
- Autorizar subvenciones excepcionadas de los requisitos de publicidad y concurrencia debido a las características especiales del beneficiario o de la actividad, o bien por razones de interés público u otras debidamente justificadas.

En cualquiera de estos casos, el Gobierno en funciones está obligado a acreditar «debidamente» la razón de urgencia o interés general que motiva su actuación «mediante una memoria justificativa que se incorporará al expediente». Estos documentos tendrán que adjuntarse, conforme al art. 32.2 LGIB, a la memoria final del Gobierno en funciones.

Sin lugar a dudas, el art. 31 LGIB es el precepto que mayor controversia generó durante su elaboración en el Parlamento.

En realidad, se trata prácticamente de la única disposición del proyecto de ley presentado por el Gobierno que sufrió una modificación sustancial durante la tramitación parlamentaria. Este cambio se centró en el párrafo introductorio: hemos visto que el art. 31 LGIB, en su versión vigente, tan sólo permite al Gobierno adoptar las medidas en él enumeradas «por razón de urgencia o de interés general»; en cambio, el proyecto de LGIB formulado originariamente por el Gobierno también habilitaba al Gobierno en funciones para actuar en este ámbito por «alguna otra [razón] debidamente motivada».⁴⁰

El párrafo introductorio del art. 31 LGIB que finalmente entraría en vigor se redactó en la fase de ponencia, si bien las discusiones al respecto continuaron durante toda la tramitación posterior en el Parlamento.

Así, en la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales, la diputada Antonia Perelló Jorquera (Grupo Parlamentario Popular) defendería la eliminación completa del art. 31 LGIB afirmando que «s'extralimita considerablement a l'hora d'atribuir funcions»; estando el Gobierno en funciones —sostuvo la parlamentaria—

⁴⁰ *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* núm. 152, 20 de julio de 2018, p. 8476.

«entendem que [...] s'haurien d'haver limitat considerablement aquestes atribucions».⁴¹ A su vez, el diputado Alberto Jarabo Vicente (Grupo Parlamentario Podem Illes Balears) propondría la supresión de la facultad que el art. 31.d) LGIB reconoce al Gobierno en funciones para «Suscribir convenios con entidades públicas o privadas que supongan el reconocimiento de obligaciones para la hacienda de la comunidad autónoma de las Illes Balears». Según el parlamentario Alberto Jarabo, en efecto, el ejercicio de esta potestad —«sobretot ens temíem que amb entitats privades»— podría suponer «un excés malgrat els motius d'emergència que hi poguéu haver en un moment com aquest»; lo que tiene que hacerse cuando hay un Gobierno en funciones —sostuvo también Jarabo— «no és tant facilitar la seva tasca» como evitar que se dilate en el tiempo.⁴²

Como decíamos, la cuestión volvería a surgir durante los debates en el Pleno del Parlamento. De algún modo, en verdad, se reprodujo la discusión mantenida en la Comisión, dado que Antonia Perelló Jorquera y Alberto Jarabo Vicente volvieron a ser los principales contradictores del art. 31 LGIB, sumándose Josep Melià Ques (Grupo Parlamentario El Pi — Proposta per les Illes Balears) en la impugnación parlamentaria de uno de sus apartados.

La diputada Antonia Perelló Jorquera sostuvo la eliminación total del art. 31 por ser contrario a la norma general del art. 27.2: «n'hi ha prou a llegir aquest article [31 de la LGIB] per veure que en funcions el Govern podrà actuar com si no es trobàs en funcions i, si bé és cert que la redacció inicial s'ha matisat durant la tramitació parlamentària,[...] les facultats que es reconeixen al govern en funcions resulten poc compatibles amb una figura que, per la seva pròpia naturalesa cessant i transitòria, manca d'aptitud per exercir la plenitud de les atribucions d'un Govern».⁴³ Según esta diputada, muchas de las actuaciones que enumera el art. 31 LGIB «són poc compatibles amb la situació d'interinitat d'aquest govern».⁴⁴ Por todo ello, «és clar que ens trobam davant un govern en funcions amb unes facultats pràcticament totals que fàcilment es comprèn que poden comprometre seriosament l'acció del

⁴¹ *Diari de Sessions de la Comissió d'Assumptes Institucionals i Generals del Parlament de les Illes Balears* núm. 67, de 28 de noviembre de 2018, p. 1055.

⁴² *Diari de Sessions de la Comissió d'Assumptes Institucionals i Generals del Parlament de les Illes Balears* núm. 67, 28 de noviembre de 2018, p. 1057.

⁴³ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8771.

⁴⁴ Ídem nota anterior.

proper govern o fins i tot dificultar-ne la seva constitució».⁴⁵ En definitiva, el Grupo Parlamentario Popular rechazó de plano el art. 31 LGIB al entender que la excepcionalidad que caracteriza cualquier actuación del Gobierno en funciones «no es pot concretar [...] en un llistat de facultats, perquè, en tot cas, ens trobam davant situacions que s'hauran d'analitzar i justificar cas per cas, i la idoneïtat de la mesura a adoptar dependrà de les concretes circumstàncies en què s'hagi de prendre».⁴⁶

Aunque con mayor brevedad, el diputado Alberto Jarabo Vicente también señaló la contradicción existente entre el art. 27.2 y el listado del art. 31 LGIB, añadiendo a propósito de este último que «al final la sensació és que això podria ser un colador».⁴⁷ Por ello, argumentó «que s'havia de limitar un poc més aquesta capacitat que pot tenir un govern en funcions»⁴⁸ e insistió en su tesis —ya expuesta en la Comisión— de que «la legislació [...] ha de forçar d'alguna manera que aquestes situacions [de Gobierno en funciones] durin el menor temps possible per donar i atorgar estabilitat a l'administració».⁴⁹

La crítica que Josep Melià Ques planteó contra el art. 31 LGIB se centró en su apartado c): «nosaltres defensam que el govern en funcions no tengui capacitat d'aprovar reglaments, disposicions de caràcter general [...] normalment el principi general és que el govern en funcions no en pugui aprovar, però en determinats supòsits en pugui aprovar, el que passa és que aquests supòsits són tan amples

⁴⁵ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8771. En este sentido, la diputada Antonia Perelló también argumentó que «si el Govern actua en base als principis que aquesta mateixa llei propugna mai no podrà haver-hi una actuació d'aquest que no sigui motivada per l'interès general». Ahora bien, siguiendo su razonamiento, el artículo 31 de la LGIB incluye varias funciones que «no només casen poc o gens amb un Govern en funcions, sinó que fins i tot no s'acaba de veure quin interès general preponderant i peremptori es podria invocar per justificar-les, com ara l'aprovació, modificació de relacions de llocs de feina, la concessió d'honors o distincions, o el nomenament de personal eventual i la contractació de personal directiu».

⁴⁶ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8771.

⁴⁷ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8774.

⁴⁸ Ídem nota anterior.

⁴⁹ Ídem nota 48.

que al final passarà un poc com amb els decrets llei [...], que hi ha una proliferació de la utilització d'una eina excepcional a la realitat».⁵⁰

Frente a estos argumentos, el diputado Gabriel Barceló Milta sostuvo que los supuestos de actuación extraordinaria del art. 31 LGIB —y, singularmente, las facultades del Gobierno en funciones para suscribir convenios y para aprobar reglamentos— debían servir para evitar que todo el trabajo hecho durante la legislatura se viera frustrado al final de la misma por razón de plazos procedimentales.⁵¹

También fue objeto de críticas por parte de los diputados de la oposición el apartado j) del art. 31 LGIB, que permite al Gobierno en funciones «Nombrar a personal eventual o contratar a personal directivo». De hecho, la consejera Pilar Costa Serra, en su intervención inicial, quiso negar que esta disposición estuviera pensada para «blindar càrrecs de cara a un futur»: «res més lluny de la realitat», afirmó la representante del Gobierno, «perquè com tothom sap, qualsevol tipus de personal eventual cessa quan cessa el Govern en aquest cas que es troba en funcions».⁵² En efecto, como hemos visto al estudiar el art. 20.4 LGIB, el art. 20.3 de la Ley 3/2007, de 27 de marzo, de la Función Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears dispone en su segundo inciso que, «En todo caso, el personal eventual cesa automáticamente cuando cesa la autoridad que lo nombró, así como en caso de renuncia». Así pues, continuando el razonamiento expuesto por la consejera Pilar Costa, si el personal eventual cesa a la vez que el Gobierno que lo ha nombrado, ¿qué utilidad tiene la facultad prevista por el art. 31.j) LGIB? El diputado Gabriel Barceló ofreció una respuesta para esta cuestión en su intervención en el debate: «cobrir una baixa per malaltia, per maternitat, per qualsevol motiu».⁵³ Es decir: el Gobierno en funciones debe poder nombrar a personal eventual para hacer «una substitució forçada perquè hi ha hagut una dimissió o perquè hi ha hagut una malaltia sobrevinguda».⁵⁴

⁵⁰ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8770.

⁵¹ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8775.

⁵² *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8767.

⁵³ Ídem nota anterior.

⁵⁴ Ídem nota 52.

Este breve resumen de los debates parlamentarios pone de manifiesto como sigue bien viva la discusión sobre el alcance de las facultades de un Gobierno en funciones.

Es verdad que el art. 31 LGIB no tiene parangón en las demás normativas autonómicas sobre el Gobierno en funciones: de hecho, el art. 5.1 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, prohíbe expresamente que, «Desde el cese del Presidente y hasta la toma de posesión del nuevo gobierno, los distintos órganos de la Administración [...], así como de los distintos entes integrantes del sector público autonómico», lleven a cabo muchas de las actuaciones que sí permite el art. 31 LGIB; y lo mismo puede decirse del art. 21.3 de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón.

Ahora bien, cabría preguntarse si esta legislación no podría haber pecado de un cierto exceso de celo, en la medida en que los Tribunales de lo contencioso-administrativo han avalado —como hemos visto en epígrafes anteriores de este trabajo— que un Gobierno en funciones apruebe reglamentos o resuelva convocatorias de libre designación. No se trata, empero, de una posición jurisprudencial unívoca, dado que existen importantes pronunciamientos discrepantes —en particular, el caso de la anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía—⁵⁵ con la línea de manga ancha con los Gobiernos en funciones que parecería estar trazando la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Como decíamos, se trata de una discusión abierta en la que el art. 31 LGIB, por su novedad y por su amplitud, está llamado a tener un papel relevante. Así pues, tendremos que permanecer atentos al uso que de esta disposición puedan hacer futuros Gobiernos en funciones de las Illes Balears.

⁵⁵ Durante los meses de septiembre y octubre de 2017, la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía emitió un total de nueve pronunciamientos declarando la nulidad del Decreto 141/2015, de 26 de mayo, por el que se aprueba el Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía, al haber sido aprobado cuando el Gobierno de la Junta se hallaba en funciones. Para una exposición más detallada de este caso, véase RANDO BURGOS, E. «La anulación del Plan de Protección del Corredor Litoral de Andalucía por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía: ¿nuevas dificultades en la planificación territorial de Andalucía?». *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica. Nueva Época*, núm. 10 (marzo-octubre de 2018), pp. 109-131.

5. Memoria final del Gobierno en funciones

De acuerdo con el art. 32.2 LGIB, «En la última sesión del Consejo de Gobierno en funciones se aprobará la memoria general de actuaciones realizadas como gobierno en funciones, y se adjuntarán a esta las memorias justificativas que prevé el artículo anterior», en alusión a los documentos que deben reflejar, caso por caso, las circunstancias de urgencia o interés general que permiten adoptar las actuaciones previstas por el art. 31 LGIB.

Esta «memoria general de actuaciones realizadas como gobierno en funciones» es distinta a la memoria que, según el art. 32.1 LGIB, el Gobierno debe aprobar — como hemos visto al examinar las causas de cese— «En la última sesión antes de la celebración de elecciones, si esta es la causa del cese del Gobierno, o bien en la primera sesión posterior a que se produzca alguna de las otras causas de cese». Ésta —siguiendo la línea trazada por los arts. 7 y 8 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, los apartados 2 y 3 del art. 21 bis de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón y el art. 66 de la Ley Foral 14/2004, de 3 de diciembre, del Gobierno de Navarra y de su Presidente— se refiere a la situación presupuestaria y a las principales actuaciones en curso en el momento del cese del Gobierno. Diferentemente, la memoria final del Gobierno en funciones viene a sustituir el derecho que tanto el art. 9 de la Ley 4/2015 como el art. 21 ter de la Ley 2/2009 reconocen al candidato propuesto a la Presidencia para que pueda conocer los órdenes del día y las actas de las reuniones celebradas por el Gobierno en funciones.

Las dos memorias previstas por el art. 32 LGIB tienen naturaleza imperativa, por lo que cualquier Gobierno se halla obligado a elaborarlas y a entregarlas al nuevo Gobierno tan pronto como tome posesión. Sin embargo, es obvio que la memoria final del Gobierno en funciones tendrá una importancia variable en función de cuánto se haya prolongado el periodo de interinidad gubernamental: como mayor haya sido éste, y mayor —por lo tanto— haya sido la actividad del Gobierno en funciones, más relevante será la memoria final exigida por el art. 32.2 LGIB. Es indudable, en este sentido, la utilidad que puede tener este documento a la hora de defender las actuaciones del Gobierno en funciones ante el Tribunal de Justicia; es crucial, por ello, que en dicha memoria se justifiquen con un grado de detalle suficiente los presupuestos jurídicos y fácticos que, según lo estudiado en epígrafes precedentes, habilitan al Gobierno en funciones para adoptar cada una de sus decisiones.

IV. Control parlamentario del Gobierno en funciones

El art. 24 LGIB —ubicado en el capítulo IV del título II, dedicado al «Control del Gobierno y representación ante el Parlamento»— señala simplemente que «El gobierno cesante, mientras está en funciones, queda sometido al control parlamentario en los mismos términos que el Gobierno». Entonces, no es ocioso recordar que, conforme al art. 23.2 LGIB, «El control político de la acción del Gobierno es ejercido por el Parlamento de las Illes Balears, de acuerdo con esta ley y el Reglamento de la cámara. El Gobierno facilitará a los diputados del Parlamento de las Illes Balears el control de la acción política».

No es difícil advertir que tras el art. 24 LGIB se esconde el propósito de evitar la reproducción de nuevas controversias como las que se suscitaron durante el 2016, concretamente durante la efímera XI legislatura, cuando el Gobierno de la Nación en funciones rehusó someterse al control político del Congreso de los Diputados. De hecho, en su Dictamen núm. 40/2018, el Consejo Consultivo de las Illes Balears ya alude, aunque sólo pasajeramente, al conflicto entre órganos constitucionales del Estado núm. 3102-2016, en el que culminaron dichas desavenencias políticas entre el Congreso y el Gobierno. Con posterioridad, durante los debates parlamentarios sobre la LGIB, se pondría claramente de manifiesto el origen del dicho art. 24, sobre todo porque entonces ya había sido dictada la STC 124/2018, de 14 de noviembre, con la que el Tribunal Constitucional dio la razón al Congreso de los Diputados en el mentado conflicto entre órganos constitucionales.

Así, al iniciarse el debate final sobre la LGIB en el Pleno del Parlamento, la consejera Pilar Costa afirmó que, «amb la inclusió d'aquest precepte a la nostra Llei del Govern, podem considerar que ens hem avançat als nous temps»⁵⁶ en alusión a la referida STC 124/2018. Y ello porque, como recordó la misma consejera de Presidencia, el proyecto de la LGIB fue aprobado por el Consejo de Gobierno antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara sobre el conflicto entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno en funciones.⁵⁷

⁵⁶ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8767.

⁵⁷ En el debate en la Comisión, el diputado Vicenç Thomàs i Mulet ya se refirió a la STC 124/2018 (*Diari de Sessions de la Comissió d'Assumptes Institucionals i Generals del Parlament de les Illes Balears* núm. 67, de 28 de noviembre de 2018, p. 1057). Durante el debate en el Pleno, harían referencia a dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional

El Alto Tribunal concluye en la STC 124/2018, de 14 de noviembre, que «La actividad del Gobierno en funciones no impide la función de control ex artículo 66.2 CE», por lo que «La cuestión no es si el Gobierno en funciones está sometido al control del Parlamento, que lo está, sino en el alcance de dicho control» (fundamento jurídico 8º). Entonces, «siendo la función de control una función poliédrica, dirigida solo en último término a la ruptura de la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno, no cabe descartar la utilización de algunos de los instrumentos a los que nos hemos referido [preguntas, solicitudes de comparecencia, interpelaciones y proposiciones no de ley] para el ejercicio de la función de control de la acción del Gobierno que corresponde a las Cortes Generales (art. 66.2 CE), aunque el Gobierno esté en funciones (art. 101.2 CE), si bien con matices o limitadamente» (fundamento jurídico 7º).

En realidad, pues, a la luz de la STC 124/2018, el art. 24 LGIB debería ser objeto de una interpretación ligeramente correctora. Por un lado, no hay duda de que el Gobierno en funciones se halla sometido al control del Parlamento de las Illes Balears al igual que lo estaba antes de su cese. Ahora bien, como se desprende de este reciente pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el ámbito de dicho control es menos amplio que en condiciones normales. Se trata, al fin y al cabo, de la misma conclusión alcanzada por el Consejo Consultivo en su Dictamen núm. 40/2018 (consideración jurídica 7ª, apartado 6).

En efecto, el Consejo Consultivo de las Illes Balears considera que el control parlamentario del Gobierno en funciones es necesario por tratarse de un «imperativo estatutario». Alude con esta referencia al art. 40.1 del Estatuto de 2007, que atribuye al Parlamento la función de controlar la «acción de gobierno». Ahora bien, «el Gobierno en funciones no puede someterse al control con responsabilidad política, es decir, no puede someterse al control extraordinario de la moción de censura o de la cuestión de confianza». De hecho, como ya hemos explicado, el apartado b) del art. 30 LGIB prohíbe expresamente al Presidente en funciones «Plantear una cuestión de confianza». Así las cosas, como posteriormente confirmaría la STC 124/2018, el alcance de la fiscalización parlamentaria del Gobierno en funciones queda limitado —en palabras literales del Consejo Consultivo— a «los instrumentos parlamentarios que impliquen un control sin [...] responsabilidad política» y se circunscribe «estrictamente al correcto ejercicio de las

tanto Alberto Jarabo i Vicente como, de nuevo, Vicenç Thomàs (*Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, pp. 8774, 8776 y 8779).

atribuciones propias de la situación de interinidad en que la que se encuentra el gobierno cesado».

Por todo ello, según el criterio expresado por el Consejo Consultivo de las Illes Balears, el control parlamentario del Gobierno en funciones debería hacerse efectivo preferiblemente mediante la celebración de «sesiones parlamentarias informativas sobre cuestiones de interés autonómico», ejerciendo el Parlamento su fiscalización mediante «los instrumentos parlamentarios que implican un control sin responsabilidad política: solicitud de información por parte del Parlamento y comparecencias con estos mismos fines informativos».

En definitiva, el Gobierno en funciones debe ser controlado por el Parlamento, indudablemente, pero este control no puede producirse —como plantea la LGIB en su exposición de motivos (epígrafe II) e insistieron ciertos diputados—⁵⁸ «en los mismos términos que el Gobierno con plenas facultades». En primer lugar, como hemos visto, porque resulta imposible la utilización de los instrumentos de control que inciden directamente en la relación de confianza entre Ejecutivo y Legislativo (moción de censura y cuestión de confianza). Y, en segundo lugar, porque el alcance de este control parlamentario se halla circunscrito necesariamente a las contadas actuaciones que el Gobierno puede emprender de modo legítimo una vez ha cesado.

Por último, cabe hacer referencia a que el art. 24 del anteproyecto de la LGIB incluía un apartado 2 con el siguiente contenido: «este control, cuando el Parlamento se haya disuelto, corresponde a la Diputación Permanente». Sin embargo, este apartado fue suprimido después de que el Consejo Consultivo advirtiera que «no se refiere al control del gobierno en funciones dado que la disolución del Parlamento no determina el cese del gobierno de acuerdo con el artículo 57.8 del EAIB»; en efecto, como ya hemos visto, el cese del Gobierno se produce tras la celebración de las elecciones, pero no en el momento —necesariamente anterior— de la disolución del Parlamento.⁵⁹ Además, a propósito

⁵⁸ *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears* núm. 154, de 15 de enero de 2019, p. 8768.

⁵⁹ De este modo, el cese del Gobierno en ocasión de unas elecciones supone que, durante el tiempo que media entre la disolución del Parlamento y la celebración de los comicios, la Cámara quede reducida a la Diputación Permanente (art. 46.2 del Estatuto de 2007) pero el Gobierno conserve la plenitud de sus atribuciones. Así lo ha puesto de manifiesto, a propósito de las Cortes Generales y el Gobierno de la Nación, el catedrático Jorge de Esteban en un reciente artículo periodístico en el que afirma que se trata de «un enorme error», por lo que

de esta misma disposición, el Consejo Consultivo de las Illes Balears también señaló que «la cuestión de la regulación del control al gobierno es materia sujeta a reserva de reglamento parlamentario, ámbito en el que se debe regular».

V. Posición del sector público instrumental durante la transición entre Gobiernos

La disposición adicional 2ª de la LGIB —«Obligaciones de los órganos del sector público instrumental durante el periodo de transición entre gobiernos»— señala que, «Durante el periodo de transición entre gobiernos, los órganos superiores de dirección y los órganos unipersonales de dirección de los entes del sector público instrumental de la comunidad autónoma actuarán con observancia de los principios, deberes y reglas establecidos en el capítulo V del título II para el gobierno en funciones».

La LSPI señala en su art. 2.1 que integran el sector público instrumental los siguientes entes: organismos autónomos, entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles públicas, fundaciones del sector público y consorcios.

Conforme al art. 20.1 LSPI, los órganos superiores de dirección de las entidades del sector público instrumental son dos: la presidencia u órgano unipersonal equivalente; y el consejo de administración, patronato, junta de gobierno u órgano colegiado equivalente. Además, según el art. 20.4 LSPI, los entes del sector público instrumental también pueden contar con una gerencia u órgano unipersonal equivalente, cuyo cometido sea la dirección, la administración y la gestión ordinaria del ente de que se trate; de hecho, el art. 20.5 LSPI incluso permite que la normativa específica del ente establezca «otros órganos unipersonales de dirección vinculados con los objetivos generales del ente».

propone emprender las reformas necesarias para que el Gobierno cese «tras la disolución de las Cortes» y no tras la celebración de las elecciones como hasta ahora, es decir, anticipando el comienzo del periodo del Gobierno en funciones para evitar en el futuro que sin el control de las Cortes [el Gobierno] siga operando». DE ESTEBAN, J. «La usurpación del Gobierno: los decretos-leyes». *El Mundo*, 12 de marzo de 2019, disponible en el siguiente sitio web: <https://www.elmundo.es/opinion/2019/03/12/5c86a489fdddfc01e8b4691.html> (consultado el 12 de marzo de 2019).

Queda claro, entonces, como la disposición adicional 2ª de la LGIB se refiere a ambos tipos de órganos, o sea: tanto los órganos superiores de dirección (art. 20.1 LSPI) como los órganos unipersonales de dirección (art. 20.4 y 20.5 LSPI).

Despejado este punto, tenemos que analizar cuáles de los principios, deberes y reglas del capítulo V del título II de la LGIB corresponde realmente aplicar a los entes del sector público instrumental «durante el periodo de transición entre Gobiernos».

En la medida en que la LSPI ordena de modo específico el cese de los miembros tanto de los órganos superiores de dirección (art. 20.3) como de los órganos unipersonales de dirección (art. 21.1), es claro que no procede aplicar el art. 26 LGIB. En otras palabras: los órganos directivos de los entes del sector público instrumental no cesan al mismo tiempo que lo hace el Gobierno. Ahora bien, por imperativo de la disposición adicional 2ª de la LGIB, «durante el periodo de transición entre gobiernos», dichos órganos tendrán que guiarse por la norma general del art. 27.2 LGIB, actuando conforme a los principios de actuación del art. 28, cumpliendo el deber de colaboración del art. 33 y respetando las limitaciones del art. 31, dado que las limitaciones de los arts. 29 y 30 obviamente no resultan aplicables al sector público instrumental. Por el contrario, insistimos, sí procede la aplicación al mismo del art. 31 LGIB, por lo que, a la hora de suscribir convenios, elaborar contratos o actuar sobre la plantilla laboral —para citar sólo algunas de las materias enumeradas por dicho precepto—, los respectivos órganos directivos deberán tomar en consideración las prevenciones dimanantes del art. 31 LGIB.⁶⁰

También parecería aconsejable que el sector público instrumental diera cumplimiento al art. 32 LGIB, elaborando las memorias necesarias para que el traspaso entre Gobiernos sea totalmente transparente. Sin embargo, como hemos apuntado, el cese del Gobierno no implica necesariamente el cese de los órganos directivos de los entes del sector público instrumental, por lo que proceder automáticamente conforme al art. 32 LGIB podría suponer mucho trabajo hecho en balde. Por lo tanto, deberá estarse a las circunstancias de cada caso en concreto, pudiendo ser particularmente útiles en este sentido las instrucciones que dirija el Gobierno, ante la inminencia de su cese, a los entes del sector público instrumental.

⁶⁰ Análogamente, las limitaciones que establece el art. 5.1 de la Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, se imponen tanto a «los distintos órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura» como a «los distintos entes integrantes del sector público autonómico».

VI. Conclusiones

La actuación del Gobierno en funciones es una verdadera prueba de estrés para cualquier sistema institucional moderno. Aunque en las Illes Balears no hemos tenido experiencias relevantes al respecto, en el conjunto del Estado —tanto en el Gobierno de la Nación como en varios Gobiernos autonómicos— se han dado situaciones de interinidad verdaderamente problemáticas, como hemos explicado a lo largo de este trabajo. Por ello, la novedosa regulación que introduce la LGIB debe ser saludada con reconocimiento e interés, en la medida en que se avanza con audacia a un problema político que hipotéticamente podría plantearse en el futuro.

Durante largo tiempo, este tipo de disyuntivas se han regido por el uso y la costumbre —que también tienen su relevancia en el ámbito político. Sin embargo, la actual obsolescencia de esta clase de soluciones parece haber sido asumida por todas las formaciones políticas que participaron en la elaboración parlamentaria de la LGIB. Ciertamente, la necesidad de regular el Gobierno en funciones de una manera detallada y sistemática ha sido aceptada de forma unánime por los distintos partidos con presencia en el Parlamento de las Illes Balears, si bien estos han disentido acerca de cómo debía concretarse dicha regulación positiva. En resumen, los grupos parlamentarios de la oposición han manifestado reiteradamente —como hemos tenido ocasión de explicar— que las facultades que la LGIB atribuye al Gobierno en funciones son excesivas y superan con creces las competencias que tendrían que corresponderle en atención a su carácter y su naturaleza.

Fijar las atribuciones del Gobierno en funciones es una tarea harto compleja, como pone de manifiesto la dispar jurisprudencia contencioso-administrativa que existe sobre esta materia. Todas estas dificultades tienen su origen último en la tensión latente entre la neutralidad política que debe guiar la actuación del Gobierno en funciones —con el fin de que ésta, como prevé el art. 28.b) LGIB, no pueda «condicionar, comprometer o impedir» los objetivos del nuevo Gobierno— y la necesidad objetiva de «evitar vacíos de poder y asegurar en todo momento la continuidad del funcionamiento de la Administración y de la acción de Gobierno» (STC 124/2018, de 14 de noviembre, fundamento jurídico 8º).

Desde esta perspectiva, las actuaciones del Gobierno en funciones que permite el art. 31 LGIB, que tanto revuelo causaron durante la tramitación parlamentaria, tienen que considerarse adecuadas y razonables si se mantienen en el ámbito que les es propio —es decir, para supuestos de urgencia o interés general— y se adoptan exclusivamente con la finalidad de cumplir el llamado «principio general de continuidad del Gobierno tras el cese del Presidente», un interesante hallazgo

conceptual de la pionera Ley 4/2015, de 26 de febrero, de regulación del proceso de transición entre gobiernos en la Comunidad Autónoma de Extremadura, que debe servir para «garantizar el buen funcionamiento del gobierno y la administración, el correcto y leal traspaso de poderes y la formación del nuevo gobierno» (art. 2.1).

Por todo ello, el control del Gobierno en funciones es sencillamente esencial, porque sólo a través de una eficaz fiscalización podrá evitarse que mecanismos como el art. 31 LGIB sean pervertidos y sirvan para lograr objetivos espurios.

Es verdad, como hemos expuesto anteriormente, que el control parlamentario del Gobierno en funciones no puede producirse «en los mismos términos» que en condiciones normales, como preceptúa literalmente el art. 24 LGIB, pero no por ello deja de ser relevante que el Parlamento vigile que las actuaciones del Gobierno en funciones respeten las reglas y los principios comprendidos en el capítulo V del título II de la LGIB. Así, las «sesiones parlamentarias informativas sobre cuestiones de interés autonómico» que —según la sagaz sugerencia del Consejo Consultivo en su Dictamen núm. 40/2018— deberían seguirse celebrando durante el periodo de transición entre Gobiernos, pueden devenir particularmente útiles para evitar que la pertinencia y la legalidad de la actuación del Gobierno en funciones acabe ante los Tribunales de Justicia.

En este último escenario, el éxito de la posición procesal del Gobierno en funciones dependerá fundamentalmente de su solvencia a la hora de motivar y justificar las decisiones que haya adoptado. Por esta razón, la elaboración de las memorias que exigen los arts. 31 y 32.2 LGIB no puede convertirse en una mera formalidad que el Gobierno acomete rutinariamente con el simple propósito de cumplir con su obligación. Una explicación razonada y creíble de que cierta actuación forma parte de la «gestión ordinaria de los asuntos públicos», o de que está motivada por una situación de urgencia o por una razón de interés general, no constituye sólo una demostración de transparencia ante la ciudadanía, sino que es un activo valiosísimo a la hora de defender tal actuación ante los Tribunales de Justicia.

En definitiva, la LGIB señala con notable claridad el camino que deben seguir en adelante los Gobiernos en funciones de nuestra comunidad autónoma y proporciona herramientas útiles para garantizar su eficaz funcionamiento. Ahora bien, sólo el tiempo y la experiencia podrán confirmarnos si esta novedosa regulación del Gobierno en funciones que lleva a cabo la LGIB ha sido o no ha sido acertada.

rjib 17

ESTUDIS

LEY DE CAMINOS PÚBLICOS Y RUTAS SENDERISTAS DE MALLORCA Y MENORCA

Feljo José Bauzá Martorell

Universitat de les Illes Balears

I. Planteamiento. II. Objeto y principios generales. III. Caminos públicos.
1. Régimen jurídico de los bienes demaniales y acción pública. 2. Catalogación y registro de caminos públicos. 3. Ordenación territorial de los caminos. A. Antecedentes: el Camí de Cavalls. B. Instrumentos de ordenación del territorio en materia de caminos. 4. Usos de los caminos. IV. Rutas senderistas. V. Infracciones y sanciones. VI. Balance general de la Ley. VII. Bibliografía.

RESUMEN

La Ley 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca, diseña un régimen jurídico de los caminos rurales con importantes novedades en su calificación jurídica, y los derechos y obligaciones de los titulares del suelo por donde discurren, así como de quienes transitan.

Palabras clave: camino, ruta senderista, dominio público, ordenación del territorio, usos.

RESUM

La Llei 13/2018, de 28 de desembre, de camins públics i rutes senderistes de Mallorca i Menorca, estableix un règim jurídic dels camins rurals amb importants novetats quant a la seva qualificació jurídica, i els drets i obligacions dels titulars del sòl per on discurreixen, així com dels que hi transiten.

Paraules clau: camí, ruta senderista, domini públic, ordenació del territori, usos.

ABSTRACT

Law 13/2018, of December 28th, of public roads and hiking routes of Mallorca and Menorca designs a legal regime of rural roads with important novelties in their legal qualification, and the rights and obligations of the owners of the land through which they pass, as well as those who transit.

Key words: road, hiking route, public domain, territory planning, uses.

I. Planteamiento

La aprobación y entrada en vigor de la Ley 13/2018, de 28 de diciembre, de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca,¹ constituye una notable novedad en el ordenamiento jurídico, toda vez que esta particular materia no había sido objeto de regulación específica con carácter general, salvo las excepciones que comentaremos.

Los caminos tuvieron su importancia en derecho positivo hasta el último tercio del siglo XIX cuando, en plena actividad de fomento, quedaron relegados primero por las carreteras y más tarde por el ferrocarril como medio de comunicación terrestre.

En efecto, y sin perjuicio de otras sendas específicas como las pecuarias o las forestales,² la regulación de los caminos vecinales en nuestro país arranca con el Real Decreto de 7 de abril de 1848 y la Instrucción de 9 de abril siguiente. Estas normas distinguen los caminos rurales —que conducen a una hacienda o heredad de propiedad privada— y los caminos vecinales, que unen poblaciones o conducen a mercados, carreteras o capital de distrito judicial. En función de que sean más o menos transitados, estos últimos se clasifican en caminos de primer y de segundo orden.³

El siguiente hito normativo en materia de caminos aparece con la Ley de 30 de julio de 1904 y su Reglamento de 16 de mayo de 1905, sustituida por la Ley de 29 de junio de 1911 y su Reglamento de 23 de julio de 1911.

A partir de aquí no vuelve a aparecer una referencia expresa a los caminos hasta la legislación autonómica reciente, toda vez que el Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local —en adelante TRRL— (art. 86), y el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales —en adelante RBEL— (art. 17), se limitan a obligar a las Corporaciones Locales la formación de inventario con sus bienes y derechos sin más. Ni siquiera el art. 20.g RBEL, cuando se refiere al contenido del inventario en materia de vías públicas, se refiere a los caminos de manera expresa.

Por el contrario, en los últimos tiempos la presión senderista en favor de la reivindicación del acceso a caminos rurales, ya sean vecinales o no, ha originado la

¹ BOIB núm. 163, de 29 de diciembre de 2018 y BOE núm. 24, de 28 de enero de 2019.

² SÁNCHEZ GASCÓN, A. *Ley de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid*. Manuales de Medio Ambiente. Madrid: Exlibris ediciones, 2000.

³ SIBINA TOMÁS, D. «Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 2 (2003), págs. 181 y ss.

aprobación de inventarios de caminos o la resolución de procedimientos que obligan a propietarios a remover obstáculos, todo ello sin perjuicio de procesos ante la jurisdicción civil para reivindicar la titularidad de los caminos.

Por razones obvias debe admitirse que el contexto de los caminos ha cambiado radicalmente a día de hoy. Hasta mediados del siglo XX los caminos rurales eran transitados exclusivamente por vecinos, ya fuera para desplazarse al campo o al bosque a explotar recursos naturales (carbón vegetal, leña, hielo...), ya fuera para acudir a fincas privadas a trabajar, pero en cualquier caso con fines agrícolas.⁴ En cambio, a día de hoy, el transporte permite que senderistas no vecinos discurran por sendas y veredas, que en muchas ocasiones forman parte de fincas registrales privadas, con la consiguiente presión y hasta vandalismo. Con frecuencia el catastro contribuye a la confusión, dado que es posible que se grafíen caminos que registralmente no existen o viceversa.⁵

Todo ello genera que los caminos sean fuentes de conflictos en Derecho, con un crecimiento de procesos judiciales en todos los órdenes que no existía hace unos años. Así, en la jurisdicción contenciosa se revisan expedientes de investigación patrimonial e inclusión en inventarios de bienes públicos, deslinde, declaración de rutas y sendas públicas, declaración de servidumbres de acceso al mar, y hasta concesión o denegación de licencias para realizar obras en caminos; en la jurisdicción civil son comunes las acciones en materia de servidumbres, y todo ello sin descartar las querellas criminales a alcaldes por conceder licencia al titular de una finca por la que discurre un camino, porque otro vecino considera que el camino es público y que, en consecuencia, el alcalde estaría prevaricando.⁶

Todo ello sin perjuicio de las más que frecuentes discordancias entre las fincas registrales y las fincas catastrales, que hacen que se grafíen en el último caminos que registralmente no son una unidad propia, a pesar de los esfuerzos del legislador con la aprobación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de

⁴ NIETO, A. *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*. Valladolid: Junta Provincial de Fomento Pecuario de Valladolid, 1959.

⁵ PONCE SOLÉ, J. *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

⁶ Sobre la crisis expansiva del derecho penal y su utilización fraudulenta como medio de presión o de conseguir fines que no logra el derecho administrativo, *vid.* BAUZÁ MARTORELL, F. J. (Dir.). *Derecho administrativo y derecho penal. Reconstrucción de los límites*. Barcelona: Bosch, 2016.

la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo.⁷

En medio de esta conflictividad entre las Corporaciones Locales y propietarios, van apareciendo unos instrumentos novedosos como son los catálogos de caminos, distintos a los inventarios de bienes, planes viarios (como el Plan Regional de Caminos Rurales de la Región de Murcia) e incluso normas autonómicas que de manera frontal regulan determinados caminos, declarando su titularidad pública o constituyendo una servidumbre de tránsito.

Sea como fuere, no puede discutirse que los caminos, al margen de su dimensión territorial,⁸ se integran en la ordenación del territorio. Doctrinalmente se ha hablado de una percepción territorial del camino porque su conservación, ocupación y/o desaparición en algunos tramos, junto con la degradación de los elementos integrantes del mismo (fuentes, edificaciones...), convierten al camino en un elemento esencial del territorio.⁹

Otra cosa es que no sea infrecuente una colisión entre la ordenación territorial en materia de caminos y el planeamiento urbanístico, o incluso el resto de planes territoriales.¹⁰ De hecho, el Consejo Consultivo de las Illes Balears se ha pronunciado en dos dictámenes en esta materia.¹¹

Y en este contexto se tramitó en el Parlament de les Illes Balears una proposición de ley de caminos y rutas senderistas, que inicialmente sólo afectaba a la isla de Mallorca y que, muy avanzado el *iter* normativo, extendió su ámbito de aplicación a la isla de Menorca. En ejercicio del art. 47.2 del Estatuto de Autonomía

⁷ Esta norma pretende solventar la inmatriculación extra registral, evitando en nuestro caso la apropiación de caminos por usucapión. *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo* (4ª ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007.

⁸ Piénsese por ejemplo en la afectación al territorio del Camino de Santiago. En este sentido, *vid.* ABAD LICERAS, J. M.^a «El Camino de Santiago en la legislación estatal». *La Ley*, núm. 5 (1999).

⁹ BASSOLS COMÁ, M. «Instrumentos legales de intervención urbanística en los Centros y Conjuntos Históricos». *Revista Española de Derecho Urbanístico*, mayo-junio 1990, págs. 13 y ss.

¹⁰ GARCÍA CRESPO, H. «Ciudad y transporte: de la policía de caminos y ferrocarriles a las nuevas Leyes sectoriales». *Práctica Urbanística*, núm. 145 (marzo-abril 2017).

¹¹ Dictamen 29/2014, de 26 de marzo, y Dictamen 30/2015, de 26 de marzo, ambos relativos a sendos proyectos del Consejo Insular de Mallorca de ordenanza reguladora del uso y la conservación de la carretera vieja de Lluc a Pollensa.

de las Illes Balears, el Consejo Insular de Mallorca remitió a la Mesa del Parlamento la proposición de ley.¹²

La Ley 13/2018 se compone de una exposición de motivos, sesenta y siete artículos, diez disposiciones adicionales, tres transitorias y dos finales, además de tres anexos. Se estructura en torno a cuatro títulos: objeto y principios generales, caminos públicos, rutas senderistas, así como el régimen de infracciones y sanciones.

II. Objeto y principios generales

El Título I, como hemos anticipado, se dedica al objeto y los principios generales de la Ley y se compone de los artículos 1 y 2.

En este sentido, el objeto de la Ley es doble: por un lado, regula el régimen jurídico de los caminos públicos de Mallorca y Menorca, que comprende todas las cuestiones relacionadas con la planificación, proyección, financiación, construcción, modificación, conservación, explotación, uso y defensa de los caminos públicos; por otro, regula los aspectos relativos a las rutas de interés senderista, cultural, patrimonial y etnológico, y su selección, ordenación, protección, señalización y homologación como rutas senderistas.

De manera expresa la Ley deja a salvo la legislación ambiental, especialmente respecto de los caminos que discurren por espacios naturales protegidos y la red Natura 2000. Y quizá en este punto de integración sistemática con el resto de regulaciones sectoriales debamos detenernos.

En efecto, los caminos discurren por suelo rural, que es aquel —conforme a la legislación urbanística— preservado del desarrollo urbanístico y conforme a la naturaleza agrícola, ganadera, forestal o cinegética del suelo.¹³ No en vano los caminos se regulan en Extremadura en su Ley Agraria (arts. 170 y ss. de la Ley 6/2015, de 24 de marzo, en adelante, LAE).

¹² El origen de esta proposición de ley radica en el punto 6.g del Acuerdo de Gobernabilidad para el Consejo Insular de Mallorca para la legislatura 2015-2019.

¹³ BAUZÁ MARTORELL, F. J. «Caminos vecinales y ordenación del territorio», en VAQUER CABALLERÍA, M.; MORENO MOLINA, A. M.; DESCALZO GONZÁLEZ, A. *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 3223-3243.

A pesar de la indisociable relación entre los caminos y el medio ambiente y la actividad agrícola, la Ley 13/2018 comprende una nula referencia a estas dos materias, consideradas del todo puntos transversales. El legislador autonómico ha dado muestra de un ejemplo de legislación motorizada y sumamente singular, cuando posiblemente la regulación de los caminos no se debiera llevar a cabo en una norma específica, sino en el seno de una regulación más amplia de signo agrícola y/o ambiental.

Ciertamente a lo largo de toda la Ley no existen referencias ni a la actividad agrícola ni a la protección ambiental, sino que —como veremos— se limita estrictamente a la consideración de los caminos como bienes demaniales, su catalogación y creación de registros de caminos, con un régimen muy parejo al de las carreteras.

Por lo demás, el art. 2 enumera los principios generales en que se basa la Ley:

- a) Implantar e impulsar la catalogación, el registro, la defensa, la vigilancia, la conservación, el mantenimiento y la integración en el entorno de la red de caminos públicos que define esta ley.
- b) Recuperar, conservar y proteger el patrimonio viario tradicional y su entorno.
- c) Potenciar el conocimiento de la red de caminos públicos.
- d) Facilitar y promover un uso responsable no motorizado (a pie, en bicicleta o a caballo) y sostenible de los caminos públicos como medio para preservar y dar a conocer el medio natural, el paisaje, el patrimonio etnológico, el patrimonio histórico y servir al sostenimiento y desarrollo del medio rural.
- e) Implantar la gestión sostenible del patrimonio viario histórico e integrar los aspectos de ocio, sociales y culturales con los medioambientales y las actividades económicas agrícola, ganadera, silvícola y cinegética.
- f) Implantar el marco normativo que delimite el uso de los caminos conforme a su naturaleza y destino en el medio rural, y prohibir los usos incompatibles.
- g) Garantizar la existencia de una red de caminos públicos en beneficio del sector primario de la isla.

III. Caminos públicos

El Título II de la Ley 13/2018 se estructura en torno a seis capítulos, relativos al régimen jurídico, la catalogación y registro de los caminos públicos, relaciones interadministrativas, instrumentos de ordenación territorial y planes ejecutivos, usos de los caminos, así como las condiciones generales para los diferentes usos y

aprovechamientos. Del contenido de este Título merecen nuestra atención los siguientes aspectos.

1. Régimen jurídico de los bienes demaniales y acción pública

La Ley 13/2018 dedica el Capítulo I del Título II (arts. 3 a 10) fundamentalmente a reproducir el régimen jurídico que la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) dedica a los bienes demaniales.

Así, el art. 4 —al tiempo que establece una presunción de titularidad municipal de los caminos públicos, salvo prueba en contrario— declara los caminos públicos y las servidumbres públicas de paso como bienes y derechos de dominio público y en consecuencia inalienables, imprescriptibles e inembargables.

De manera similar al régimen de las carreteras, el art. 5 establece una servidumbre de protección con una anchura de 3 metros a ambos lados del camino a contar desde su límite exterior. Se trata de una zona general, que no tiene en cuenta la variada casuística, como por ejemplo que el camino discorra en algún tramo entre edificaciones.

Sin duda la particularidad más notable de este régimen consiste en la acción pública que contempla el art. 6 en defensa de la titularidad de un camino público, que puede instar cualquier persona o entidad pública o privada que se encuentre en plenas facultades de sus derechos civiles y políticos.

Este mismo precepto diseña un premio o incentivo a la denuncia sobre obstáculos a los caminos públicos, de manera que cuando un particular o una entidad privada ejerza ante los Tribunales de Justicia una acción de defensa de la titularidad pública de un camino con la oposición o la inacción de la Administración presuntamente titular del mismo, y obtenga una resolución judicial firme favorable, tendrá derecho a cobrar de la Administración a quien se atribuya la mencionada titularidad el equivalente al cuádruplo del importe de las costas procesales causadas.

A nadie escapa la especial litigiosidad que este premio puede llegar a causar, como incentivo a la judicIALIZACIÓN de la titularidad de los caminos, incluso en contra del criterio de un municipio, que puede considerar que el camino era privado y en cambio se vea abocado a intervenir en un procedimiento judicial. Es más, el importe del premio se carga a los presupuestos municipales, de manera que no hay que

descartar que se adopten decisiones municipales en materia sobre prevención, al objeto de evitar tener que abonar el cuádruple de las costas procesales.¹⁴

No se olvide por otra parte que el premio se concibe como una mera compensación, de suerte que es perfectamente compatible con las costas judiciales al amparo de lo que prevé la legislación procesal.

Y todo ello sin perjuicio del derecho de la parte reclamante a solicitar de la Administración titular del camino la indemnización por los daños y perjuicios que se le hayan podido producir a lo largo de todo el proceso de defensa de este interés general.

En esta misma sede de reclamaciones judiciales, el art. 10 prevé que, en el caso de reclamación administrativa o judicial respecto a la titularidad pública de un camino municipal, el ayuntamiento demandado notificará la reclamación o la demanda al consejo insular en los dos días hábiles desde la recepción de la reclamación o demanda, para que el consejo insular pueda cooperar en la defensa del camino público.

Asimismo y en el caso de que el ayuntamiento se inhiba en la defensa de la titularidad pública del camino, la notificación prevista en el apartado anterior permitirá al consejo insular asumir su defensa con los efectos que prevé la Ley, en especial los que prevé el art. 6, y la normativa concordante de régimen local.

Por lo demás, los arts. 7 a 9 contemplan el régimen de desafectación, permuta y mutación demanial, así como la investigación, recuperación posesoria, delimitación y amojonamiento, todo ello en términos similares a los que prevé la LPAP y la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears.

2. Catalogación y registro de caminos públicos

Como decimos, de un tiempo a esta parte en alguna Comunidad Autónoma se vienen aprobando catálogos de caminos, distintos de los inventarios municipales, que albergan datos y características de los mismos que afectan a la ordenación del territorio y al planeamiento municipal.

¹⁴ Sobre la incidencia de la sobreprevención en el régimen de la responsabilidad patrimonial, *vid.* BAUZÁ MARTORELL, F. J. *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos. Prólogo de Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2017.

El principal problema de los catálogos de caminos radica en su falta de título habilitante. Ni el RBEL ni la LPAP contemplan este instrumento. Hasta la fecha sólo Extremadura los admite expresamente en derecho positivo.

En cualquier caso, los catálogos de caminos vuelven a generar conflictividad jurídica porque en ocasiones se conciben directamente como una relación de catálogos públicos; sin embargo, en otras, los catálogos son de caminos en general, incluyendo los públicos y los privados, de manera que —una vez inventariados— los caminos catalogados incorporan una *vis* pública atractiva —más propia de la presunción— de la que no se pueden desprender y que afectará a cualquier proceso judicial de declaración de titularidad.¹⁵ En este sentido la catalogación se erige en un medio alternativo a un procedimiento de investigación y recuperación de caminos.¹⁶

En Extremadura, la derogada Ley 12/2001 ya contempló de manera novedosa en su art. 9 esta figura con una regulación que amplía la vigente la LAE en su art. 178.

Esencialmente este precepto obliga a que las Administraciones Públicas dispongan en todo momento del Catálogo de Caminos Públicos, elaborado por la consejería competente en materia de caminos, que debe incluir todos los caminos y

¹⁵ Resulta obligada en este punto la cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, núm. 2702/2016, de 21 de diciembre (rec. 890/2015), que casa y anula la Sentencia del TSJ de la Región de Murcia y, estimando el recurso contencioso-administrativo, declara la nulidad de los arts. 3.2º, 4, 5 y 6 y del anexo I de la Ordenanza reguladora de Caminos Rurales del término municipal de Jumilla. Esta Ordenanza incorporaba bienes al margen del procedimiento y las garantías del Reglamento de Bienes para ejercer la prerrogativa de investigación, estableciendo una presunción de titularidad de los caminos eludiendo el procedimiento contradictorio. De hecho incluía nuevos caminos en el catálogo de caminos rurales de interés general «por absorción de caminos de interés particular», incidiendo en bienes de titularidad privada que acabarán inscritos en el Registro de la Propiedad como municipales. Esta Ordenanza incluía en el inventario municipal de bienes los caminos considerados como vías principales en el Plan de Caminos autonómico, que implica la asunción de una relación hecha por otra Administración para fines y con criterios desconocidos.

¹⁶ PAREJO ALFONSO, L. «La acción pública de recuperación del Camino de Santiago y algunas cuestiones jurídico-administrativas de interés suscitadas con ocasión de los conflictos por ella generados», en FERNÁNDEZ TORRES, J. R. [et al.] (Coord.). *El Camino de Santiago y otros itinerarios. Cultura, historia, patrimonio, urbanismo, turismo, ocio y medio ambiente. Liber amicorum Enrique Gómez-Reino y Carnota*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, págs. 825-841.

demás bienes inmuebles que integren el dominio público viario titularidad de cada una de ellas.

El Catálogo de Caminos Públicos identifica los caminos mediante una numeración individual y diferenciada, conteniendo al menos los datos siguientes: longitud total, puntos inicial y final, denominación y anchura estimada, en el caso de que esté definida visualmente, y un plano general de localización de los caminos en el término municipal.

El Catálogo debe ser formalmente aprobado por cada una de las Administraciones Públicas titulares de caminos, momento a partir del cual alcanzará la condición de «Catálogo Oficial de Caminos Públicos». Una vez aprobado el Catálogo, las Administraciones Públicas titulares de caminos son las responsables de mantenerlo actualizado, para lo cual están obligadas a realizar las revisiones y rectificaciones que se precisen para ello.

El principal problema de esta figura es que carece de carácter constitutivo de derechos que con anterioridad no ostentaran respecto de los bienes incluidos.¹⁷ Sin embargo, la inclusión de un camino en un catálogo genera una evidente apariencia de demanialidad, extremo que a su vez conduce a la inevitable conflictividad judicial. Entre otras cosas, porque el precepto que citamos obliga a las Administraciones Públicas, una vez aprobado el Catálogo, a proceder a la inscripción registral de aquellos caminos que sean de su titularidad, de conformidad con lo establecido en la normativa estatal y autonómica en materia de patrimonio.

En Baleares la situación no es muy distinta. Curiosamente el Consejo Insular de Mallorca, al margen de cualquier título habilitante, viene elaborando catálogos de caminos para los municipios de la isla.¹⁸

El programa de catalogación tiene como objetivo definir el trazado de los caminos, aclarar su titularidad y determinar su interés constructivo y excursionista. Con este fin, investiga la documentación archivística, bibliográfica y cartográfica; se recorren sistemáticamente los caminos y se sitúan sobre la cartografía con la ayuda

¹⁷ GONZÁLEZ FLORIANO, J. M. «Los catálogos de caminos de las entidades locales municipales en la Ley 12/2001, de 15 de noviembre, de Caminos Públicos de Extremadura. Formación: aspectos conflictivos». *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 7 (del 15 al 29 de abril de 2008), pág. 1319.

¹⁸ De hecho a día de hoy se encuentra vigente el Programa de catalogación de caminos dirigido a los Ayuntamientos de la isla de Mallorca para el período 2017-2020 (expediente 102/2016). *Butlletí Oficial de les Illes Balears* núm. 120, de 30 de septiembre de 2017.

del GPS y la fotografía aérea. Esta información se organiza de forma que pueda ser utilizada para la elaboración de los planeamientos urbanísticos y los inventarios de bienes de las entidades locales.

En los catálogos se incluyen aquellos caminos de carro o de herradura, que reúnen alguna de las características siguientes: caminos que aparecen documentados en los archivos consultados, caminos que destacan por sus características constructivas o tipológicas, caminos que forman parte de rutas excursionistas clásicas y que aparecen como tales en la bibliografía especializada, y caminos de acceso al mar. El catálogo se estructura en cinco capítulos: una introducción; las fuentes consultadas; las fichas de cada camino inventariado con indicación del número y nombre del camino, localización, documentación localizada, señalización, limitaciones de paso, observaciones, recomendaciones y tramos; las conclusiones, y un anexo cartográfico.

Al igual que sucede en Extremadura, los catálogos municipales de caminos elaborados por el Consejo Insular de Mallorca generan una gran conflictividad. Los catálogos recogen caminos, sin distinguir si son públicos o privados; sin embargo, la inclusión de los mismos generan apariencia de titularidad pública, motivo por el cual no es improbable que un Ayuntamiento pase a incluirlos en el inventario de bienes o bien obligue a propietarios a abrir verjas, actos que son impugnados ante la jurisdicción contenciosa.¹⁹

La Ley 13/2018 recoge en el Capítulo II del Título II la catalogación y registro de caminos públicos (arts. 11 a 19), con importantes novedades. Para empezar, los catálogos se refieren exclusivamente a los caminos públicos, de suerte que de esta manera ya se rebaja la inseguridad y la conflictividad a que nos hemos referido.

¹⁹ En efecto, y al igual que el catastro, la inclusión de un camino en un catálogo de caminos constituye una prueba indiciaria de su demanialidad, cuando el catálogo —al igual que el mismo inventario de bienes— participa de la naturaleza jurídica de un mero registro que no otorga efectos constitutivos en materia de titularidad. Y, sin embargo, esta inclusión puede afectar a la declaración de titularidad en un proceso civil. Aparte de la STS citada de 21 de diciembre de 2016, *vid.* la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 100/2009, de 31 de marzo (rec. 12/2009), que concluye que —para incluir los bienes en el catálogo y posteriormente inventariarlo— se necesita una cierta acreditación de la demanialidad pública y de la determinación concreta del bien, más en los supuestos en los que algún particular discute tal carácter. El catálogo de Caminos Públicos así como el Inventario Municipal, a juicio del Tribunal, es sólo un registro de carácter administrativo que por sí solo, ni crea, ni constituye derecho alguno a favor de las Corporaciones.

Ley de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca

Existen catálogos municipales y un catálogo insular de caminos públicos en los Consejos Insulares de Mallorca y Menorca, aparte de sendos registros insulares. Cada municipio y los dos Consejos Insulares tienen el deber de aprobar sus respectivos catálogos en el plazo de cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley (arts. 12.5 y 14), siendo así que el Consejo Insular puede subrogarse en las competencias de los ayuntamientos para redactar y aprobar los catálogos en caso de que estos últimos no lo hayan hecho en plazo (art. 12.5).

El catálogo municipal de caminos recoge los trabajos de investigación sobre la situación de los caminos del término municipal respecto a la titularidad pública, el interés patrimonial o senderista, así como las servidumbres públicas de paso de titularidad municipal (art. 11). Respecto a la titularidad pública, el catálogo municipal de caminos tiene la función de aportar las pruebas que sirvan para fundamentar el carácter público de un camino como bien de dominio público o bien patrimonial de la administración municipal.

El catálogo municipal de caminos debe redactarse por un equipo multidisciplinario con conocimiento del territorio, del patrimonio etnológico, del medio ambiente, de investigación archivística y con competencias jurídicas. Debe incorporar una ficha para cada camino en la que, como mínimo, se hará constar la información que prevé el anexo I de la Ley. Igualmente, la ficha contendrá las reseñas bibliográficas, documentales y cartográficas donde conste el camino (art. 12). Las conclusiones del catálogo deben incluir los siguientes apartados:

- a) Relación de caminos o servidumbres de paso de titularidad pública o susceptibles de iniciar un expediente de investigación de acuerdo con la legislación de régimen local.
- b) Caminos con interés patrimonial con las recomendaciones pertinentes para preservarlos, tanto a nivel constructivo como legal.
- c) Caminos que tengan interés como rutas excursionistas.

De forma muy similar a la aprobación de ordenanzas municipales, el art. 13 regula el procedimiento de elaboración de los catálogos conforme a los siguientes trámites:

- a) Informe del consejo insular. Una vez completado el catálogo, se remitirá al consejo insular, que tendrá tres meses para emitir un informe vinculante sobre el cumplimiento de los requisitos del art. 12 de la Ley. Si el informe fuera negativo, el ayuntamiento enmendará las deficiencias y someterá la propuesta a un nuevo informe. Si, por el contrario, el informe fuera favorable, deberá incluir un análisis sobre las conclusiones del catálogo y elaborará las recomendaciones que considere oportunas.

- b) Aprobación inicial. Cuando el consejo insular haya emitido el informe que menciona el punto anterior, el ayuntamiento aprobará inicialmente el catálogo y lo someterá a exposición pública por el plazo de un mes desde su publicación en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears*. Igualmente, notificará la aprobación inicial al consejo insular y a los municipios colindantes, para que, en el mismo plazo, puedan alegar lo que crean conveniente.
- c) Aprobación definitiva. Una vez resueltas las alegaciones, el pleno del ayuntamiento aprobará definitivamente el catálogo en un plazo máximo de seis meses a partir de la finalización de la exposición pública.

En el pleno en que se acuerde la aprobación definitiva del catálogo, también se acordará, en su caso, la inscripción de los caminos catalogados de titularidad municipal en el Inventario de bienes municipales. Igualmente, en el plazo máximo de dos meses desde su aprobación definitiva, el ayuntamiento remitirá al consejo insular el acuerdo adoptado para incorporar los caminos catalogados de titularidad municipal en el Registro insular de caminos públicos.

Los caminos catalogados de titularidad municipal se cartografiarán en el planeamiento urbanístico municipal siempre que se revise o se realice una nueva formulación, haciendo constar su naturaleza pública, siempre, sin perjuicio de cartografiar todos los caminos del término municipal de acuerdo con lo que prevé la legislación urbanística.

Por último, se informará a la Dirección General del Catastro para que, de acuerdo con el procedimiento establecido, incorpore a la planimetría catastral los caminos catalogados de titularidad municipal.

Regulado en el art. 15, el Registro insular de caminos públicos se concibe como un registro informativo de los caminos públicos de la isla y puede ser contradicho ante los Tribunales de Justicia. El consejo insular hará constar en el Registro insular de caminos públicos los caminos y las servidumbres de paso que son de titularidad de cualquier Administración pública.

Los caminos por los que el Catálogo municipal de caminos concluye que se abrirá un expediente de investigación pueden inscribirse en el Registro insular de caminos, si bien se hará constar expresamente que la titularidad está pendiente del expediente de investigación.

La ficha de registro de cada camino contendrá la información que se propone en el anexo I de la Ley.

Por último, la Ley contempla el régimen de actualización de los catálogos y del Registro insular de caminos públicos (art. 16), que estará disponible para la consulta pública, se mantendrá actualizado y será accesible telemáticamente (art. 17).

3. Ordenación territorial de los caminos

Con carácter general las Comunidades Autónomas cuentan, entre los instrumentos de ordenación territorial, con programas específicos de gestión o actuación de ámbito supra municipal.²⁰ Algunas de ellas se refieren a las infraestructuras con carácter general²¹ y otras mencionan expresamente las infraestructuras viarias entre su objeto, como es el caso de Castilla-La Mancha.²²

A. Antecedentes: el Camí de Cavalls

La relación de los caminos con la ordenación territorial que opera la Ley 13/2018 no es nueva en Baleares, que desde el año 2000 cuenta en su acervo normativo con el Camí de Cavalls de Menorca.

En efecto, el Camí de Cavalls se configura como un itinerario que circunda la isla de Menorca por la costa. Este camino en el siglo XVIII cumplía una finalidad básicamente defensiva, permitiendo a la autoridad militar o gubernativa vigilar desde la costa y comunicar las atalayas, baterías y demás fortificaciones.

Al objeto de garantizar el trazado completo y desplegar las prerrogativas administrativas de defensa, recuperación y protección, el Parlamento balear —no

²⁰ Arts. 32 y ss. del Decreto Legislativo 2/2015, de 17 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio de Aragón; art. 62 ter del Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias; art. 28 de la Ley 13/2015, de 30 de marzo, de ordenación territorial y urbanística de la Región de Murcia.

²¹ Art. 20.1.c de la Ley 10/1998, de 5 de diciembre, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; art. 22.1 de la Ley 10/1995, de 23 de noviembre, de Ordenación del Territorio de Galicia; art. 33.1.a de la Ley 9/1995, de 28 de marzo, por la que se regulan las medidas de política territorial, suelo y urbanismo de la Comunidad de Madrid; art. 38.1 del Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo; art. 34 de la Ley 5/2006, de 2 de mayo, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja.

²² Art. 19.2.a del Decreto Legislativo 1/2010, de 18/05/2010, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística.

sin una fuerte polémica— aprobó la Ley 13/2000, de 21 de diciembre, del Camí de Cavalls de Menorca, que somete este camino a una servidumbre pública de tránsito y en consecuencia garantiza el uso público, común y general a lo largo del mismo.²³

La Ley 13/2000 establece, entre otras medidas, las potestades administrativas en relación con el camino (art. 4), su delimitación (art. 5), el régimen de usos (art. 8) y deber de conservación y colaboración de los particulares (art. 9), así como el régimen sancionador (arts. 10 a 16).

La vinculación del Camí de Cavalls con la ordenación del territorio es doble: por un lado, la disposición adicional de la Ley 13/2000 obliga a que el uso que se dé a los tramos que atraviesen los terrenos ocupados por un parque natural o espacios naturales de especial interés se encuentren determinados por el plan de ordenación de los recursos naturales o los planes especiales de protección, a los que exige que aseguren en cualquier caso el mantenimiento de la integridad superficial de los tramos, la idoneidad de los itinerarios de los trazados y de su utilización.

Por otro lado, en materia de ordenación del territorio, la disposición final primera de esta Ley habilita al Consejo Insular de Menorca —competente ex art. 70.13 del Estatuto de Autonomía en materia de ordenación del territorio— a aprobar los instrumentos de planeamiento que sean necesarios para el desarrollo de la Ley. Y con base en esta habilitación el Consejo Insular aprobó el 19 de mayo de 2003 el Plan Especial del Camí de Cavalls.

A lo largo de treinta y tres artículos el Plan establece las medidas necesarias para (1) determinar y consolidar las características físicas del Camí, su ámbito, así como los instrumentos de gestión y ejecución necesarios; (2) establecer los mecanismos para garantizar el uso público, común y general del Camí, y establecer las normas y sistemas que lo ordenan y lo regulan; (3) asegurar un uso racional y la conservación adecuada, mediante la adopción de medidas de mantenimiento, control y protección necesarias; (4) garantizar la defensa y la integridad del Camí mediante el ejercicio de todas las facultades administrativas que sean necesarias, e (5) impulsar políticas de sostenibilidad ambiental, de educación ambiental y divulgación.

²³ Sobre el Camí de Cavalls de Menorca, *vid.* BAUZÁ MARTORELL, F. J. «Sistema de fuentes del Derecho en los caminos vecinales», en MESTRE DELGADO, J. F. *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre* (2ª ed.). Madrid: La Ley, 2010, págs. 1662-1666.

El Plan despliega su ámbito espacial sobre el camino delimitado,²⁴ una zona de influencia comprendida por los terrenos colindantes al camino con una anchura de siete metros a ambos lados, así como todos aquellos elementos y áreas que, estén o no dentro del ámbito de la zona de influencia, guardan vinculación directa con el camino, como los elementos de patrimonio histórico definidos y grafiados, así como las áreas de aparcamiento ligadas al camino, también delimitadas.

En materia de ordenación del territorio el Plan integra el Plan de Actuaciones, que es el documento que define el marco general de actuaciones e intervenciones en el camino, zonas de influencia, elementos y áreas situadas dentro del ámbito del Plan, y establece un calendario guía de las actuaciones para su desarrollo y gestión.

Los instrumentos para desarrollar y gestionar el plan especial y para llevar a cabo las diferentes actuaciones previstas en el Plan de Actuaciones son dos:

- a) El proyecto ejecutivo de actuaciones del Camí de Cavalls, que consiste en los instrumentos ejecutivos y de desarrollo de las propuestas de actuación e intervención, promovidos por el Consejo Insular de Menorca, con participación de los municipios y con audiencia de los sectores implicados.
- b) El programa de gestión del Camí de Cavalls, formado por los documentos que establecen los mecanismos de gestión que son necesarios, de acuerdo con el estudio económico-financiero, para el desarrollo de determinaciones del plan especial y del plan de actuaciones.

Sea como fuere, a lo largo de las áreas de gestión que comprende —la zona militar de San Isidro, la zona de Es Grau, el dominio público marítimo-terrestre, la zona sometida a la legislación de carreteras y las zonas urbanas— el Plan Especial del Camí de Cavalls se inserta en la ordenación territorial de la isla de Menorca, con una directa afectación al planeamiento urbanístico y en coordinación con instrumentos sectoriales en materia medioambiental, carreteras y costas.

B. Instrumentos de ordenación del territorio en materia de caminos

Con base en estos antecedentes la Ley 13/2018 articula la ordenación del territorio en materia de caminos en torno a un plan director sectorial de caminos de ámbito insular y a planes especiales de caminos de ámbito insular o municipal.

En cuanto al primero, el art. 22 instaura el Plan Director Sectorial de Caminos conforme a las determinaciones de la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de

²⁴ La delimitación se llevó a cabo por acuerdo del Consejo Insular de Menorca de fecha 20 de mayo de 2002.

Ordenación Territorial, con la finalidad de ordenar la integridad del sistema y la estructura de la red insular de caminos públicos. Su ámbito territorial, como no puede ser de otra manera, es insular y la competencia para su elaboración, tramitación y aprobación corresponde al Consejo Insular, de conformidad con el capítulo III del Título II de la Ley 14/2000.

Sin perjuicio del contenido que enumera el art. 12 de la Ley 14/2000 para todos los planes directores sectoriales,²⁵ el art. 23 de la Ley señala el contenido mínimo del Plan Director Sectorial de Caminos, a saber:

- a) Normativa de aplicación y ordenanzas de uso.
- b) Planos informativos.
- c) Planos de ordenación.
- d) Programa de actuaciones.

El Plan Director tiene por objeto definir una red sistemática de ámbito supramunicipal, que sirva para conectar poblaciones, puntos de interés natural, cultural o etnológico, así como los accesos a la costa en ejecución de la legislación sectorial correspondiente.

Asimismo el Plan Director Sectorial está llamado a concebir la red de caminos como un sistema estructural complementario de la red de carreteras. Igualmente su vocación es la de implantar una estructura de comunicación viaria para medios no

²⁵ a) Definición de los objetivos que se persiguen con el plan. b) Análisis de los aspectos sectoriales a los cuales se refiere el plan y formulación de un diagnóstico de eficacia en relación con el sistema general de asentamientos humanos, con la actividad económica y con el medio ambiente y los recursos naturales. c) Articulación con los planes territoriales insulares y con el planeamiento municipal existente, con determinación expresa de las vinculaciones que se creen. d) Justificación y definición del esquema general de las infraestructuras, las obras, las instalaciones y los servicios que se prevean, teniendo en cuenta la incidencia ambiental. e) Fijación de las características técnicas generales que deben aplicarse, debidamente clasificadas, en su caso, al llegar a la fase de proyecto de obra. f) Relación y localización de las obras y actuaciones integradas en el plan. g) Estudio económico-financiero que valore las obras y las actuaciones y establezca los recursos directos e indirectos con los que se pretenden financiar. h) Fijación de los sistemas de ejecución, de las prioridades y de la programación de las actuaciones. i) Medidas de apoyo encaminadas a promover las actuaciones que favorezcan la consecución de los objetivos señalados. j) Medidas encaminadas a minimizar el impacto de las infraestructuras sobre el medio y a conseguir un uso sostenible de los recursos naturales.

motorizados, para garantizar en condiciones de seguridad los desplazamientos a pie, en bicicleta, a caballo u otros medios de transporte sin motor.

Por otra parte el Plan pretende establecer los principios generales y las líneas maestras para crear rutas senderistas, con la finalidad de mantener la coherencia territorial.

Adicionalmente, tanto el Consejo Insular como los municipios, en función de su ámbito territorial, pueden redactar planes especiales de caminos, que se configuran como instrumentos de desarrollo del Plan Director Sectorial de Caminos. Estos planes tienen por objeto garantizar el mantenimiento y la conservación de la red viaria pública de los caminos que se encuentren bajo sus respectivas competencias.

Los planes especiales de caminos deben tener el siguiente contenido mínimo:

- a) Normativa de aplicación y ordenanzas de uso.
- b) Planos informativos, donde se haga constar como mínimo el estado de conservación de los caminos.
- c) Planos de ordenación, que deben recoger como mínimo la relación de caminos públicos existente y la relación de nuevos caminos o tramos previstos.
- d) Programa de actuaciones, que debe incluir como mínimo: programas de mejoras y mantenimiento de los existentes, inversión necesaria, financiación prevista y calendario de actuaciones.
- e) Estudio económico y financiero.

Los planes especiales de caminos de ámbito supramunicipal tienen naturaleza de instrumentos de ordenación territorial de conformidad con el capítulo III bis de la Ley 14/2000, y prevalecen sobre el planeamiento urbanístico municipal. Estos planes pueden elaborarse para el ámbito completo de la isla de Mallorca, para ámbitos territoriales parciales, o para ámbitos funcionales o temáticos, y su redacción y aprobación corresponde al Consejo Insular de Mallorca en desarrollo del Plan Director Sectorial de Caminos.

Por el contrario los planes especiales de caminos de ámbito municipal tienen carácter de instrumento urbanístico y su aprobación corresponde al ayuntamiento, debiéndose regir por la legislación del suelo autonómica. Al igual que los de ámbito supramunicipal, estos planes especiales deben ajustarse a las previsiones del Plan Director Sectorial de Caminos y no pueden contradecir las determinaciones de los planes especiales de caminos de ámbito supramunicipal.

Los programas de actuación de los planes especiales de caminos deben alcanzar dos fases consecutivas de cinco años. Para modificar las previsiones de

cada fase, deberá modificarse el Plan especial siguiendo los trámites que prevé la legislación urbanística.

En materia financiera anualmente se deberán llevar a cabo las previsiones presupuestarias ajustadas a los planes quinquenales con especificación de los proyectos y obras que se pretenden realizar y establecer un orden de prioridades. Estos proyectos y obras previstos deben ser ejecutados por las Administraciones titulares de los caminos directamente o mediante convenios específicos de colaboración entre ellas y el resto de Administraciones interesadas.

La coordinación entre instrumentos de ordenación del territorio es obligada, de manera que los planes especiales de caminos municipales se deben adaptar a los contenidos del Plan Director Sectorial de Caminos y de los planes especiales de caminos de ámbito supramunicipal. Igualmente deben someterse de manera preceptiva a informe del Consejo Insular correspondiente. Este informe tiene carácter vinculante en todo lo que afecta a las competencias insulares de ordenación del territorio. El plazo máximo para emitir este informe es de treinta días hábiles, considerándose favorable si no se emite y comunica en ese plazo.

Por último, los planes especiales de caminos deben revisarse cada diez años o, en cualquier caso, cuando sobrevengan circunstancias que así lo aconsejen y de manera especial, para determinar las obras necesarias para mantener los caminos en buen estado o por cualquier causa que altere su estado.

El efecto más inmediato, conforme al art. 27, de la aprobación de los planes directores sectoriales y de los planes especiales de caminos consiste en su implícita declaración de utilidad pública de los terrenos necesarios para ejecutarlos, así como de las obras, de las instalaciones y de los servicios que se hayan previsto de manera concreta.

Por último, este capítulo contempla una figura singular, de régimen asociativo, que consiste en las asociaciones de usuarios de caminos al objeto —siempre según la Ley— «de colaborar en el mantenimiento de los caminos» y siempre que no implique una limitación de su uso público. A nadie escapa que el legislador ha creado unos agentes sociales en materia de caminos, llamados a ser interlocutores de la Administración y muy probablemente los denunciante que harán uso de la acción pública y del premio previsto en el art. 6.

4. Usos de los caminos

Como no puede ser de otra manera en coherencia con el régimen de los bienes demaniales, la Ley 13/2018 atribuye expresamente en su art. 30 un uso general,

libre y gratuito al tránsito no motorizado (a pie, en bicicleta o a caballo) por los caminos públicos y servidumbres públicas de paso.

En coherencia con el uso general, de manera expresa se indica que el uso de los caminos no puede sujetarse a ninguna tasa, sin perjuicio de las tasas y precios públicos que puedan imponerse para realizar pruebas deportivas u otras actividades no permanentes.

Asimismo el art. 31 atribuye a las Administraciones titulares la facultad para dictar las normas y las ordenanzas que, en aplicación y desarrollo de la Ley, permiten ordenar y regular el uso adecuado de los caminos bajo su competencia.

Por otra parte no puede olvidarse que el uso general se encuentra sometido a limitaciones, y en este sentido el art. 32 habilita a la Administración titular de la vía a establecer limitaciones especiales al uso por tipo de usuarios, vehículos o monturas, cuando así lo exijan las condiciones del camino, la seguridad o las circunstancias de tránsito, el ejercicio de las actividades agrarias o forestales, la prevención de incendios o la protección ambiental y sanitaria del entorno. Así mismo, serán aplicables aquellas limitaciones al uso que pueda prever la normativa sectorial. Se indica que la posible restricción de la circulación a pie será excepcional y exigirá una especial motivación por razones imperiosas de interés general. Igualmente se garantizará siempre el tráfico de vehículos y maquinaria afecta a las explotaciones agrarias o forestales así como de sus propietarios; cualquier restricción a este tráfico será excepcional y deberá justificarse por razones imperiosas de interés general. La Administración titular del camino puede establecer limitaciones de velocidad para los caballos y las bicicletas, y también de cantidad de usuarios en caso de grupos.

La Ley dedica su art. 33 a las prohibiciones e impedimentos de paso, señalando al efecto que, en caso de cerramiento no autorizado, la Administración titular abrirá el camino al tránsito de acuerdo con lo que establece la normativa de régimen local y esta Ley.

A mayor abundamiento, la Administración titular se encuentra facultada para prohibir, por razones de seguridad y de conservación del patrimonio histórico, las intervenciones en la estructura del camino, así como el tráfico de vehículos. Cuando se tenga que prohibir el tránsito a pie o de vehículos, la Administración deberá habilitar un acceso alternativo para acceder a las fincas por parte de los propietarios u otros titulares de derechos, así como el acceso con maquinaria agrícola para la realización de las actividades agrícolas, ganaderas, forestales y cinegéticas.

La Administración titular del camino, en caso de urgencia, puede retirar cualquier obstáculo que impida el uso normal del camino, sin necesidad de notificación previa.

Si no se impide ni dificulta el paso, se requerirá previamente al causante del impedimento para que retire el obstáculo y, si no lo hace, la Administración queda habilitada para retirarlo. En ambos casos, los gastos de la actuación administrativa repercutirán en el causante del impedimento.

En materia de señalización el art. 35 declara que al objeto de evitar la contaminación visual, homogeneizar la estética, normalizar los formatos e implantar un manual de estilo de señalización de caminos y rutas senderistas, el Consejo Insular correspondiente deberá elaborar una normativa de señalización única que incorporará estándares estéticos, materiales admitidos, dimensiones y otras características, que obligatoriamente deberán cumplir los diferentes tipos de señales que se implanten. Igualmente, el manual incorporará normas de estilo con los criterios de implantación, de ubicación física y de uso. Esta estrategia de señalización se concebirá desde una concepción de red e incluirá, en cada caso, información básica con el nombre del camino, direcciones y longitudes y paneles con planos de situación y estructura de las rutas. Este manual será aprobado por el pleno del Consejo Insular correspondiente previo informe preceptivo y vinculante del Gobierno de las Illes Balears y previa consulta y audiencia a los ayuntamientos.

En aplicación de los criterios que fije el manual de señalización, corresponde exclusivamente a la Administración titular, implantar la señalización para que funcione correctamente el tránsito o para que la información a las personas usuarias sea la adecuada. El establecimiento y la conservación de las señales de interés de otras entidades o personas, públicas o privadas, corresponde a las personas interesadas, con la autorización previa de la Administración titular del camino. En ningún caso se permitirá el uso de publicidad en suelo rústico.

La Ley dedica especial atención a la conservación del firme de los caminos, señalando en su art. 36 que por razones medioambientales, paisajísticas, excursionistas y de ocio, los caminos o tramos de caminos no asfaltados o pavimentados en el momento de la entrada en vigor de esta Ley, no pueden ser recubiertos con asfalto, cemento, hormigón, ni ninguna otra técnica similar que implique el sellado y la impermeabilización del firme; y que sólo en el supuesto de que se considere que hay razones imperiosas de interés general que justifiquen la pavimentación de un camino o un tramo de camino no asfaltado o pavimentado, se tramitará la declaración de interés general correspondiente prevista en la legislación urbanística.

Los cerramientos laterales son también objeto de atención para la Ley, de manera que su art. 37 obliga a que armonicen con la tipología tradicional de la zona

y, en todo caso, no se permite que la situación, la masa, la altura, los muros y los cerramientos o la instalación de otros elementos, limiten el campo visual para contemplar las bellezas naturales, romper la armonía del paisaje o desfigurar su perspectiva. Por ello, quedan prohibidos expresamente los nuevos cerramientos de cualquier tipo (obra, vegetal u otros) que limiten el campo visual del paisaje por encima de 120 centímetros de altura, sin perjuicio de poder instalar por encima de esta cota cerramientos de reja o malla, de como máximo un metro de altura, y que no limiten el campo visual.

Por motivos de la actividad agraria y de manera razonada y justificada, podrán autorizarse otro tipo de cerramientos adecuados en la explotación agraria que se lleve a cabo en la zona, así como aperturas laterales para garantizar la continuidad de las actividades agrarias.

En materia de márgenes y paredes de cerramiento, el art. 38 considera que si la plataforma del camino está constituida por bancales, la Administración titular del camino está obligada a asumir el coste de su reparación y a conservar la integridad del margen que soporta el camino.

En caso de que existan márgenes y el camino esté situado en la parte inferior, la reparación y conservación del margen corresponde íntegramente al propietario de los terrenos para quién el margen hace de muro de contención, e igualmente, también, los derrumbes de las paredes secas que cierran las fincas con el camino, que son propiedad de la finca. En estos supuestos, en caso de desmoronamientos y derrumbes, para garantizar la seguridad del camino y de los usuarios, la Administración titular requerirá a la persona propietaria para que repare el muro y, si no lo hace en el plazo máximo de tres meses, la Administración titular puede realizar la obra. Este plazo puede reducirse por razones de urgencia. El importe de la reparación se repercutirá en la persona propietaria del margen, salvo que se llegue a un acuerdo entre las partes afectadas.

Hemos advertido cómo el art. 5 contempla una zona de protección de tres metros a lo largo de la arista exterior del camino. Pues bien, el art. 39 permite en la zona de protección el uso y la gestión agrícola y forestal, incluidas las tareas de prevención de incendios forestales y las de restauración ecológica y reforestación, todo ello de conformidad con lo que prevén las legislaciones agraria y de montes. En cualquier caso, la propiedad de los terrenos es responsable de los daños que causen los árboles que caigan en el camino o la servidumbre, de acuerdo con las previsiones reguladas en los arts. 390, 391 y concordantes del Código Civil.

Por último, el art. 40 se refiere a las instalaciones aéreas y subterráneas de los caminos, de manera que sólo se admiten obras de canalización y de instalación de infraestructuras subterráneas en los caminos en los casos en que quede acreditado que no afectan a la seguridad ni a la estructura de los caminos. En la ejecución de estas obras, se evitará afectar, tanto como sea posible, las raíces de los árboles colindantes con el camino.

Las instalaciones subterráneas no están permitidas en caminos con interés patrimonial, excepto que lo autorice expresamente el Consejo Insular con un informe previo del departamento competente en materia de patrimonio y se restituya la estructura del camino al estado anterior.

Las instalaciones aéreas a lo largo de los caminos sólo se autorizan cuando no sea posible soterrarlas o no haya ninguna otra alternativa posible.

IV. Rutas senderistas

Más original que el régimen de los caminos públicos es la regulación de las rutas senderistas, figura que crea la Ley 13/2018 en su Título III, enumerando en su art. 41 las actuaciones públicas en esta materia:

- a) Ordenar la práctica del excursionismo, mediante la protección y la conservación de los recursos naturales, culturales y etnológicos.
- b) Recuperar, conservar y fomentar el patrimonio viario tradicional y su entorno.
- c) Velar por el uso público y respetuoso de las rutas senderistas.
- d) Facilitar el disfrute del medio natural a personas de cualquier condición o circunstancia personal o social, como medio para que adquieran conciencia de la necesidad de conservarlo.
- e) Fomentar la integración de las rutas senderistas en las redes senderistas nacionales e internacionales.
- f) Homogeneizar la señalización de todas las vías y caminos aptos para practicar senderismo, evitando la dispersión en las tipologías de señales empleadas.
- g) El desarrollo rural que promueva todo tipo de actividades legalmente compatibles con los usos de los caminos públicos y que generen rentas y beneficios económicos a favor de los propietarios colindantes.

Ley de caminos públicos y rutas senderistas de Mallorca y Menorca

La Ley distribuye competencias entre los Consejos Insulares (art. 43),²⁶ los ayuntamientos (art. 44)²⁷ y la Federación Balear de Montañismo y Escalada (art. 45).²⁸

La iniciativa para diseñar, ejecutar y mantener una de las rutas senderistas corresponde al que la promueve, que puede ser el ayuntamiento para las rutas senderistas de ámbito local y el consejo insular para las de ámbito o de interés supramunicipal. Las personas particulares podrán colaborar en la creación de rutas senderistas mediante los convenios a que hace referencia el siguiente apartado.

La ruta senderista puede estar constituida tanto por itinerarios públicos como privados, si bien en este último caso se contará con la autorización de las personas propietarias de los terrenos y, si procede, de las personas titulares de la explotación

²⁶ a) Crear rutas senderistas en el ámbito de su territorio mediante la homologación, de oficio o a propuesta de los ayuntamientos, de rutas excursionistas que cumplan con las características previstas en el art. 42 de la Ley. Igualmente tiene competencias para modificar o cancelar la citada homologación. b) Adoptar medidas jurídicas y actuaciones que garanticen la libre circulación de las personas por las rutas homologadas. c) Vigilar, conservar, señalar y realizar el mantenimiento de las rutas senderistas de ámbito o de interés supramunicipal cuyos promotores sean los consejos insulares. d) Crear y gestionar el Registro de rutas senderistas. e) Promover y aprobar planes especiales de ordenación de rutas senderistas o, si procede, proyectos de rutas senderistas, de ámbito o de interés insular, y determinar sus condiciones de uso, sus posibles restricciones o limitaciones y los medios financieros para mantenerlas, conservarlas o restaurarlas. f) Todas las demás funciones que sirvan para desplegar los objetivos de la Ley.

²⁷ a) Emitir un informe para el consejo insular en los procedimientos de homologación, modificación o cancelación de una ruta senderista de ámbito o de interés supramunicipal que pase por su término municipal. b) Promover y aprobar, en los términos previstos en la legislación urbanística y de régimen local, los planes especiales de ordenación de rutas senderistas o, si procede, los proyectos de rutas senderistas, de ámbito o de interés local, para determinar sus condiciones de uso, sus posibles restricciones o limitaciones y los medios financieros para mantenerlas, conservarlas o restaurarlas. c) Promover ante el consejo insular la homologación, la modificación o la cancelación de las rutas senderistas que discurren íntegramente por su término municipal. d) Vigilar, conservar, señalar y mantener las rutas senderistas de las que son promotores.

²⁸ a) A petición de la entidad promotora: homologar las rutas senderistas de acuerdo con las marcas de gran recorrido (GR), pequeño recorrido (PR) y sendero local (SL), que están registradas por la Federación Española de Deportes de Montañismo y Escalada en el Registro Oficial de Patentes y Marcas. b) Incluir las rutas homologadas en las redes senderistas internacionales que dependen de las entidades federadas de las que forma parte.

agraria, para transitar y poder desarrollar todas las tareas que esta Ley encomienda a la Administración promotora. En caso de que se firmen convenios con personas particulares para facilitar el paso, el convenio tendrá una duración mínima de diez años y las personas firmantes tendrán preferencia cuando la Administración otorgue cualquier tipo de ayuda o subvención a la que puedan optar las fincas por donde pasa la ruta. Reglamentariamente, se podrán establecer otros tipos de ayudas y ventajas para las propiedades citadas o titulares de la explotación agraria.

Las rutas senderistas no son ajenas a la ordenación del territorio, de manera que el art. 47 faculta a los consejos insulares y los ayuntamientos para elaborar, en sus ámbitos respectivos, los planes especiales de ordenación de rutas senderistas. Los planes especiales de ordenación de rutas senderistas de ámbito supramunicipal se configuran como los planes especiales de ordenación territorial de carácter autónomo previstos en la legislación de ordenación territorial, pero, en todo caso, justificarán que son coherentes con lo establecido en esta Ley.

De manera semejante a los efectos de los planes de caminos públicos, la aprobación de los planes especiales o proyectos de rutas senderistas, cuando obtienen la homologación provisional, lleva implícita la declaración de utilidad pública de los terrenos necesarios para ejecutarlos, así como de las obras, de las instalaciones y de los servicios que se han previsto de manera concreta.

Preferentemente —y no de manera exclusiva— la disponibilidad de los terrenos necesarios para llevar a cabo los planes especiales o proyectos de rutas senderistas derivará de la alienación o cesión voluntaria de los titulares, mediante convenios de colaboración, implantación de servidumbres de paso, contratos de compraventa u otros mecanismos válidos en Derecho.

La ruta senderista se encuentra sometida a un procedimiento de homologación por parte del consejo insular (art. 51). Si el procedimiento de homologación de la ruta senderista se inicia de oficio por el consejo insular, este remitirá el plan especial de ordenación de rutas senderistas o el proyecto de ruta senderista ya aprobado para que los ayuntamientos afectados por el trazado lo informen. Este informe lo emitirán los ayuntamientos en el plazo máximo de dos meses, y se pronunciarán en relación con la conveniencia, los requisitos y las condiciones de la ruta propuesta.

En cambio, si el procedimiento se inicia a instancia de un ayuntamiento, este presentará ante el consejo insular el plan especial de ordenación de rutas senderistas correspondiente o el proyecto de ruta senderista ya aprobado. El consejo insular únicamente puede denegar las rutas propuestas por los ayuntamientos si no se cumplen los requisitos establecidos en esta Ley y en su

anexo II, por razones de seguridad debidamente justificadas o por no encajar en la ordenación territorial de la isla.

Previamente, la solicitud de ruta senderista se someterá a exposición pública por un plazo de 30 días para que se puedan presentar las alegaciones que se consideren pertinentes. La entidad promotora contestará las alegaciones y las remitirá al consejo insular para que realice una homologación provisional.

El consejo insular debe resolver la homologación provisional en un plazo máximo de cuatro meses. Si transcurrido este plazo no se ha dictado ni notificado ninguna resolución expresa, se entenderá otorgada.

Obtenida la homologación provisional la entidad promotora tiene un plazo de dos años para señalar y ejecutar la ruta de acuerdo con el proyecto aprobado. En este plazo, si procede, también se obtendrá la homologación de la Federación Balear de Montañismo y Escalada para usar la clasificación de la ruta senderista de acuerdo con las marcas GR (gran recorrido), PR (pequeño recorrido), y SL (sendero local). El consejo insular puede prorrogar este plazo cuando lo solicite justificadamente la entidad promotora.

Cuando el consejo insular verifique que se ha ejecutado el proyecto correctamente, otorgará la homologación definitiva. Se entiende otorgada si transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación de que ha finalizado la señalización no se ha dictado ninguna resolución expresa en sentido contrario.

El acuerdo de homologación definitiva se publicará en el *Butlletí Oficial de les Illes Balears* y supone la inscripción de la ruta en el Registro de rutas senderistas.

La homologación puede ser objeto de cancelación, de acuerdo con el art. 52, por parte del consejo insular en los siguientes casos:

- a) Por razones de seguridad para las personas o los recursos naturales y no es posible establecer una variante.
- b) Cuando lo solicita la entidad promotora porque no cuenta con la autorización de las personas particulares titulares de una parte o de la totalidad de la ruta, y no es posible elaborar un trazado alternativo.
- c) Por incumplimiento de la normativa vigente o de los condicionantes impuestos en la inscripción.
- d) Cuando la falta de mantenimiento de la ruta la haga inviable para el uso ordinario.
- e) Cuando lo solicite motivadamente la entidad promotora.

Por último la Ley —al igual que hace con los caminos públicos— regula el régimen de conservación y policía de las rutas senderistas (art. 55) y su señalización (art. 56) en términos análogos a aquéllos.

V. Infracciones y sanciones

El Título IV de la Ley 13/2018 se dedica a la potestad sancionadora, tipificando un cuadro de conductas infractoras clasificadas en leves, graves y muy graves, que llevan aparejadas sanciones que pueden alcanzar los 20.000 euros. Las primeras prescriben al año, mientras que las infracciones graves y muy graves se encuentran sometidas a un plazo de prescripción de ocho años.

Sin perjuicio de la aplicación de las normas generales en materia de procedimiento, esta Ley se detiene —como no puede ser de otra manera al tratarse de bienes de dominio público— en la restitución e indemnización del daño, por un lado, y en la ejecución forzosa, por otro.

Por lo que respecta a la primera cuestión y de acuerdo con el art. 66, los responsables de las infracciones están obligados a adoptar las medidas necesarias para restituir la realidad alterada al estado anterior a la producción de la infracción o adecuarla a las condiciones en que la actuación se pueda legalizar.

La orden de ejecución, que exige adoptar las medidas de restitución de la realidad alterada, se dictará con el trámite previo de audiencia de diez días a las personas responsables para que aleguen lo que consideren oportuno. Finalizado el trámite de audiencia, si se mantienen las medidas de restitución de la realidad alterada, se otorgará a los responsables un plazo para ejecutar la orden de restablecimiento, que deberá ajustarse a la naturaleza de los trabajos a realizar. El plazo máximo para elaborar y ejecutar el proyecto de restablecimiento no podrá exceder de cuatro meses aunque se podrá solicitar una prórroga por causas justificadas que no excederá de dos meses más.

Cuando el proceso de restitución requiera de un informe preceptivo y/o vinculante o de la autorización de alguna Administración pública, el cómputo del plazo máximo establecido quedará interrumpido. Con este fin no computará en este plazo el periodo comprendido entre la fecha de solicitud motivada del informe o de la autorización a la Administración correspondiente y la fecha de remisión del citado informe o autorización al solicitante. Sin embargo, el plazo no quedará interrumpido en los periodos que excedan del legalmente previsto en que el autor de la alteración

no complemente los requerimientos o las peticiones de documentación realizados por la Administración.

En materia de ejecución forzosa el art. 67 apuesta por el apremio sobre el patrimonio, la ejecución subsidiaria y las multas coercitivas. Así, establece que las multas, las indemnizaciones y las demás responsabilidades económicas derivadas de infracciones pueden exigirse por la vía administrativa de constreñimiento, sin perjuicio de que la Administración puede ejecutar subsidiariamente las medidas de restitución establecidas por cuenta de la persona infractora y a su cargo.

Del mismo modo la Administración competente puede establecer multas coercitivas —independientes y compatibles con las demás sanciones— una vez transcurridos los plazos fijados en el art. 66 si no se han adoptado las medidas que se exigen. El importe de estas multas es de 600,00 hasta 1.000,00 euros. La multa coercitiva no opera de manera automática, sino que antes de imponer la multa coercitiva, se debe otorgar un plazo de diez días para que la persona responsable justifique los motivos del incumplimiento, y a la vista de las alegaciones que presente se acordará la imposición de la multa en la cantidad que se considere adecuada.

Si se ha impuesto la multa coercitiva y se sigue con el incumplimiento de la obligación impuesta, la Administración titular puede reiterarla hasta doce veces sin audiencia previa. El plazo para el cumplimiento sucesivo de la obligación es de dos meses, en cada caso.

VI. Balance general de la Ley

Con carácter general debe admitirse que esta norma tiene un componente novedoso por cuanto sólo existe regulación en materia de caminos en Extremadura, menos intervencionista que la Ley 13/2018.

Una lectura atenta al texto normativo, especialmente a su exposición de motivos, no consigue explicar por qué razón la Ley autonómica resulta de aplicación exclusivamente a las islas de Mallorca y Menorca, dejando al margen Ibiza y Formentera. Como tampoco explica por qué la tramitación parlamentaria de la norma contemplaba Mallorca en su ámbito territorial de aplicación y en el último momento se incluyó Menorca. La materia de los caminos rurales no es exclusiva de

las dos primeras,²⁹ de manera que estas distinciones sólo pueden obedecer a cuestiones metajurídicas, difíciles de explicar al *jurista persa*.

El régimen jurídico de los bienes demaniales ya viene establecido en la normativa local —el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales— y patrimonial. En consecuencia la razón de ser de esta Ley no estriba a mi juicio en la necesidad de dotar de solución a una problemática en la que exista una laguna que colmar. Antes al contrario, considero que se trata de una norma con una clara vocación de estimular el tránsito por el suelo rústico.

De los dos bloques que regula, el de los caminos públicos resulta a mi modo de ver innecesario: los caminos o son públicos o son privados, y existe un régimen jurídico más que consolidado para determinar en la jurisdicción civil la titularidad de los mismos. Gran parte de la regulación de la Ley 13/2018 es reiterativa de la legislación básica estatal, extremo al que las asambleas legislativas autonómicas muestran afición, reproduciendo estérilmente el ordenamiento jurídico.

En todo caso la novedad en este punto consiste en convertir los caminos públicos en elementos vertebradores del territorio, y de ahí la creación de planes directores sectoriales y planes especiales en esta materia.

Las zonas de protección de tres metros a lo largo del camino a ambos lados no me parece justificada, y mucho menos el premio del cuádruple de las costas judiciales a quien denuncie el cierre de un camino supuestamente público. O incluso la creación de asociaciones de usuarios de caminos públicos. Se trata de opciones del legislador en uso de su potestad normativa, pero invasivas desde mi punto de vista y publicadoras de los caminos.

Más intervencionista me resulta la constitución de rutas senderistas sobre caminos de titularidad privada, que suponen una carga para el propietario que a mi juicio se le obliga a soportar sin compensación alguna y en clara colisión con el derecho de propiedad. Dudo que esta medida tenga encaje en la subordinación de la propiedad al interés general que contempla el art. 128 CE.

Por último, echo en falta una interrelación del régimen de los caminos con la normativa agrícola y medioambiental. Como hemos adelantado, Extremadura corrigió este error derogando su ley especial sobre caminos e integrando su

²⁹ Piénsese por ejemplo, no ya caminos actuales que discurren por suelo rústico, sino incluso caminos que forman parte de la tradición jurídica como los camins de missa o los camins d'anar a missa. Vid. NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. «La mort i la seua repercussió jurídica a les Pitiüses. Entre la tradició i la modernitat», en *XVIII Jornades de cultura popular i tradicional de les Pitiüses* (2019), págs. 193-269.

regulación en la Ley Agraria. Creo que no se pueden regular los caminos —que discurren en suelo rústico, en muchos casos protegido, entre explotaciones agrícolas— al margen de esta normativa, especialmente la ambiental, que tiene un innegable carácter transversal.

VII. Bibliografía

ABAD LICERAS, J. M.^a «El Camino de Santiago en la legislación estatal». *La Ley*, núm. 5 (1999), págs. 1850-1857.

BASSOLS COMÁ, M. «Instrumentos legales de Intervención urbanística en los Centros y Conjuntos Históricos». *Revista Española de Derecho Urbanístico*, mayo-junio 1990, págs. 13 y ss.

BAUZÁ MARTORELL, F. J. «Caminos vecinales y ordenación del territorio», en VAQUER CABALLERÍA, M.; MORENO MOLINA, A. M.; DESCALZO GONZÁLEZ, A. *Estudios de Derecho Público en Homenaje a Luciano Parejo Alfonso*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, págs. 3223-3243.

- *La presunción de culpa en el funcionamiento de los servicios públicos. Prólogo de Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2017.
- (Dir). *Derecho administrativo y derecho penal. Reconstrucción de los límites*. Barcelona: Bosch, 2016.
- «Sistema de fuentes del Derecho en los caminos vecinales», en MESTRE DELGADO, J. F. *El régimen jurídico general del patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre* (2ª ed.). Madrid: La Ley, 2010, págs. 1662-1666.

GARCÍA CRESPO, H. «Ciudad y transporte: de la policía de caminos y ferrocarriles a las nuevas Leyes sectoriales». *Práctica Urbanística*, núm. 145 (marzo-abril 2017).

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Dos estudios sobre la usucapión en derecho administrativo* (4ª ed.). Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2007.

GONZÁLEZ FLORIANO, J. M. «Los catálogos de caminos de las entidades locales municipales en la Ley 12/2001, de 15 de noviembre, de Caminos Públicos de Extremadura. Formación: aspectos conflictivos». *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 7 (del 15 al 29 de abril de 2008), pág. 1319.

NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. «La mort i la seua repercussió jurídica a les Pitiüses. Entre la tradició i la modernitat», en *XVIII Jornades de cultura popular i tradicional de les Pitiüses* (2019), págs. 193-269.

NIETO, A. *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*. Valladolid: Junta Provincial de Fomento Pecuario de Valladolid, 1959.

PAREJO ALFONSO, L. «La acción pública de recuperación del Camino de Santiago y algunas cuestiones jurídico-administrativas de interés suscitadas con ocasión de los conflictos por ella generados», en FERNÁNDEZ TORRES, J. R. [et al.] (Coord.). *El Camino de Santiago y otros itinerarios. Cultura, historia, patrimonio, urbanismo, turismo, ocio y medio ambiente. Liber amicorum Enrique Gómez-Reino y Carnota*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, págs. 825-841.

PONCE SOLÉ, J. *Régimen jurídico de los caminos y derecho de acceso al medio natural*. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

SÁNCHEZ GASCÓN, A. *Ley de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid*. Manuales de Medio Ambiente. Madrid: Exlibris ediciones, 2000.

SIBINA TOMÁS, D. «Las ordenanzas de conservación y policía de los caminos municipales de uso público». *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 2 (2003), págs. 181 y ss.

rjib 17

ESTUDIS

ALGUNES CONSIDERACIONS ENTORN DEL RÈGIM DE MAJORIES EXIGIBLES ALS ACORDS DELS ÒRGANS DELS CONSELLS INSULARS EN L'APROVACIÓ DEL PLANEJAMENT TERRITORIAL I URBANÍSTIC

Jaume Munar Fullana

Doctor en dret públic

I. Introducció de la problemàtica: els primers pronunciaments jurisprudencials sobre la qüestió en l'aprovació d'instruments d'ordenació territorial. II. Un canvi temporal del criteri de la jurisprudència anterior del TSJIB. III. La recuperació pel TSJIB de la línia jurisprudencial inicial. Alguns arguments de suport addicionals. IV. La majoria simple com a regla de l'aprovació definitiva dels instruments de planejament urbanístic pels consells insulars. V. L'atribució específica per a l'aprovació definitiva insular de modificacions de planejament amb incidència en zones verdes o espais lliures.

RESUM

En la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, els consells insulars tenen competències per a l'aprovació d'instruments d'ordenació territorial i de distintes figures de planejament urbanístic municipal. Una qüestió objecte de controvèrsia en la pràctica administrativa i judicial relacionada amb l'exercici d'aquestes competències ha estat la relativa al règim de majories aplicables en l'adopció dels acords d'aprovació d'aquells instruments, ja que normalment es duu a terme per òrgans de naturalesa col·legiada. El treball present aborda aquesta problemàtica, analitzant la regulació establerta en la normativa estatal sobre règim local, en connexió amb la legislació autonòmica balear sobre els sectors territorials i urbanístics. Analitza igualment els escassos precedents jurisprudencials existents, conclouent amb la defensa de l'aplicabilitat del règim de majoria ordinària establerta en la legislació.

Paraules clau: consells insulars, règim local, òrgans col·legiats, planejament territorial, urbanisme.

RESUMEN

En la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, los consejos insulares ostentan competencias para la aprobación de instrumentos de ordenación territorial y de distintas figuras de planeamiento urbanístico municipal. Una cuestión objeto de controversia en la práctica administrativa y judicial relacionada con el ejercicio de estas competencias ha sido la relativa al régimen de mayorías aplicables en la adopción de los acuerdos de aprobación de dichos instrumentos, ya que normalmente se lleva a cabo por órganos de naturaleza colegiada. El presente trabajo aborda esta problemática, analizando la regulación establecida en la normativa estatal sobre régimen local, en conexión con la legislación autonómica balear sobre los sectores territoriales y urbanísticos. Analiza igualmente los escasos precedentes jurisprudenciales existentes, concluyendo con la defensa de la aplicabilidad del régimen de mayoría ordinaria que establece la legislación.

Palabras clave: consejos insulares, régimen local, órganos colegiados, planeamiento territorial, urbanismo.

ABSTRACT

In the Balearic Islands Autonomous Community, island councils have powers for the approval of territorial planning instruments and others figures for municipal urban planning. An issue that is the object of controversy in administrative and judicial practice related to the exercise of these powers has been the relative to the regime of applicable majorities in the adoption of the approval acts of those instruments, because it is normally carried out for organs of collegial nature. The present work addresses this problem, analyzing the regulation established in state acts on local regime, in connection with autonomic Balearic legislation on territorial and urban sectors. It also analyzes the scarce existing jurisprudential precedents, concluding with the defense of the applicability of the ordinary majority regime established in the legislation.

Key words: island councils, local regime, collegiate organs, territorial planning, town planning.

I. Introducció de la problemàtica: els primers pronunciaments jurisprudencials sobre la qüestió en l'aprovació d'instruments d'ordenació territorial

Amb ocasió de l'elaboració d'uns comentaris a la Llei 14/2000, de 21 de desembre, d'ordenació territorial de les Illes Balears (LOT), fa anys tractàrem,¹ de manera aproximativa, la qüestió o problemàtica relativa al quòrum exigible en els acords que s'adoptessin per a les aprovacions inicial i definitiva dels instruments d'ordenació territorial que s'atribueixen, en la norma legal esmentada, a l'esfera de competència dels consells insulars, partint del fet que s'assigna una atribució orgànica en concret al ple d'aquestes entitats. Els consells insulars disposen així de les competències per a l'aprovació del pla territorial insular respectiu, i per a determinats plans directores sectorials, com també per a l'elaboració i aprovació de les seves normes territorials cautelars associades a aquestes plans, quan escaiguin.

Entenim que esdevenia ineludible acudir, com a regla de partida, al que determinava la Llei 8/2000, de 27 d'octubre, de consells insulars (LCI), que en el títol III, sota l'enunciat de «Funcionament i règim jurídic», estableix en l'art. 15.1 que el ple del consell insular actuarà en tot cas d'acord amb la legislació de règim local, alhora que fixa igualment unes peculiaritats quant al tractament dels consellers executius no electes i per al control i la fiscalització sobre el consell executiu.

Seguint aquest fil, l'art. 41.3 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL), estableix que els consells insulars de les Illes Balears, als quals són d'aplicables les normes que regulen l'organització i funcionament de les diputacions provincials, assumeixen les seves competències d'acord amb aquella Llei estatal i les que els corresponguin de conformitat amb l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears. Després, l'art. 47.1 determina que els acords de les corporacions locals s'adopten com a regla general, per majoria simple. El punt 2 del mateix article preveu tanmateix la necessitat del vot favorable de la majoria absoluta del nombre legal de membres de la corporació per a l'adopció, entre d'altres, dels acords «que correspongui adoptar a la corporació en la tramitació dels instruments de planejament general que preveu la legislació urbanística» (lletra II de la relació de supòsits de l'apartat 2).

Des d'aquest marc normatiu, defensàrem que aquesta darrera norma constituïa una previsió només aplicable a la nostra comunitat autònoma amb referència als

¹ MUNAR FULLANA, J.; BLASCO ESTEVE, A.; GIMÉNEZ SERRA, J. A. *Comentaris a la Llei d'ordenació territorial de les Illes Balears: Llei 14/2000, de 21 de desembre*. València: Tirant lo Blanch, 2006.

municipis, malgrat que s'hi faci una referència als acords de les corporacions locals en sentit genèric. La norma específica al·ludeix a la «tramitació dels instruments de planejament general que preveu la legislació urbanística», que en el nostre cas i en l'actualitat seria estrictament la figura del pla general que preveu la Llei 12/2017, de 29 de desembre, d'urbanisme de les Illes Balears (LUIB).²

Entenim que, en aquest sentit, ni en les competències que l'art. 33 LBRL atribueix al ple de la diputació, ni tampoc en les que l'art. 34 atribueix al president, no hi figura cap menció amb relació a competències relacionades amb instruments de planejament general urbanístics. Únicament hi ha una menció en l'art. 33.2.d a l'aprovació dels plans de caràcter provincial (insularitzats en el nostre cas), figura en la que potser, en el nivell teòric, es podria plantejar una assimilació als plans de naturalesa insular prevists a la legislació d'ordenació territorial: els esmentats plans territorials insulars i plans directors sectorials de competència dels consells. Tanmateix, entenim que no resultava possible defensar una assimilació d'aquesta naturalesa, atès que la mateixa LBRL permet aclarir, com veurem, a quins plans «de caràcter provincial» es vol referir exactament amb aquesta expressió.

Efectivament, és l'art. 36.2 LBRL la que aclareix exactament l'abast de la figura dels plans provincials a què es refereix l'art. 33, quan determina com a competències pròpies de la diputació o entitat equivalent les de coordinació dels serveis municipals, assistència i cooperació jurídica, econòmica i tècnica als municipis, i de coordinació de la prestació unificada de serveis dels municipis del seu àmbit territorial, aclarint que, a aquest efecte, aprova anualment un pla provincial de cooperació a les obres i serveis de competència municipal. Fet aquest aclariment, també es pot afegir que per a l'aprovació d'aquest pla insular en qüestió no s'estableix cap tipus de majoria qualificada en l'adopció del corresponent acord d'aprovació.

La inaplicabilitat de la clàusula prevista en l'art. 47.2.II LBRL als acords plenaris insulars aprovatoris dels instruments d'ordenació territorial, la defensàvem així mateix a partir del fet fàcilment constatable que la menció al planejament general urbanístic únicament es dona en la norma estatal bàsica de règim local (des d'una perspectiva de competència material) en regular les competències dels municipis. Actualment s'atribueixen al batle president les competències sobre aprovacions dels instruments

² Això sense perjudici que, en règim transitori, aquesta mateixa regla esdevindria aplicable a les modificacions d'altres figures equivalents que es deixen en vigor mentre no sigui redactat el nou planejament, com són les normes subsidiàries i complementàries de planejament i els projectes de delimitació de sòl urbà, regulades en el seu moment en la legislació urbanística estatal supletòria.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

de planejament de desenvolupament del planejament general no expressament atribuïdes al ple, així com la dels instruments de gestió urbanística i dels projectes d'urbanització (art. 21.1.j LBRL), i s'atribueix després al ple (art. 22.2.c de la mateixa norma) la competència per a l'aprovació inicial del planejament general i l'aprovació que posi fi a la tramitació municipal dels plans i demés instruments d'ordenació prevists a la legislació urbanística, així com els convenis que tenguin per objecte l'alteració de qualsevol d'aquests instruments.

Fèiem notar que aquest darrer precepte utilitza la mateixa terminologia que l'art. 47.2.II, cosa que reafirma que l'art. 33.2.d LBRL no es refereix als instruments de planejament general urbanístics, perquè entre d'altres coses les diputacions no elaboren instruments d'aquesta índole, ja que no hi ha prevists en la legislació urbanística vigent instruments de planejament urbanístic general de caràcter provincial. Així, el quòrum de majoria absoluta només es requerirà per als acords que adoptin els ajuntaments per a les aprovacions inicial, provisional i eventualment definitiva, dels instruments de planejament general, ja que pel que fa als de desenvolupament, únicament es requerirà majoria simple.

Afegíem a més, que la LBRL en tot cas exigeix un quòrum qualificat per als instruments de planejament urbanístic, és a dir, dels que es puguin haver creat per les comunitats autònomes des del títol habilitant d'«urbanisme» previst en l'art. 148.1.3a de la Constitució, com a títol distint de l'ordenació del territori. El precepte al·ludeix al fet que les comunitats autònomes podran assumir competències en matèria d'ordenació del territori, urbanisme i habitatge: són tres títols competencials delimitats, que es distingeixen també en l'art. 30.3 de la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears (EAIB), segons el qual la comunitat autònoma de les Illes Balears té la competència exclusiva en la matèria d'ordenació del territori, incloent-hi el litoral, l'urbanisme i l'habitatge.

Era des d'aquest marc general i des d'aquesta perspectiva, des del qual defensàvem que s'havia d'interpretar el quòrum de majoria absoluta que preveu la LBRL, és a dir, que en tot cas seria només exigible per als casos d'instruments de planejament que derivassin de la legislació sectorial urbanística, però no per als instruments de planificació derivats de la legislació d'ordenació territorial (LOT; Llei 2/2001, de 7 de març, d'atribució de competències als consells insulars en matèria d'ordenació del territori, i Llei 6/1999, de 3 d'abril, de les Directrius d'Ordenació Territorial de les Illes Balears i de mesures tributàries (LDOT)), com a

títol competencial diferent de l'urbanístic; que com ja hem vist, es distingeixen ja en l'àmbit constitucional i estatutari.

Entenim així que l'exigència d'un quòrum diferent del de majoria simple per a l'aprovació pels plens dels consells insulars dels plans territorials insulars (PTI) o dels plans directors sectorials (PDS), o bé s'hauria d'haver previst com a supòsit concret dins l'art. 47 LBRL, cosa que no succeeix, o bé hauria de venir predeterminat per una norma amb rang legal. En aquest sentit la LCI, quan exigeix un quòrum diferent de la majoria simple, en fa una menció expressa, per exemple en articles com el 25.2, per a l'exercici de presentació de proposicions de llei, o en el 51.2, per a l'acceptació de l'assumpció de competències. No trobam, al contrari, cap norma de rang legal que imposi als consells insulars un quòrum de majoria absoluta per a l'aprovació dels instruments d'ordenació territorial.

La posterior Llei 2/2001, de 7 de març, va comportar una atribució competencial de doble caràcter: institucional (consells insulars) i orgànica (ple) per a les aprovacions dels instruments, però tampoc no va suposar la imposició o l'establiment d'un quòrum qualificat distint de l'ordinari a través d'una norma amb rang de llei. Aquesta línia d'interpretació consideràvem que es veia reforçada pel fet que, quan la legislació sobre ordenació del territori ha volgut imposar un quòrum específic per a l'adopció d'acord a les corporacions locals així ho ha fet expressament, circumstància que només va succeir en les disposicions transitòries 6a i 7a LDO, pel que fa a la prioritització de terrenys com a urbanitzables i al manteniment excepcional d'aquesta categoria de sòl, imposant el quòrum de majoria absoluta al ple de l'ajuntament corresponent.

Arribàvem així a la conclusió que, en no haver-hi cap determinació de rang legal que de manera expressa imposés cap quòrum especial a l'hora que els plans d'ordenació territorial de competència dels consells insulars fossin aprovats inicialment i definitivament, així com de les seves normes territorials cautelars, s'havia d'entendre que el quòrum exigible era l'ordinari, de majoria simple, atès que la previsió de l'art. 47.2 LBRL no seria aplicable al cas, per les raons exposades. Com a element coadjuvant a aquell posicionament ens referirem a la Sentència del TSJIB núm. 45/2003, de 24 de gener, dictada en ocasió de la impugnació de l'acord del ple del Consell Insular d'Eivissa i Formentera, de 27 d'octubre de 2000, pel qual s'aprovava definitivament una norma territorial cautelar d'acord amb les previsions de la disposició addicional 3a de l'anterior Llei d'ordenació territorial 8/1987, introduïda per la disposició addicional 18a LDO; prèvia habilitació per acord del Consell de Govern adoptat el 24 de juliol de 2000.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

La referida disposició addicional 3a LOT/1987 establia que, prèviament a la formulació d'instruments d'ordenació territorial, es podien dictar pel Govern de les Illes Balears o pel consell insular degudament facultat per aquest, normes territorials cautelars que regirien fins a l'aprovació d'aquells; l'àmbit, finalitat i contingut de les quals serien els definits a l'Acord de Consell de Govern que iniciés la seva formulació o que facultés el consell insular per a la seva redacció. S'establien en la disposició esmentada les regles de tramitació, pel que fa al cas únicament assenyalant que la seva aprovació inicial la realitzaria l'òrgan que les hagués redactat; establint la necessitat d'informe al Govern de les Illes Balears en el cas de redacció per un consell insular, essent el mateix òrgan que havia dut a terme l'aprovació inicial qui tenia l'atribució per a l'aprovació definitiva.

Cal assenyalar, per tant, que a diferència del règim actualment vigent que regula l'art. 17 LOT/2000, no s'establia una regla d'atribució orgànica per a l'aprovació de les normes territorials cautelars en favor dels plens dels consells insulars. Regla vigent actualment que, tanmateix, s'entén establerta per remissió des del moment en què determina que l'òrgan competent per a l'aprovació d'una mesura cautelar és el mateix que ho sigui per fer les aprovacions inicial i definitiva de l'instrument d'ordenació territorial al que la norma cautelar serveix de suport.³ Pel que fa al cas, com ja sabem, el corresponent ple del consell insular, pel cas dels plans territorials insulars o els plans directors sectorials atribuïts a la seva esfera de competència institucional.

El fet, però, és que totes les normes territorials cautelars, elaborades en el seu moment pels consells insulars a l'empara de les previsions de la LOT/1987, es varen aprovar a través d'acords plenaris, la qual cosa motivà que amb ocasió de la

³ En el recurs contenciós que derivà en la Sentència del TSJIB núm. 45/2003, de 24 de gener, abans esmentada, no es va plantejar per la defensa duta a terme pel Consell Insular d'Eivissa i Formentera la qüestió de la competència orgànica en favor del ple. Com hem exposat, en el règim derivat de la disposició addicional tercera de la LOT/1987 no s'establia expressament l'atribució en favor del plenari, malgrat una certa inèrcia de tots els consells insulars partia, potser des d'un principi de cautela, a adoptar els acords d'aprovació de les normes territorials cautelars pel màxim òrgan col·legiat. Naturalment, si s'arribava a la conclusió d'una manca d'exclusivitat en favor del ple de dita atribució orgànica, desapareixia de l'equació la problemàtica del règim de majoria general o qualificada exigible. Tanmateix, l'equiparació d'una norma cautelar a l'instrument d'ordenació territorial futur al qual serveix de suport potser conduí el TSJIB a considerar la regla d'atribució en favor del ple que figurava ja en la LOT/2000, vigent en el moment de dictar la Sentència però no aplicable a l'acte administratiu enjudiciat, que fou dictat amb anterioritat i amb la vigència de la LOT/1987.

interposició del recurs contenciós que derivà en la STSJIB núm. 45/2003, de 24 de gener, ressenyada més amunt, els recurrents plantejassin l'exigència de quòrum de majoria absoluta d'acord amb l'art. 47 LBRL, atès que l'acord d'aprovació s'havia adoptat amb la regla general d'exigència de majoria simple. El Tribunal dóna una resposta plena, concisa i clara, a aquest argument en el fonament jurídic segon de la Sentència, que literalment expressa:

«La Norma Territorial Cautelar impugnada fue aprobada por mayoría simple, esto es, de acuerdo con la regla general de mayorías, no alterada ni por la Disposición Adicional Tercera de la Ley 8/87 ni por el acuerdo de 24 de julio de 2000.

La mayoría absoluta, excepción a la regla general de la mayoría simple de los miembros presentes —artículo 47 de la Ley 7/85—, no comporta, pese a lo que en la demanda se sostiene, una merma de garantías.

Por regla general, las decisiones han de ser tomadas por mayoría simple, expresión máxima de principio democrático, siendo extraordinario el recurso a mayorías cualificadas —en este sentido, por todas, sentencia del Tribunal Constitucional número 173/98—.

En consecuencia, como no cabe menguar la inaplazable actividad administrativa y como tampoco cabe sacrificar la inexcusable eficacia que a las Administraciones Públicas exige la Constitución —artículo 103.2—, es preciso que la toma de decisiones se vea facilitada y no anudada a mayorías reforzadas que muy probablemente conducirían a situaciones de bloqueo, esto es, a imponer la inacción por la vía de dificultar enormemente el normal desempeño de las competencias administrativas.

Así las cosas, lo que la parte demandante patrocina en la demanda no es sino la aplicación analógica del artículo 47.3.i de la Ley 7/85,⁴ esto es, que a los instrumentos de ordenación territorial, es decir, a supuesto como el del caso, se aplique la excepción a la regla general, prevista en exclusiva para los instrumentos de planeamiento general previstos en la legislación urbanística, lo que no es posible por cuanto, como excepción que es a la regla general, insoslayablemente precisa de una interpretación restrictiva, con lo que no cabe admitir la analogía —artículo 4 del Código Civil—.»

Com es pot constatar, el criteri emprat per la Sentència en la resolució de la problemàtica va ser prou clar i didàctic. D'aquesta manera, es deixava perfectament

⁴ La referència que fa el TSJIB s'ha d'entendre referida a l'art. 47.2.II, atesa l'alteració que es produí en la LBRL per mor de la Llei 57/2003, de 16 de desembre.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

delimitat que el règim de majoria absoluta en l'adopció dels acords plenaris, des de la lectura de les determinacions de la LBRL és la regla excepcional i, com a tal, no admet el recurs a l'analogia: estrictament és exigible en el supòsit taxat per la norma, que es refereix estrictament als instruments de planejament general previstos en la legislació urbanística, no essent el cas dels instruments de planejament d'ordenació territorial. Resulta significatiu, igualment, l'al·lusió al fet que la regla general d'exigència de majoria simple es conforma com a expressió del principi democràtic, amb remissió a la doctrina del Tribunal Constitucional, per tal de facilitar la presa de decisions des d'un principi d'eficàcia. La interpretació del TSJIB es consolida dins el mateix any mitjançant dues sentències posteriors: la núm. 83/2003, de 31 de gener (ponent Algora Hernando, derivada de les actuacions núm. 1355/2000); i la núm. 704/2003, de 22 de setembre (ponent Fiol Gomila, derivada en aquest cas de les actuacions 1354/2000).

II. Un canvi temporal del criteri de la jurisprudència anterior del TSJIB

El posicionament jurisprudencial fixat l'any 2003 mitjançant les tres sentències del TSJIB que hem ressenyat en l'apartat anterior, i que enteníem el més adequat, resulta alterat a partir del dictat d'una resolució judicial posterior pel mateix òrgan; concretament la Sentència núm. 35/2016, de 27 de gener. Entre d'altres, l'objecte del recurs contenciós que acabà amb el dictat de la Sentència esmentada, promogut a través de l'acció pública urbanística, es dirigia contra l'aprovació definitiva de la denominada «norma territorial transitòria» aprovada pel plenari del Consell Insular de Menorca el 22 de desembre de 2014.

Com explica la resolució judicial, aquesta figura es tractava d'una disposició normativa de caràcter excepcional dictada per aquell consell insular, l'objecte de la qual era desplaçar temporalment la regulació dels articles del seu pla territorial, d'acord amb una habilitació legal continguda en la disposició addicional 19a de la Llei 7/2012, de 13 de juny, de mesures urgents per a l'ordenació urbanística sostenible. Pel que fa al cas que ara ens ocupa, aquella norma habilitant, al nostre entendre un supòsit clar de llei singular, determinava també el procediment d'aprovació de l'instrument, establint que l'aprovació inicial corresponia al mateix òrgan competent per a l'aprovació inicial del PTI de Menorca, i la mateixa regla també s'establí per al tràmit de l'aprovació definitiva. Per tant, s'havia d'aplicar la regla sobre atribució orgànica en favor del ple del Consell Insular de Menorca, d'acord amb les previsions establertes en la LOT. Convé afegir que la determinació

legal singular establia que el contingut de la norma territorial transitòria seria el propi del pla territorial, fixant-hi específicament, a manera d'exemple i amb reiteració, que podia contenir la fixació d'una «ordenació pròpia del pla territorial insular d'acord amb el disposat a la Llei 14/2000, d'ordenació territorial».

Igualment, abans de comentar com escomet la problemàtica la Sentència, resulta oportú indicar que, en aquesta ocasió, l'acord impugnat havia estat materialment objecte d'adopció per majoria absoluta, tot i que el Consell Insular de Menorca en cap cas no l'entenia exigible. És a dir, per bé que a efectes pràctics el quòrum sobrepassava la majoria simple, assolint l'absoluta, mai no s'havia plantejat l'exigència del quòrum reforçat. Així, en realitat la impugnació directa de la norma territorial transitòria en el recurs assenyalava la necessitat d'aquesta majoria qualificada, però no pel fet que no s'hagués assolit aquest quòrum, sinó per plantejar, al nostre entendre, i com a mesura purament instrumental per aconseguir la seva anul·lació, un defecte formal derivat.

Defecte de forma que seria l'absència de l'informe preceptiu de la secretaria del consell insular d'acord amb el que determinava l'art. 54.1.b del Reial decret legislatiu 781/1986, de 18 d'abril, pel que s'aprova el Text refós de les disposicions legals vigents en matèria de règim local, i el concordant art. 85 de la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de Illes Balears (LMRL). Això perquè les normes de referència imposen l'emissió d'informe del secretari de la corporació, i a més en el seu cas, de l'interventor, en l'adopció dels acords que tractin sobre assumptes en matèries per a les que s'exigeix una majoria especial.

Naturalment, la invocació d'aquesta causa de nul·litat formal, estrictament per omissió d'informe, obligava el Tribunal a avaluar la seva premissa, és a dir, l'exigència en el cas d'aprovació d'una norma territorial transitòria, equiparable als instruments d'ordenació territorial, del règim de majoria qualificada, absoluta. Assenyala així la Sentència el següent:

«Conforme al art. 47,2º-II [es refereix implícitament a la LBRL] se requiere el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de las corporaciones para la adopción de acuerdos en las siguientes materias: "Los acuerdos que corresponda adoptar a la corporación en la tramitación de los instrumentos de planeamiento general previstos en la legislación urbanística". Pese a que en propiedad no se trata de un instrumento urbanístico de planeamiento general municipal, sí es un instrumento de planeamiento, careciendo de sentido una interpretación que exija mayoría absoluta para un

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

instrumento de planificación municipal y no para el superior instrumento de planificación insular que vincula al primero.»

Amb aquest argument, com podem constatar, es produeix un canvi de criteri respecte del que va poder expressar el mateix Tribunal en la jurisprudència conformada l'any 2003, acollint ara, paradoxalment, el criteri de l'analogia interpretativa rebutjat expressament en les resolucions judicials anteriors. Criteri amb el qual estén l'aplicació d'una norma excepcional de règim de majories, a partir d'entendre que existiria un contrasentit en l'exigència d'una majoria qualificada per a l'aprovació del pla general urbanístic, i no exigir-la si es tractàs d'un instrument territorial insular que vincula el planejament urbanístic. Amb tot el respecte que mereix la consideració, no podem deixar de posar de manifest, com s'ha dit, una certa paradoxa processal, com és que, al final, el recurs contenciós administratiu és desestimat expressament en el punt instrumental que postulava el recurrent. Això atès que el Tribunal assenyala com la manca d'informe del titular de la secretaria general no constituïa causa de nul·litat ni d'anul·labilitat, perquè no hi havia raons de fons que determinassin que la manca d'aquest informe hagués produït un resultat distint en la norma aprovada, ni tampoc que la seva omissió hagués produït indefensió al recurrent.

Caldria que recalquèssim que és aquesta concreta doctrina, i en cap cas el ressort instrumental del recurrent sobre el règim de majoria exigible, que propiciava al seu torn el debat formal de la manca d'informe de la secretaria general, la que resulta avalada posteriorment per la Sentència del Tribunal Suprem núm. 890/2017, de 23 de maig (ponent Fernández Valverde), que declara no haver-hi lloc al recurs de cassació contra la referida STSJIB núm. 35/2016, de 27 de gener.

Efectivament, la STS no entra en un debat en profunditat sobre el règim de majoria que esdevenia exigible, perquè implícitament semblava que se centrava estrictament en una temàtica derivada, com era la manca d'un informe per adoptar un acord que requeria la majoria qualificada esmentada; sense discutir-ne o plantejar-se la correcció d'aquesta premissa. Així, el TS recorda en primer lloc, en el fonament jurídic tercer de la seva Sentència, la tesi del TSJIB, que parteix del fet que l'informe del secretari del consell insular era necessari per a l'adopció de l'acord pel qual s'aprovà la norma transitòria, però que, en el cas en concret, l'absència no era determinant de la nul·litat perquè existia l'informe del cap de la secció d'Urbanisme del Consell, i pel fet que existia una doctrina jurisprudencial que no preveia la conseqüència de nul·litat de ple dret en casos semblants; tot afegit a la

circumstància que el recurrent no havia invocat cap indefensió material efectiva per l'absència de l'esmentat informe.

Una lectura en profunditat de la STS referida anteriorment, palesa que no conté el tractament de la qüestió que constitueix la premissa de partida: l'exigència efectiva i per determinació legal expressa d'un quòrum de majoria absoluta que, derivadament, fes concórrer la necessitat de l'informe preceptiu de la secretaria general. Això tot i que aquesta qüestió era precisament l'eix central de l'escrit d'oposició al recurs de cassació que havia formulat el Consell Insular de Menorca, al que s'hi dedicaven 11 d'un total de 14 pàgines, seguint en essència la postura que defensàvem en el seu moment, igualment amb al·lusió específica a la STSJIB precedent de l'any 2003, en la que taxativament establia que el quòrum exigible era el de majoria simple ordinària.

Per això resulta si més no desconcertant el fet que el TS no dedica ni una línia de la Sentència a avaluar les consideracions de l'escrit d'oposició al recurs de cassació. Omissió que només podem explicar des de l'enteniment que al TS no li era d'interès la qüestió per tal com, segons es pot desprendre del fonament jurídic quart, no entra en cap altra consideració que no sigui la d'avaluar la correcció de la STSJIB quant al raonament de la manca d'incidència, en el cas en concret, de l'absència formal de l'informe subscrit per la persona titular de la secretaria general del Consell Insular de Menorca, doncs per resumir-ho afirma que:

«Por tanto, la sentencia ni afirma que el Informe del Secretario no es necesario para la aprobación de la Norma Transitoria (es más, lo requiere por la vía de la analogía con los instrumentos de planeamiento general), ni afirma, tampoco, que el mismo pueda ser suplido, limitándose a señalar que la normativa en vigor contempla un supuesto alternativo, cual es la “nota de conformidad o disconformidad” del Secretario de la Corporación, cuya falta, de conformidad con la jurisprudencia, y ante la ausencia de indefensión, no puede llevar como consecuencia la nulidad de pleno derecho.»

Tot i que, com veurem més endavant, més recentment el TSJIB ha reconduït la problemàtica del règim de majories cap al criteri jurisprudencial inicialment establert l'any 2003; mitjançant la Sentència núm. 364/2018, de 17 de juliol, i atès que és previsible la continuació de la conflictivitat en aquest aspecte, ja que les qüestions d'ordre formal són moltes vegades emprades com a ressort instrumental per intentar l'anul·lació de plans que, materialment, no incorren en infracció legal o normativa en general, entenem convenient aportar alguns arguments coadjuvants a la defensa de l'aplicabilitat del quòrum general de majoria simple.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

Així, de partida convé que assenyalem com la tesi implícita que es desprèn de la Sentència del TS, no contrastada amb els arguments d'oposició a la cassació com també hem indicat, vendria a dir que l'aprovació, tant de la figura excepcional de la norma territorial transitòria, com la dels instruments de planejament territorial ordinari que preveu la nostra legislació sectorial requereix el quòrum de majoria absoluta en l'adopció dels corresponents acords plenaris. Tanmateix, el problema en el fons i en el cas era, com hem intentat explicar, del tot col·lateral, perquè paradoxalment l'acord impugnat s'havia adoptat precisament per majoria absoluta. Si la *ratio decidendi* fos aquesta específicament, i no la conseqüència derivada de manca de l'informe de la secretaria general, pensam que s'hauria produït una aplicació incorrecta del principi d'interpretació analògica prevista en el Codi civil (Cc).

És evident que la interpretació analògica té el suport de la jurisprudència constitucional, de la qual i com a exponent podem citar entre d'altres la STC núm. 182/2011, de 21 de novembre. Però anem a veure en quines condicions, atès que el TC entén que en allò que es refereix a la utilització judicial de l'*analogia legis* de l'art. 4 Cc com a mètode d'integració de llacunes normatives, es tracta d'un mètode o procediment delicat, perquè en definitiva no és més que l'ús d'un argument lògic, al que s'haurà d'exigir en la seva aplicació, per raons evidents de seguretat i certesa jurídica, un rigor major i una acurada utilització.

Aquesta exigència es tradueix fins i tot en la possibilitat que la seva aplicació incorrecta pugui implicar una lesió del vessant del dret fonamental a la tutela judicial efectiva. Així, encara que una resolució judicial pugui invocar expressament un precepte determinat, la seva aplicació irracional al cas pot implicar la infracció d'un dels nuclis essencials del dret a la tutela judicial efectiva, com és el d'obtenir una resolució fonamentada en dret, «que evidentemente no puede considerarse satisfecha con la mera cita de un precepto legal cualquiera [...] es evidente que se subvierte el deber de fundamentar "en Derecho" cuando se resuelve sobre las pretensiones ejercitadas por las partes con arreglo a una norma que con toda evidencia no contempla en absoluto el supuesto de hecho» (STC 126/1994, de 25 de abril, F. 6).»

Hem exposat el marc general exigible a l'aplicació analògica, per tal com s'ha de dir que aquest principi interpretatiu no pot operar tampoc quan hi hagi una regulació expressa, i al nostre entendre aquí és on s'hauria pogut produir una errada en l'argument del TS: en realitat no s'hauria fet una aplicació analògica d'una norma, sinó aplicat incorrectament una interpretació extensiva. El supòsit o fet conflictiu estava i està regulat expressament, només que de manera negativa, com ara

intentarem explicar, no essent per tant congruent la utilització de l'analogia. Comencem per assenyalar que una cosa és la interpretació extensiva i una altra la integració analògica. Malgrat les dues tècniques suposen l'expressió d'un raonament per analogia, hi ha una diferència que separa les dues institucions, com és el concret efecte normatiu.

Així, en la interpretació extensiva, es transposa una norma a un cas que no està previst en ella, en el benentès que, de manera implícita, l'inclou. En el cas de la integració analògica, es «crea» una nova norma, del mateix contingut que la que prèviament s'ha considerat, per aplicar-la a un cas que no té regulació. L'analogia, però, no és una operació simple, perquè l'existència d'un buit en l'ordenament jurídic sempre és una qüestió subjectiva i subjecta a opinió, i, d'aquesta manera, quan un supòsit de fet no es troba previst en una norma, aquesta manca de regulació pot ser resolta a través d'un altre ressort: l'argumentació a contrari. Aquesta argumentació *sensu contrario* pot conduir que al supòsit de fet no se li hagi d'associar cap de les conseqüències que determinen les normes existents. És precisament aquesta darrera tècnica interpretativa la que, al nostre entendre correctament, utilitzà el TSJIB en les sentències de l'any 2003 i que recuperaria en la de 2018 abans esmentada: la interpretació a contrari o exclusiva del supòsit que regula taxativament la norma que exigeix la majoria qualificada.

Comparem-la així amb alguna jurisprudència que descarta l'aplicació del principi de l'analogia, decantant-se per la interpretació a contrari. Així, en el cas de la STS de 17 de gener de 1985, es discutia la decisió de l'Administració d'aplicar estrictament les determinacions reglamentàries que regulaven taxativament quins supòsits de successió o de situacions familiars calia considerar en l'aplicació de la norma. El Tribunal negava així l'aplicació analògica a altres situacions, d'acord amb l'art. 4.1 Cc, per tal com «al determinarse con tal rotundidad los únicos supuestos de sucesión excepcional, han de quedar fuera de su reglamentación los casos no taxativamente reconocidos, por aplicación del principio general de Derecho —y como tal fuente del Ordenamiento jurídico, a tenor del artículo 1.º del Código Civil—, “inclusio unius, exclusio alterius”»; assenyalant així que, en aplicació a l'àmbit de l'Administració del principi de legalitat d'acord amb l'art. 9.1 CE, es deriva que «no puede prosperar el recurso, máximo con la prescripción señalada en el artículo 4.2 del Código Civil de la analogía a los casos de regulación por normas de carácter excepcional como son las del Reglamento invocado.»

Encara més didàctica resulta la Sentència de la Sala Contenciosa (Secció 3a) del TS, núm. 8301/1999, de 21 de desembre, que determina la impossibilitat

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

d'aplicar criteris d'analogia en situacions de reconeixement administratiu de drets passius, partint de la base que l'aplicació analògica de les normes requereix, primer que res, que aquestes no prevegin el supòsit específic per al qual es pretén aquesta aplicació. En el cas d'aquella Sentència, va considerar que no podia aplicar-se aquest ressort per entendre que una determinada relació personal fos determinant de la condició de beneficiari de la pensió, partint que la tipificació exclouent existia, encara que en sentit negatiu. Concretament, les normes aplicables establien únicament una modalitat d'adopció plena dins els supòsits de relació paternofamiliar que generaven dret a prestació, sense preveure les denominades adopció menys plena o adopció simple; i aquesta manca de regulació del supòsit per al TS comporta una exclusió de qualsevol altra modalitat, o en altres paraules, que existeix una regulació «bien que en su sentido negativo, es decir, en el sentido de que tal relación no es susceptible de generar dicha condición» de beneficiari. Afegirà, a més, que esdevenia un obstacle a l'aplicació analògica que es postulava pels recurrents el mateix principi de legalitat, perquè la legislació específica sobre classes passives determinava que solament per Llei es podrien establir drets passius diferents als recollits específicament en aquella legislació.

A partir d'aquí, i si se'ns permet invocar paradoxalment l'analogia en un altre sentit, resulta que la doctrina del TS sobre aquest principi general d'aplicació del dret hauria estat perfectament transportable a la qüestió que ara ens ocupa. Efectivament, tenim una norma legal de dret públic, la LBRL, que determina en l'art. 47 una llista dels supòsits taxats en què regeix una majoria especial per a l'adopció dels acords de les corporacions locals; que se cenyeixen o limiten estrictament a les concretes situacions de la llista que incorpora, només ampliables quan hi hagi una decisió addicional i concreta de rang legal que complementi aquesta llista tancada.⁵

Igualment acudint a la jurisprudència constitucional dictada amb ocasió de la impugnació de determinacions de normes autonòmiques que incidien en el règim de majories dels acords a adoptar pels òrgans col·legiats de les entitats locals, trobaríem un suport indirecte en el nostre posicionament. Acudim per això a la STC

⁵ Art. 47 LBRL: «1. Els acords de les corporacions locals, com a regla general, s'adopten per majoria simple dels membres presents. Hi ha majoria simple quan els vots afirmatius són més que els negatius.

2. Es requereix el vot favorable de la majoria absoluta del nombre legal de membres de les corporacions per adoptar acords en les matèries següents:

[...]

o) Les restants determinades per la Llei.»

núm. 33/1993, d'1 de febrer, que escometia l'anàlisi d'un supòsit en el qual mitjançant llei autonòmica s'havia establert un supòsit de majoria qualificada de dues terceres parts del nombre de fet de membres de la corporació local, impugnant-se aquella previsió al·legant infracció de la norma bàsica de l'art. 47.2 LBRL vigent en aquell moment, que no preveia el supòsit en concret previst en la llei autonòmica. Tot i que aquest règim de majoria superqualificada de dos terços ja no es conforma així en la versió actualment vigent d'aquest precepte de la LBRL, la doctrina que fixa el TC ens serveix per reforçar la impossibilitat d'aplicació analògica dels actuals supòsits prevists com a subjectes a majoria absoluta. El fonament de dret tercer de la Sentència recorda que es conforma en legislació bàsica la determinació estatal relativa al quòrum i majories necessàries per a l'adopció dels acords dels òrgans col·legiats superiors de l'Administració local.

A aquest efecte indicava com, «el art. 47 LBRL ha establecido un sistema acabado de mayorías precisas para la adopción de acuerdos por parte de las Corporaciones Locales en el que la regla general (art. 47.1) es la mayoría simple, completada por dos tipos de mayorías cualificadas, como excepción a dicha regla: [...]». Per tant, naturalment el TC no pot obviar la literalitat de la norma, per tal de distingir quina és la regla general i quina és la norma excepcional. Com hem dit abans, també en la redacció vigent avui, l'art. 47 LBRL determina com a norma general l'exigència del quòrum de majoria simple. Quant a les normes d'excepció, en aquell moment existien dues modalitats, com reflecteix igualment la Sentència del TC: «Un primer tipo, de mayoría absoluta (art. 47.3), configurado por una relación no cerrada de supuestos, y un segundo tipo, de mayoría de dos tercios, configurado por una relación cerrada limitado a cuatro supuestos, que la Ley relaciona (art. 47.2).»

Els supòsits subjectes a majoria absoluta, en aquell moment regulats en l'art. 47.3, esdevenien a parer del TC supòsits excepcionals, i afegia que es tractava d'una relació no tancada, per tal com es possibilitava el concurs de la legislació estatal (o autonòmica) perquè afegís, per norma amb aquest rang de llei, altres supòsits a la llista taxada de la LBRL. Deia així que «De ello resulta que el legislador estatal ha considerado básico el régimen de mayoría relativa en la adopción de acuerdos, como regla general, pero ha dejado al legislador de desarrollo (art. 47.3 m)) la posibilidad de ampliar el número de supuestos en los que la mayoría simple puede ser sustituida por mayoría absoluta, por lo que el legislador autonómico podría disponer la exigencia de mayoría absoluta para determinados acuerdos.»

Ara bé, el que es desprèn tanmateix és el manteniment del règim de majoria absoluta com a règim excepcional enfront del general de majoria simple. Per tant i

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

com a regla excepcional entenem que, com hem defensat més amunt, no és possible fer una aplicació analògica dels supòsits per als quals s'estableix la majoria absoluta, a d'altres que en la normativa específica amb rang legal que regula el supòsit de què es tracta no s'estableix aquesta majoria qualificada de manera expressa i taxativa.

És indiscutible que l'actual art. 47.2 LBRL determina per una banda els supòsits taxats, com a *numerus clausus*, en què, a tot l'Estat, s'exigeix un règim de majoria absoluta en l'adopció d'acords en concret; però la norma segueix essent excepcional enfront de la majoria general o ordinària de l'apartat 1, i per tant no admet l'aplicació de l'analogia extensiva. Percepció que es reforça precisament pel fet que s'atribueix a la decisió del legislador sectorial estatal o autonòmic l'ampliació expressa del règim de majoria absoluta qualificada de l'apartat 2, com ens diu la seva lletra «o».

En la STC que comentam, s'incidia justament en el caràcter tancat i exhaustiu dels supòsits de l'apartat 2 vigent en aquell moment, que es referia com hem dit al règim de majories de dues terceres parts. La diferència amb el règim de majories absolutes de l'apartat 3, vigent aleshores, era l'absència d'habilitació al legislador autonòmic per definir supòsits addicionals de l'apartat 2. Ara bé, en el que ara ens interessa la Sentència és, com exposam, pel fet que palesa l'excepcionalitat tant del règim de la majoria qualificada absoluta, com de la majoria hiper qualificada de dos terços, que se cenyien a les matèries específiques dels apartats 2 i 3; per bé que en un s'impedia ampliar-los pel legislador autonòmic (apartat 2) i en l'altre se'ls hi permetia ampliar (apartat 3). Però aquesta ampliació, remarquem-ho clarament, comportava una decisió expressa d'afegir supòsits a la llista taxada, i per tant descartava l'aplicació del principi d'analogia si no s'adoptava la decisió pel legislador sectorial estatal o autonòmic.

III. La recuperació pel TSJIB de la línia jurisprudencial inicial. Alguns arguments de suport addicionals

Com hem avançat en l'apartat precedent, la més recent Sentència del TSJIB núm. 364/2018, de 17 de juliol, reprèn el posicionament inicial que havia establert l'any 2003 quant a l'exigència del quòrum ordinari de majoria simple. Resulta curiós el fet que aquesta resolució judicial es dicta arran de la formulació d'un recurs contenciós pel mateix demandant que interposà el que va derivar en la Sentència de l'any 2016.

Ara l'objecte d'impugnació es constituïa, com a recurs directe, en l'acord del ple del Consell Insular de Menorca de 21 de setembre de 2015, d'aprovació definitiva de la modificació d'un pla parcial del municipi d'Es Migjorn Gran, així com la que el recurrent qualificava d'impugnació indirecta d'una Sentència del mateix Tribunal, de 20 de desembre de 2010, lligada al seu torn a una impugnació indirecta del pla territorial insular de Menorca.

En allò que ara ens està ocupant, no resulta de tant interès explicar l'enrevessat esdevenir processal que intentava postular un mecanisme si més no inusual d'impugnació indirecta d'una sentència anterior, com la consideració que efectua el fonament jurídic quart, sobre el motiu en concret invocat per intentar assolir una sentència anul·latòria del pla territorial insular de Menorca; en el que s'aclareix:

«El Sr. [...] también aduce que el acuerdo por el que se aprobó definitivamente el Plan Territorial Insular de Menorca vulneraba lo dispuesto en el artículo 54.1.b) del Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, aprobado por el Real Decreto Legislativo 781/1986.

Esa apreciación arranca de la confusión entre ordenación del territorio y urbanismo.

El artículo 47.2.11) de la Ley 7/1985 no se refiere a los Planes de Ordenación Territorial sino al planeamiento general previsto en la legislación urbanística, con lo que únicamente es de aplicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma por lo que se refiere al planeamiento urbanístico. El quórum de mayoría absoluta que prevé la Ley 7/1985 no puede ser aplicado analógicamente porque se extiende —y limita— a la aprobación de los instrumentos de planeamiento urbanístico. Por lo tanto, el artículo 47.2.11) de la Ley 7/1985 no comprende la aprobación de los instrumentos de planificación derivados de las leyes de la Comunidad Autónoma en materia de ordenación territorial.

Así, en el segundo fundamento de derecho de la sentencia de la Sala nº 45, de 24/01/2003 [...] señalábamos lo siguiente: [...].»

En definitiva, el TSJIB acull ara, o més aviat recupera expressament, la posició que entenem és la més correcta, retornant al criteri inicial establert l'any 2003, per reiteració i remissió explícita a la primera de les resolucions judicials que va escometre directament la problemàtica qüestió. Cal recordar, com el mateix art. 47.2 LBRL, per a la resta de matèries no taxades específicament com subjectes a règim de majoria absoluta, determina en la lletra «o)» l'exigència d'una norma amb rang de llei formal que fixi eventualment aquesta majoria qualificada; i insistim no ha estat el cas que ens ocupa, en què certament es conforma una inicial atribució plenària,

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

però en cap cas lligada a l'establiment per decisió del legislador sectorial d'un règim de majoria absoluta.

Exemples de fixació de règim de majoria absoluta fora de la LBRL, i que per tant connecten amb una decisió potestativa del legislador sectorial estatal o autonòmic, en trobam amb abundància. Per citar-ne alguns exemples de l'àmbit estatal, la mateixa LOTC estableix aquesta majoria qualificada per a la iniciació de la tramitació dels conflictes en defensa de l'autonomia local, amb reserva al ple de la corporació, en l'art. 75 ter, apartat 2. També la Llei orgànica 2/1987, de 18 de maig, de conflictes jurisdiccionals, determina que en l'àmbit de l'Administració local a què es refereix l'art. 3.3, el plantejament de conflicte s'ha de suscitar amb l'adopció d'acord de la majoria absoluta dels membres del ple de la corporació, previ informe del secretari (art. 10.3).

En l'àmbit autonòmic podem citar a manera d'exemple la previsió de l'actualment derogada Llei foral 10/1994, de 4 de juliol, d'ordenació del territori i urbanisme de Navarra, que admetia en l'art. 20.2 l'alteració dels estàndards màxims de densitat d'edificació residencial de manera excepcional per ordre del conseller, «a propuesta del Ayuntamiento por mayoría absoluta del Pleno»; o el cas més recent de la Llei 8/2012, de 29 de juny, d'habitatge de Galícia, que determina en la disposició transitòria setena la possibilitat també excepcional d'alterar el règim de reserva mínima de sòl per a usos d'habitatge protegit, permetent als ajuntaments l'establiment d'un percentatge diferent a través d'acord plenari, per majoria absoluta, i sense necessitat de seguir el procediment de modificació del planejament.

Més concretament, en la nostra legislació autonòmica d'ordenació territorial trobam alguns exemples d'aquesta tècnica. En són exponents la disposició transitòria sisena de la LDOU, que admet unes excepcions del procés de reclassificació urbanística que opera aquella Llei si es donen unes condicions concurrents entre les quals s'hi preveu que l'ajuntament decideixi el manteniment de l'anterior classificació mitjançant declaració feta per acord plenari adoptat per majoria absoluta. La mateixa Llei preveu en la disposició transitòria setena la necessitat d'adopció d'acord plenari adoptat per majoria absoluta, per comunicar al Govern de les Illes Balears la prioritització de determinats terrenys per ser classificats com a urbanitzables.

També l'art. 184.4 LMRL determina que els acords municipals d'aprovació dels projectes de soterrament, d'integració mediambiental i d'integració urbanística de les xarxes de transport, així com de distribució d'energia elèctrica en el corresponent terme municipal i els seus plans de finançament, requeriran el vot favorable de la

majoria absoluta del nombre legal de membres de la corporació local respectiva. El cas més recent i conegut, potser sigui el de la disposició transitòria desena de la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl (LOUS), que va configurar un sistema d'amnistia d'edificacions il·legals en sòl rústic, del que curiosament es condicionava la seva vigència en els àmbits insulars respectius, al fet que s'hagués «adoptat acord plenari del consell insular per majoria absoluta».

Per tant, resulta del tot correcta la doctrina que ara recupera el TSJIB sobre la qüestió, partint del fet que el supòsit en concret que preveu l'art. 47.2.11 LBRL només es pot entendre aplicable al planejament general que preveu la legislació urbanística de la nostra comunitat autònoma, i com també argumentarem en l'apartat següent, amb referència estricta al que sigui objecte d'aprovació en seu municipal. Derivadament, es desprèn que l'exigència del quòrum que preveu aquell art. 47.2 LBRL només opera en el cas que hi hagi una decisió del legislador autonòmic competent en matèria d'ordenació territorial, establint expressament aquest requisit material. Sense aquesta decisió concreta en norma amb rang de llei autonòmica, com va ser el cas de la disposició transitòria desena de la LOUS a què acabam de fer esment, no és possible l'exigència d'un quòrum qualificat que no s'insereix en cap de les clàusules directes de la llista que conté l'art. 47.2 LBRL.

Trobaríem estrictament dins el nostre sistema normatiu autonòmic un únic exemple en el qual quedaria matisada aquesta regla anterior. Ens referim al Pla Territorial Insular de Formentera, que disposa d'un règim específic regulat en la disposició addicional sisena de la LUIB (abans ja en la disposició addicional novena de la LOUS, bastant similar), i que comporta configurar aquesta figura amb una doble naturalesa, essent un «instrument integral per a la definició de l'ordenació territorial i urbanística de l'illa, per la qual cosa ha de contenir, a més de les determinacions que resultin exigibles en aplicació de la Llei 14/2000, de 21 de desembre, d'ordenació territorial, les pròpies del pla general i dels plans d'ordenació detallada, d'acord amb el que estableix aquesta llei».

Per aquest instrument, es determina una regla d'atribució orgànica expressa, d'acord amb la qual «Correspon, en tot cas, al ple del consell insular, l'aprovació inicial i definitiva de l'instrument present.» El seu Pla Territorial Insular específic té una naturalesa dual que integra les determinacions pròpies del planejament urbanístic general i del pla urbanístic d'ordenació detallada, instruments urbanístics propis del municipi que sí tenen reserva plenària en la legislació de règim local i els acords aprovatoris dels quals se subjecten en el cas del planejament general a majoria qualificada. En la mesura en què cal considerar que en realitat el PTI actua

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

en aquella illa, que coincideix territorialment amb el municipi, com a planejament urbanístic global, sí que podria considerar-se raonable l'aplicabilitat de la clàusula de l'art. 47.2.II LBRL.

Retornant però al règim ordinari de la resta de consells insulars en l'aprovació dels PTI, dels PDS o de les normes territorials cautelars associades, s'ha de reiterar al nostre entendre una idea de partida bàsica. Aquesta no és altra que la consideració que l'exigència d'un règim de majoria qualificada en l'adopció d'acords sempre parteix del fet o premissa innegable que la LBRL determini prèviament una atribució plenària de l'exercici de la competència; i en aquesta matèria d'ordenació territorial això no ha estat així. Com hem esmentat, cap dels preceptes de la Llei bàsica estatal de règim local no determina una atribució en el ple per a les aprovacions d'instruments d'ordenació territorial, sinó que en tot cas deriven del legislador sectorial material titular de la competència normativa en la matèria, que no es d'altre que l'autonòmic.⁶

⁶ Un exemple clar de distinció de la font autonòmica de la competència en matèria d'ordenació territorial el trobam en la recent Llei 8/2019, de 19 de febrer, de residus i sòls contaminats de les Illes Balears. En definir les competències dels consells insulars en aquest sector, determina en l'apartat 1 de l'art. 11, per una banda que «Són competències dels consells insulars, com a institucions autonòmiques, en els àmbits territorials respectius: a) L'elaboració, la tramitació i l'aprovació dels plans directors sectorials de prevenció i gestió de residus no perillosos, així com el seu seguiment, revisió i modificació», indicant després en l'art. 15 que aquests plans «tenen la naturalesa de plans directors sectorials d'acord amb el que determina l'art. 11 de la Llei 14/2000, de 21 de desembre, d'ordenació territorial, així com la funció o finalitat que la legislació bàsica estatal en matèria de residus assigna als plans autonòmics de prevenció i gestió de residus.» Per altra banda, l'apartat 2 del mateix art. 11, determina que «Són competències dels consells insulars, com a ens locals, als àmbits territorials respectius: [...] c) La coordinació de la recollida dels residus domèstics en els municipis de menys de 20.000 habitants, en els termes especificats en la legislació de règim local. [...]», connectant així amb l'atribució que com a entitat equivalent a la diputació disposen per aplicació de les lletres a) i c) de l'art. 36.1 LBRL: «a) La coordinació dels serveis municipals entre si per a la garantia de la prestació integral i adequada a què es refereix l'apartat a) del número 2 de l'article 31» i «c) La prestació de serveis públics de caràcter supramunicipal i, si s'escau, supracomarcal i el foment o, si s'escau, la coordinació de la prestació unificada de serveis dels municipis del seu àmbit territorial respectiu. En particular, assumeix la prestació dels serveis de tractament de residus en els municipis de menys de 5.000 habitants, i de prevenció i extinció d'incendis en els de menys de 20.000 habitants, quan aquests no els prestin.»

És per tant el Parlament de les Illes Balears i no el legislador estatal bàsic de règim local qui ha decidit, voluntàriament mitjançant la LOT, una atribució plenària, però en cap cas associant-la paral·lelament a una imposició del règim de majoria qualificada; decisió paral·lela que hagués pogut adoptar perfectament per la via de l'art. 47.2.o LBRL, però a la qual ha renunciat expressament tant en la mateixa LOT com ulteriorment en la Llei 2/2001, de 7 de març.

Com a reforç final d'aquest argument, podem acudir novament a la LCI, i més concretament al seu art. 8.1, que regula les atribucions plenàries, on hi trobam la lletra j) que determina per una banda la d'aprovació del pla insular de cooperació en les obres i serveis municipals; en concordança amb les determinacions de la LBRL; «així com aprovar definitivament els altres plans d'àmbit insular quan la llei d'atribució de la competència corresponent no disposi una altra cosa.» Aquest segon incís recalca precisament que s'afegeix, per decisió autonòmica, una atribució nova que no preveu la legislació bàsica estatal; i també és significativa la forma d'atribució.

Notem com es tracta d'una clàusula atributiva modalitzable, pel que fa al cas que tractam pel legislador sectorial d'ordenació territorial. Així, tot i que amb les determinacions de l'EAIB segons la versió operada per la important reforma duta a terme per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, la menció a la llei d'atribució de la competència corresponent queda descontextualitzada, es poden deduir unes conseqüències prou clares i taxatives, en la mesura o hipòtesi que dins la «resta de plans d'àmbit insular» s'hi puguin incloure els instruments d'ordenació territorial.

La primera és que la norma d'organització que constitueix la LCI determina estrictament una atribució orgànica directa per a l'aprovació definitiva de l'instrument d'ordenació territorial, en la mesura en què com deim s'hagi d'interpretar que aquests instruments s'inclouin com a «resta de plans d'àmbit insular», amb la qual cosa no prefixava que l'aprovació inicial s'assignàs al ple, sinó que podia correspondre a l'òrgan que determinàs la normativa reglamentària interna insular d'autoorganització. En segon lloc, s'habilitava a la «lleis d'atribució de competència corresponent», en aquest cas, primer la LOT i després la Llei 2/2001, de 7 de març, perquè disposessin una regla diferent, que podia ser perfectament residenciar l'atribució de l'aprovació definitiva en un òrgan distint del ple del consell insular respectivament.

És evident per tant que, des de la mateixa LCI, s'habilitava a la LOT i a la Llei 2/2001 a establir, sempre de manera voluntària, l'assignació de les atribucions sobre aprovacions inicials i definitives dels instruments d'ordenació territorial en favor dels plens dels consells insulars, o alternativament en favor de qualsevol altre òrgan resolutori de la seva estructura. Si s'hagués decantat per la segona opció, ja no existiria

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

cap debat quant al règim de majoria exigible en els acords, si es tractàs d'un òrgan col·legiat distint del ple, i molt menys encara si es tractàs d'un òrgan unipersonal.

Finalment però, també hi hem d'insistir, malgrat la decisió del legislador d'ordenació territorial va ser l'atribució d'una competència plenària per ambdues aprovacions, inicial i definitiva; no va donar la segona passa a la qual li habilitava específicament la LBRL en l'art. 47.2.o; com era la d'associar-hi la necessitat d'adopció dels corresponents acords amb la majoria absoluta reforçada. És el mateix legislador bàsic estatal qui exigeix precisament que hi hagi una norma de rang legal, estatal o en el nostre cas autonòmica, que determini taxativament la necessitat d'aquest tipus de majoria; decisió que s'hauria d'haver adoptat o bé per la LCI, o bé per la LOT o, en darrer terme, per la Llei 2/2001, de 7 de març. Per extensió, tampoc la disposició addicional novena de la Llei 7/2012, de 13 de juny, que com sabem va crear la figura de la norma territorial transitòria prèvia del PTI de Menorca, no va establir el règim de majoria qualificada.

Hem d'afegir igualment el factor de la darrera modificació operada en la LOT mitjançant la Llei 13/2018, de 28 de desembre, de camins públics i rutes senderistes de Mallorca i Menorca, amb la qual s'introdueix una nova figura com són els plans especials d'ordenació territorial (art. 13 bis a 13 quater), que poden ser alternativament instruments de desplegament dels PTI o dels PDS, com així mateix instruments autònoms si així ho preveu una norma sectorial. S'estableixen igualment normes de tramitació d'aquests instruments determinant una atribució orgànica per a les seves aprovacions inicial i definitiva en favor del ple del consell insular corresponent, i novament sense exigir el quòrum de majoria absoluta. Al nostre entendre, aprovada la darrera modificació de la LOT un cop dictada la Sentència del TSJIB núm. 364/2018, de 17 de juliol, que ha pogut aclarir que no és exigible aquell quòrum reforçat, és evident la voluntat del legislador sectorial de no subjectar els acords plenaris a un règim de majoria reforçada.

En definitiva, i com a element de reflexió final, el legislador balear per cinc vegades hagués pogut adoptar la decisió voluntària d'establir un règim de quòrum qualificat, sense que no ho fes així. D'això se'n deriva que, si com ja hem explicat, cal una decisió expressa del legislador, no existeix marge per a una interpretació analògica de cara a l'exigència d'aquella majoria absoluta qualificada; aquesta exigència esdevindria per tant una creació judicial de la norma. La decisió legislativa expressa de subjecció al règim de majoria ordinària resulta per tant, simplement, de la decisió negativa de no subjectar l'adopció dels acords en aquesta matèria a la majoria qualificada en la llei autonòmica.

IV. La majoria simple com a regla de l'aprovació definitiva dels instruments de planejament urbanístic pels consells insulars

Hem dedicat els apartats anteriors a intentar clarificar el règim de majories aplicables quan els plenis dels consells insulars adopten els acords aprovatoris dels instruments d'ordenació territorial, que es troben dins el seu àmbit de competència pròpia, en els termes que els hi atribueix aquesta legislació sectorial autonòmica.

Amb relació als instruments de planejament urbanístic, concorren normalment uns supòsits en què existeix una divisió entre administracions municipal i insular de les fases aprovatòries, actualment assignades a partir dels criteris prevists en l'art. 54 LUIB. La regla general indica que correspon als ajuntaments l'aprovació inicial i la tramitació de tots els instruments de planejament urbanístics prevists, i al consell insular l'aprovació definitiva dels plans generals i de la resta de plans urbanístics, amb l'aprovació prèvia provisional pel municipi, tret una sèrie de supòsits en què l'aprovació definitiva s'assigna també al municipi.

Com hem vist, l'art. 47.2.II LBRL determina l'exigència del vot favorable de la majoria absoluta del nombre legal dels membres de les corporacions per a l'adopció dels acords que correspongui adoptar a la corporació en la tramitació dels instruments de planejament general prevists en la legislació urbanística. Es dedueix així una regla d'acord amb la qual els acords municipals, que exigeixi aquella legislació per a la tramitació de l'instrument de planejament general, s'adopten per majoria qualificada i que la resta d'instruments urbanístics, que no siguin de planejament general, s'adopten per la majoria simple genèrica a què es refereix l'apartat 1 del mateix art. 47 LBRL.

Tot i que no ha estat una qüestió que en la nostra comunitat autònoma s'hagi plantejat com a motiu de conflicte en via judicial, a nivell d'un cert debat doctrinal, motivat en bona part per algunes consideracions que contenien determinats dictàmens del Consell Consultiu de les Illes Balears, s'ha discutit quin seria realment el règim de majoria exigible, en l'adopció dels acords d'aprovació definitiva del planejament general, pels òrgans col·legiats dels consells insulars. Tractarem en aquest apartat d'exposar raonadament que els consells insulars no estan afectats per la clàusula de majoria qualificada que preveu la norma estatal i que, per tant, en l'eventualitat que la competència orgànica per adoptar els acords d'aprovació definitiva d'un planejament general municipal s'atribueixi a un òrgan col·legiat insular, aquest ha d'aplicar-hi el règim ordinari de majoria simple.

Aquest posicionament que acabam d'avançar partirà en primer lloc d'un breu estudi evolutiu de la normativa bàsica estatal sobre règim local, dictada ja amb la

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

plena vigència de la Constitució espanyola i també amb la conformació inicial de la nova distribució territorial, entre Estat i comunitats autònomes, de la competència sobre urbanisme. S'inclou en aquesta competència legislativa autonòmica, com se sap i d'acord amb una jurisprudència constitucional reiterada, la definició de quines concretes figures de planejament esdevenen preceptives, i a qui en corresponen les atribucions de la seva formulació i aprovació.

La redacció inicial de l'art. 47.3.i LBRL va determinar un quòrum de majoria absoluta per a l'adopció d'acords en matèria de «Plans i instruments d'ordenació urbanística». En aquest context, una lectura de conjunt de tots els preceptes de la primera versió de la LBRL posava de manifest que el legislador de règim local partia del fet que aquestes competències en matèria de planejament, justament des de la perspectiva local, només s'atribuïen en favor dels municipis. Per tant, tot i l'aplicabilitat genèrica a les «corporacions locals» que proclamava l'art. 47.3, la referència s'havia d'entendre específicament a les corporacions municipals.

Així, el caràcter municipalista estricte de la previsió es reafirmaria com a conseqüència de la reforma que opera el Reial decret-Llei 5/1996, de 7 de juny, de mesures liberalitzadores en matèria de sòl i de col·legis professionals, passant ara a determinar aquest quòrum de manera taxativa en la lletra i) per a «L'aprovació inicial del planejament general i l'aprovació que posi fi a la tramitació municipal dels plans i instruments d'ordenació que preveu la legislació urbanística». L'exposició de motius del Reial decret-Llei al·ludia específicament que la modificació de la LBRL tenia com a objectiu facilitar les aprovacions dels instruments de planejament i de gestió, i sense dir-ho se cenyia a l'àmbit municipal estricte, perquè mai no s'havia considerat la presència d'una eventual competència provincial (insular) en aquesta matèria dins el precepte regulador del quòrum.

El canvi normatiu operat l'any 1996 comportava així que desapareixia la reserva absoluta plenària municipal per a l'aprovació dels plans i instruments urbanístics, cenyint-la estrictament a la relativa al planejament general i l'aprovació que posàs fi a la tramitació municipal del planejament derivat. Per altra banda, la resta de competències de planejament i de gestió quedaven així assignades a un òrgan unipersonal també estrictament municipal, com era el batle. La redacció «municipalista» anterior, es manté amb la reforma posterior de la Llei 7/1997, de 14 d'abril.

Amb la Llei 11/1999, de 21 de abril, de modificació de la LBRL, i altres mesures per al desenvolupament del Govern local, en matèria de trànsit, circulació de vehicles de motor i seguretat viària i en matèria d'aigües, la redacció de la lletra i) torna a variar, ara al·ludint als «acords que correspongui adoptar a la corporació en la tramitació dels

instruments de planejament general que preveu la legislació urbanística». Però si bé és cert que desapareix la que hem denominat adjectivació «municipalista» de les redaccions anteriors, en realitat, novament una lectura de conjunt de la reforma operada en la LBRL per la Llei 11/1999 reafirmarà aquest caràcter.

Això perquè la primera conseqüència pràctica que se'n deriva des de la modificació operada per la Llei 11/1999 és que, des de llavors, només el planejament general se subjecta a quòrum de majoria absoluta i, per tant, tota la resta d'instruments de planejament queda sotmesa a la norma general de majoria simple. Però com deim, el manteniment, i reafirmació, del caràcter estrictament municipal dels acords subjectes a majoria qualificada després de la reforma, s'explica perfectament en l'exposició de motius de la Llei. D'entrada, perquè el legislador ens indica que la nova conformació del règim de majoria qualificada no és l'objectiu principal, sinó la conseqüència derivada, com és la introducció en aquest article de «les correccions necessàries en el règim d'adopció d'acords fruit de les noves atribucions de l'alcalde i del ple». Òbviament el legislador només es pot referir a les atribucions del ple dels ajuntaments, en concordança amb les alteracions de les competències orgàniques de la batlia.

Això «es duu a terme amb la modificació dels articles 20 a 23, 32 a 35 i 46.2.a)»; és a dir, d'una banda amb els articles 20 a 23, referits a organització municipal i atribució de competències dels òrgans municipals, i d'altra banda els 32 a 35 referits organització i atribució de competències dels provincials. Notem que les al·lusions són específicament al batle i al ple, és a dir, òrgans necessaris de l'organització municipal, que veuen reconfigurat el seu règim de competències originàries, de tal manera que, com explica l'exposició de motius de la reforma, «es du a terme una nova distribució de competències entre el ple i el president de la corporació a fi de resoldre els problemes plantejats perquè s'atribueixen al ple, en l'actual regulació, funcions que tenen un caràcter eminentment executiu i que és més lògic que siguin competències de l'alcalde, en nom d'una eficàcia més gran en el funcionament del respectiu ajuntament o diputació. Com a contrapartida, es clarifiquen les competències del ple, [...]».

Doncs bé, convé que notem especialment que en aquest context, el canvi d'assignació d'atribucions en matèria de planejament urbanístic es produeix estrictament en els art. 20 a 23, perquè en els art. 32 a 35, com en totes les versions anteriors dels preceptes, per res no es fa referència a cap atribució orgànica relativa al planejament urbanístic, per la simple raó que les diputacions mai no han disposat del reconeixement d'aquesta atribució per la via de la legislació bàsica de règim

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

local. El manteniment de la clau municipalista de l'art. 47 LBRL tal i com l'hem anada exposant, per tant, s'explica, com diu l'exposició de motius de la Llei 11/1999, estrictament en el fet de «les correccions necessàries en el règim d'adopció d'acords fruit de les noves atribucions de l'alcalde i del ple» (de l'ajuntament), i no tant en les noves atribucions del president i del ple de la diputació, perquè en matèria de planejament urbanístic no es produeix cap correcció en l'àmbit orgànic de les diputacions, simplement es constata l'absència de menció a cap tipus de competència en aprovació de planejament urbanístic que mai no han tengut.

La reforma de 1999 comporta, d'una banda que l'alcalde passa a tenir l'atribució directa per a «les aprovacions dels instruments de planejament de desenvolupament del planejament general no atribuïdes expressament al ple, així com la dels instruments de gestió urbanística i dels projectes d'urbanització» (art. 21.1.j). De l'altra banda, el ple municipal, presidit per l'alcalde, té les atribucions relatives a l'«aprovació inicial del planejament general i l'aprovació que posi fi a la tramitació municipal dels plans i els altres instruments d'ordenació que preveu la legislació urbanística.» (art. 22.2.c).

Aquest és per tant l'esquema d'atribució orgànica i que únicament pot tenir connexió en clau municipal amb la majoria qualificada a què es refereix l'art. 47, tal i com aclareix l'exposició de motius de la reforma, i per tant els «acords que correspongui adoptar a la corporació en la tramitació dels instruments de planejament general que preveu la legislació urbanística» se segueixen referint a les aprovacions inicials, provisionals o definitives del planejament general que es produeixen en seu municipal. Per contra, les aprovacions provisionals o definitives del planejament urbanístic municipal no general corresponen orgànicament al plenari, però no se subjecten al quòrum de majoria absoluta.

La modificació posterior feta per la Llei 57/2003, de 16 de desembre, de mesures per a la modernització del govern local, manté la redacció de la regla, per bé que ara reubicada en l'apartat 2, lletra II) de l'art. 47 LBRL, amb la mateixa exigència de quòrum qualificat pels «acords que correspongui adoptar a la corporació en la tramitació dels instruments de planejament general que preveu la legislació urbanística». Però, indirectament, una modificació de l'apartat 3 de l'art. 47, conseqüència de l'establiment en la reforma d'un règim especial pels municipis de gran població, reafirma la consideració en clau municipal de la previsió de la lletra II) de l'apartat 2. En concret, s'indica expressament que: «3. Les normes relatives a adopció d'acords als municipis que assenyala l'article 121 d'aquesta Llei són les que conté l'apartat 2 de l'article 123.»

Resulta així, que entre les atribucions del ple dels municipis de gran població, l'apartat 1 de l'art. 123 fixa en la lletra i) les relatives a «l'aprovació inicial del planejament general i l'aprovació que posi fi a la tramitació municipal dels plans i altres instruments d'ordenació que preveu la legislació urbanística»; és a dir, i pel que ara fa al cas, exactament les mateixes que determina l'art. 22.2.c per als municipis de règim comú.⁷ L'apartat 2 de l'art. 123, al qual remet l'art. 47.3, assenyala que:

«Es requereix el vot favorable de la majoria absoluta del nombre legal de membres del ple, per a l'adopció dels acords referits en els paràgrafs c), e), f), j) i o) i per als acords que correspongui adoptar al ple en la tramitació dels instruments de planejament general que preveu la legislació urbanística.

Els altres acords s'adopten per majoria simple de vots.»

En definitiva, s'estableix en el règim especial dels municipis de gran població que la regla de majoria especial només es lliga a la tramitació en seu municipal per a l'adopció dels acords del ple de l'ajuntament relatius a planejament general; exactament com en els municipis de règim comú. És evident així que, com hem insistit, s'ha d'interpretar sempre en clau municipal la majoria especial a què es refereix l'actual art. 47.2.II LBRL, clau municipal que sempre ha tengut i mai no s'ha perdut.

Aleshores, és evident que resultaria un contrasentit interpretar que, en els acords que adoptessin els plens de les diputacions (o consells insulars en el nostre cas) amb relació al planejament general aprovat inicial i provisionalment pels municipis, s'hagués d'exigir un quòrum de majoria absoluta. La majoria especial que ha previst en matèria de planejament l'art. 47 LBRL, en les distintes versions que ha tengut, sempre ha partit de la premissa de la seva aplicació a l'àmbit municipal. Pensem que l'esquema de distribució competencial entre administracions de què partia la norma l'any 1985 era el d'una previsió, com a determinació bàsica, que el municipi sempre exercia, i ha d'exercir d'acord amb la doctrina constitucional, dins el marc i en els termes de les lleis autonòmiques, algun tipus de competència, en tot cas pròpia, en matèria de planejament urbanístic (art. 25.2.a LBRL i concordant art. 29.2.c LMRL).

Per contra, les diputacions mai no varen veure reconeguda cap tipus de competència o el manteniment d'alguna atribució en matèria de planejament

⁷ Posteriorment, el punt 1 de la disposició addicional novena de la Llei 8/2007, de 28 de maig, de sòl, modifica un altre cop aquest article, per tal d'afegir-hi com a competència del Ple municipal, la de l'aprovació dels convenis que tinguin per objecte l'alteració de qualssevol dels instruments esmentats.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

urbanístic dins la LBRL; perquè les competències en matèria de planejament urbanístic que es concretaven en la fase d'aprovació definitiva, ja quan s'aprova l'any 1985 la LBRL, s'havien traslladat als òrgans de les comunitats autònomes, provenint dels òrgans estatals urbanístics centrals o perifèrics: ministeris, comissió central d'urbanisme o comissions provincials d'urbanisme.

Així, cal tenir ben present que les competències actuals dels consells insulars en matèria d'aprovació definitiva de planejament urbanístic municipal, mai no han provengut des d'una equiparació a les competències de les diputacions garantides en la legislació estatal de règim local, sinó que compareixen a partir d'una decisió adoptada estrictament pel legislador autonòmic balear, que els transfereix per primer cop aquestes atribucions per la Llei 9/1990, de 20 de juny, d'atribució de competències als consells insulars en matèria d'urbanisme i habitabilitat, i que encaixen, sempre des d'una perspectiva de la legislació bàsica estatal de règim local, en una atribució de competència impròpia que conté la clàusula addicional de l'art. 41.3 LBRL. Els consells insulars assumeixen les competències que la llei de règim local els assigna, «i les que els corresponguin, de conformitat amb l'Estatut d'autonomia de les Balears», determinant que se'ls hi apliquen les normes de la LBRL que regulen l'organització i funcionament de les diputacions provincials.

Però a més i per altra banda, si no s'interpretàs la previsió de la norma de funcionament que constitueix l'art. 47.2.II LBRL en la clau municipal que defensam, no s'hauria pogut validar la fórmula d'exercici de competències predeterminada que va establir la posterior Llei 9/1990 esmentada abans. Aquesta fórmula no era altra que l'establiment de l'exercici material de les competències generals en aprovació de planejament urbanístic mitjançant una organització predeterminada, en forma de comissions insulars d'urbanisme, la composició i organització de les quals es determinaven per cada consell insular, i que s'havien de regular en el seu funcionament i en l'adopció d'acords per la legislació de procediment administratiu.⁸

No pertoca ara entrar en el debat prou extens i la jurisprudència abundant generada quant als límits en la composició d'aquests òrgans resolutoris, i en la necessitat o no necessitat de configurar-se amb un caràcter representatiu. El que interessa destacar és que fins la posterior LCI de 2000, l'exercici pels consells insulars de les competències en l'aprovació definitiva del planejament urbanístic municipal, no s'assignava amb caràcter general al ple, ni, per tant, tampoc no duia

⁸ Qüestió distinta era el manteniment, per una via estrictament interpretativa discutible, d'alguna atribució residual en els plens dels consells insulars, a la qual farem esment en l'apartat següent d'aquest treball.

associat cap règim d'acords a adoptar per majories qualificades, i que aquest tipus de funcionament s'adequava al marc legal.

Certament la nova LCI de l'any 2000, va «alliberar» els consells insulars del funcionament necessari en comissions insulars d'urbanisme per a l'exercici de les competències atribuïdes per la llei autonòmica precedent quant a l'aprovació del planejament urbanístic municipal, permetent-los adoptar l'organització individual i insular que consideressin més adient. Però a la vegada cal destacar i insistir que tampoc no va efectuar cap reserva al ple en el seu art. 8, per a l'exercici de les competències en planejament urbanístic, com ho hagués pogut fer perfectament si així hagués estat la decisió legislativa.

Recordem com en la legislació bàsica de règim local les diputacions provincials (i per extensió els consells insulars) no disposen, des de la perspectiva de garantia institucional, de cap tipus de competència urbanística; ni tampoc, a partir d'aquesta primera raó, no figuren assignades al ple o a favor de cap altre òrgan col·legiat o unipersonal de la seva estructura organitzativa. Això, recordem-ho igualment, a diferència de les previsions relatives a les competències orgàniques dels batles i dels plenis municipals. Per tant, qui determina l'assignació institucional d'una competència en la matèria que ens està ocupant en favor dels consells insulars, i derivadament l'atribució orgànica específica, és sempre la norma urbanística de rang legal.

Prenent com a referència allò que conforma la jurisprudència constitucional relativa a l'exercici de la competència legislativa autonòmica exclusiva en matèria d'urbanisme, amb relació al principi de garantia de l'autonomia local, ens trobam de partida amb que les comunitats autònomes defineixen quin ha de ser el seu sistema de planejament. Aquest sistema sempre acull la figura d'un instrument urbanístic de planejament general municipal, i instruments de planejament de rang inferior, perfilant en segon lloc l'assignació de les competències per a l'elaboració i aprovació d'aquests plans. La garantia de l'autonomia local, concretada pel que fa al cas en la clàusula de l'art. 25.2.a LBRL, imposa que el municipi ha d'exercir en els termes d'aquesta legislació autonòmica urbanística, com a competència pròpia, la de planejament urbanístic.

Així, la legislació urbanística autonòmica ha de respectar un àmbit mínim de competència municipal en planejament urbanístic, factor que aconduïx que se li atribueixi la competència material de formulació del planejament general, i també com a mínim la fase de la seva aprovació inicial. Progressivament, la majoria de regulacions legals autonòmiques en la matèria amplien la competència municipal

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

assignant a aquestes entitats la competència per a l'aprovació definitiva del planejament general esmentat, i més habitualment la del planejament derivat.

És per tant del tot obvi que és en l'àmbit municipal en el que estava pensant i pensa la LBRL per fer operatives les seves normes sobre atribució de competència plenària i de majories ordinàries o qualificades, per tal com estan lligades a la garantia d'un àmbit de competència pròpia municipal en planejament que reconeix l'art. 25.2.a esmentat:⁹ àmbit que reiterem no existeix en cap cas en l'esfera de garantia que preveu l'art. 36 amb relació a les diputacions o entitats locals equivalents.

Contràriament, si la llei urbanística autonòmica corresponent atribueix a òrgans de la seva estructura institucional la competència per a l'aprovació definitiva del planejament general municipal, no té sentit parlar de l'aplicabilitat de la legislació estatal de règim local de 1985 perquè aquesta legislació mai no va tenir com a pretensió ni objectiu la regulació de les atribucions dels òrgans autonòmics que eventualment aprovarien definitivament el planejament. Això, per manca d'habilitació constitucional a la vista que totes les comunitats autònomes tenien assumida, com a competència pròpia estatutària, la d'urbanisme ja en aquell moment.¹⁰ La LBRL, a diferència del que succeeix amb els municipis com a entitat local bàsica, no té habilitació per a la definició de l'òrgan autonòmic competent per resoldre, si escau, l'aprovació definitiva del planejament general, ni per derivació tampoc per a la definició de cap règim de majoria qualificada en l'adopció dels seus acords. Tot això, com hem dit, d'acord amb la doctrina constitucional, és funció del legislador urbanístic autonòmic.

⁹ Vegeu en aquesta línia les consideracions de la doctrina administrativa de la Comissió Jurídica Assessorada de la Generalitat de Catalunya a la que farem esment en l'apartat següent d'aquest treball.

¹⁰ En el nostre cas, en el període preautonòmic, cal tenir present la transferència de les competències estatals en planejament urbanístic operada pel Reial decret 2245/1979, de 7 de setembre, en favor del Consell General Interinsular de les Illes Balears, que li assignava determinades competències de l'Administració de l'Estat previstes en el Text refós de la Llei del sòl i ordenació urbana de 1976. En concret, i pel que ara ens interessa, les previstes en l'art. 35.1.c sobre aprovació del planejament de capitals de província i de poblacions de més de 50.000 habitants, que es traslladaven del Ministeri d'Obres Públiques i Urbanisme al Consell General Interinsular; i les de l'òrgan estatal descentralitzat que constituïa la Comissió Provincial d'Urbanisme, igualment al Consell General com a òrgan preautonòmic. Igualment, en període preautonòmic, l'Estat aprovà el Reial decret 1267/1980, de 6 de juny, que reorganitza la Comissió Provincial d'Urbanisme de Balears, assignant una estructura en ple i

V. L'atribució específica per a l'aprovació definitiva insular de modificacions de planejament amb incidència en zones verdes o espais lliures

L'art. 50 del Reial decret 1346/1976, de 9 abril, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei sobre règim del sòl i ordenació urbana (TRLS/76) i l'art. 129 del Reial decret legislatiu 1/1992, de 26 de Juny, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei sobre el règim del sòl i ordenació urbana (TRLS/92), normes urbanístiques estatals que s'aplicaren amb caràcter supletori a les Illes Balears fins a l'aprovació de la LOUS l'any 2014, estableixen un procediment especial per al tràmit d'aprovació definitiva de modificacions de planejament que tinguessin com a objecte específic l'establiment d'una zonificació o ús urbanístic diferent de les zones verdes o espais lliures que preveïés el planejament. Pel que fa ara al cas, en destacam estrictament l'exigència d'incorporació d'un informe favorable del Consell d'Estat, i l'atribució de la competència per a l'aprovació pel Consell de Ministres en el TRLS/76, mentre que en el TRLS/92, d'acord amb el nou marc constitucional i estatutari, les al·lusions es feien, respectivament, al Consell d'Estat o l'òrgan autonòmic que correspongui, i a l'òrgan executiu de naturalesa col·legiada de la comunitat autònoma.

La vigència d'aquelles normes estatals supletòries, fins al seu desplaçament per la normativa balear pròpia dictada en l'exercici de la competència legislativa exclusiva en urbanisme atribuïda per l'EaIB, és a dir, fins que l'any 2014 s'aprova la LOUS, va generar una determinada doctrina materialitzada primer a través del tràmit d'informe de l'òrgan consultiu, que s'anà exercint pel Consell d'Estat fins l'any 1993, quan es constitueix el Consell Consultiu de les Illes Balears, d'acord amb la Llei 5/1993, de 15 de juny. Des d'aquell moment, a aquest òrgan autonòmic se li assignava la competència de consulta preceptiva per a les modificacions d'instruments de planejament urbanístic amb l'objecte específic que hem assenyalat (art. 10.6.d), desplaçant així la participació del Consell d'Estat. Però va continuar, pel que ara ens interessa, amb una determinada construcció doctrinal amb

seccions insulars, i creant un règim d'organització i funcionament propi, en el qual no se li aplica en cap cas la legislació vigent sobre règim local. Posteriorment, en període autonòmic i ja amb la vigència de l'Estatut d'autonomia, es dicta el Decret balear 51/1983, de 21 de juliol, que declara el pas a la situació d'organisme de la comunitat autònoma de la Comissió Provincial d'Urbanisme de Balears, mantenint la estructura orgànica de ple i de seccions insulars, i determinant un règim d'organització i funcionament molt detallat, plenament autonòmic i separat de la normativa de règim local.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

incidència en el règim orgànic de les aprovacions definitives del tipus de modificacions de planejament a què ens hem referit.¹¹

Així, fins a la posada en funcionament efectiu del Consell Consultiu de les Illes Balears, era el Consell d'Estat qui exercia aquesta tasca d'informe preceptiu en les modificacions de planejament que s'havien d'aprovar definitivament a l'àmbit de la nostra comunitat autònoma. Justament amb ocasió de la vigència de la Llei balear 9/1990, de 20 de juny, esmentada en els apartats precedents, s'originà una línia interpretativa errònia quant a l'abast de les transferències operades per la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en favor dels consells insulars, a partir del seu Dictamen núm. 1473/1991, de 5 de desembre, que es reitera en els posteriors 395, 698 i 699/1993, d'acord amb els quals es considerava el següent:

«El Consejo de Estado, no obstante, no comparte la interpretación de la citada Ley 9/1990 que parece desprenderse de la resolución de la Comisión Insular de Urbanismo de Mallorca, consignada en el punto decimoquinto de antecedentes. En efecto, esta norma no produce, ni pretende producir, un desapoderamiento total de las competencias urbanísticas de la Comunidad Autónoma —lo que, por otra parte, podría presentar problemas de coherencia con el bloque de constitucionalidad—, sino tan solo la extinción de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares y la transferencia de sus competencias a los tres Consejos Insulares de Mallorca, Menorca e Ibiza y Formentera. Así, el artículo 2 de la Ley 9/1990, comienza con la siguiente expresión: “Las competencias asumidas en materia de urbanismo por los Consells Insulars y que en la actualidad son ejercidas por la Consellería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio a través de la Comisión Provincial de Urbanismo de Baleares, se

¹¹ Actualment, la intervenció de l'òrgan consultiu autonòmic es regeix per la posterior Llei 5/2010, de 16 de juny, reguladora del Consell Consultiu de les Illes Balears, que determina en l'art. 4 la preceptivitat de la consulta quan així ho estableixi dita llei o una altra disposició del mateix rang, amb connexió a la clàusula residual del seu art. 18.13, que indica aquesta preceptivitat en «Qualsevol altre assumpte en què una llei exigeixi expressament el dictamen del Consell d'Estat o de l'òrgan consultiu autonòmic superior.» Així, el vigent art. 60.2 LUIB, determina que en el cas de modificacions de figures del planejament urbanístic que tenguin per objecte alterar la zonificació o l'ús urbanístic dels espais lliures o de les zones verdes considerats pel planejament urbanístic com a sistemes urbanístics generals, aquestes s'han de sotmetre a dictamen del Consell Consultiu de les Illes Balears. En aquest supòsit, la resolució definitiva de l'expedient només pot ser aprovatòria si el dictamen del Consell Consultiu és favorable.

ejercerán por la correspondiente Comisión Insular de Urbanismo, en el ámbito de su respectivo territorio”. Hay, pues, una constricción, en virtud de la cual se ciñe a las “competencias asumidas en materia de urbanismo por los Consells Insulars”, precisamente “a través de la Comisión Provincial de Urbanismo”, lo que no deja lugar a duda alguna sobre el alcance de aquéllas. En el mismo sentido, el artículo 3 de la Ley, para precisar la recta interpretación de las atribuciones conferidas, enumera algunas de las que ostenta el Gobierno de la Comunidad Autónoma, mostrando que “la atribución competencial genérica” tiene como límite las que corresponden a órganos autonómicos superiores a la Comisión Provincial extinguida. Esta conclusión se refuerza al examinar el carácter de la enumeración del artículo 3, que no constituye un supuesto de “*numerus clausus*” exceptuados de transferencia, sino una lista ejemplificativa que omite, por evidentes, relevantes competencias en la materia que indudablemente permanecen en el Gobierno Balear (a título de ejemplo cabe indicar la formulación y tramitación de proyectos de leyes sobre urbanismo, la potestad de revisión de oficio de las normas y actos dictados por el propio Gobierno, así como las competencias relativas al planeamiento suprainsular).

Por consiguiente, respecto de las modificaciones de planeamiento que afecten a zonas verdes o espacios libres, ni la competencia consultiva del Consejero que ejerce las funciones que correspondían en el Estado al antiguo Ministro de la Vivienda, ni la decisoria del Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares se han visto afectadas por la promulgación de la Ley 9/1990, de 27 de junio.»

Assumida l'atribució informant pel Consell Consultiu de les Illes Balears, en els primers dictàmens de l'òrgan assessor autonòmic relatiu a la matèria, se separa del criteri del Consell d'Estat quant a la titularitat institucional intracomunitària de la competència per a l'aprovació definitiva d'aquestes modificacions de planejament en concret. És així en el Dictamen núm. 2/1994¹² en el que, d'una manera al nostre entendre impecable, s'explica extensament que el criteri anterior del Consell d'Estat era errat i, per tant, inassumible. D'aquesta forma, el Consell Consultiu de les Illes Balears no podia compartir el criteri i la interpretació feta de la Llei 9/1990, ja que es fonamentava en la previsió particular de l'article 2, estimant que l'article 3 contenia una mera relació exemplificativa i no exhaustiva. Això perquè el Consell d'Estat no

¹² Ponent: Pere A. Aguiló Monjo.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

va realitzar una interpretació sistemàtica del contingut íntegre de la Llei; la qual, com deim molt encertadament, a parer del Consell Consultiu, era la següent:

«No se comparte, sin embargo, el criterio y la interpretación del Consejo de Estado acerca de la Ley 9/90, ya que se fundamenta en la previsión particular del art. 2 y en estimar que el art. 3 contiene una mera relación ejemplificativa y no exhaustiva, pero no realiza una interpretación sistemática del contenido íntegro de la Ley 9/90, de la que, en nuestro criterio, resulta:

- a) Que el art. 1 de la Ley 9/90 se refiere expresamente al art. 39.8º del Estatuto de Autonomía y art. 12.3º de la Ley 5/89, de 13 de abril, de Consejos Insulares, y configura la atribución de competencias "...con carácter de propias...", añadiendo que alcanza a "...TODAS las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares en relación con la legislación de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana y por disposiciones reglamentarias y concordantes, en su respectivos territorios".

Lo expuesto conduce al art. 148.1.3 C.E., al art. 10.3º del Estatuto de Autonomía y a los Reales Decretos de Traspaso de Funciones y Medios 2245/79, de 7/IX, en relación a la Disposición Transitoria 1ª del Estatuto de Autonomía, y 1123/84, de 8 de febrero y, en concreto, a la plena asunción por la C.A.I.B., en materia de urbanismo, de "...la totalidad de las funciones que venía desempeñando la Administración del Estado, salvo las reservadas a ésta en el apartado c) del presente acuerdo", que, en cuanto al urbanismo, se limitan a las derivadas del art. 180.2º y 3º de la Ley del Suelo de 1976 –hoy art. 244 del R.D.L. 1/92—.

- b) El art. 2 de la Ley 9/90 constituye, en cambio, una norma particular encaminada únicamente a precisar que las competencias urbanísticas que ejercía la C.A.I.B., a través de la Comisión Provincial de Urbanismo, "...se ejercerán por la correspondiente Comisión Insular de Urbanismo, en el ámbito de su respectivo territorio", pero sin que se desprenda de ello que son éstas las únicas competencias atribuidas a los Consejos Insulares.
- c) La atribución "genérica" contenida en el art. 3 de la Ley 9/90, en tanto se refiere expresamente al art. 1 que alude a "todas las competencias", conduce a la enumeración de las únicas competencias que, en materia de urbanismo, se reserva el Gobierno de la C.A.I.B.
- d) La Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S.J. de Baleares, al revisar los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de las Comisiones Insulares de Urbanismo de Mallorca y de Eivissa-Formentera ha dictado las

sentencias 322/91 de 13/VII y 540/91, de 30/XI, en las que confirma las conclusiones establecidas en los párrafos anteriores, al afirmar que:

“...La Ley 5/89 –artículo 12.3- reconoce como competencia propia de cada Consejo Insular la que con tal carácter le atribuya una Ley del Parlamento de entre las relacionadas en el artículo 39 del Estatuto de Autonomía, que en su apartado octavo comprende al urbanismo. La Ley del Parlamento 9/90 sirvió a este propósito y, así, en su artículo 1, atribuye a cada Consejo Insular, con el carácter de propias, todas las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma en materia de urbanismo.

Para la distribución del ejercicio de dichas competencias por los órganos del Consejo, la Ley únicamente impone —artículo 2, párrafo primero— el de las que hasta entonces se llevaban a cabo por la Comisión Provincial de Urbanismo, que deberá ejercerse “por la correspondiente Comisión Insular de Urbanismo, en el ámbito de su respectivo territorio”. La composición y organización de la Comisión —pero no la extensión de las competencias cuyo ejercicio le impone la Ley del Parlamento— ha de determinarse por cada Consejo Insular (artículo 2, párrafo segundo, de la Ley 9/90. Consecuencia de ello debe ser, en primer término, que a falta de disposición expresa, ha de entenderse que la voluntad de la Ley es que el resto de competencias sean ejercidas por el Pleno del Consejo...”

La conclusión, en este primer punto, debe ser la de que la competencia de aprobación contenida en el artículo 129 del R.D.L. 1/92 ha sido atribuida a los Consejos Insulares (art. 1 de la Ley 9/90), no viene reservada al Gobierno de la C.A.I.B. (art. 3 de la Ley 9/90) y debe ser ejercitada por el Pleno de aquéllos.»

El dictamen al·ludit fixa les pautes que, de manera reiterada ha anat recordant la doctrina del Consell Consultiu. Aquesta doctrina fixada inicialment, de manera resumida i cenyint-nos estrictament en els aspectes que ens ocupen en aquest treball, comportava:

- En primer lloc, la clarificació del fet que dins la nostra estructura organitzativa autonòmica, la competència institucional per a l’aprovació definitiva d’aquelles modificacions específiques de planejament corresponia als consells insulars i, a nivell orgànic, esdevenia una atribució del respectiu ple. Es determinava així l’equivalència al Consell de Govern com a òrgan executiu superior de naturalesa col·legiada en favor del ple de cada consell

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

insular. Equivalència raonable si tenim en compte que en aquell moment no existia la figura del Consell Executiu en els ens insulars, que es crea en la posterior LCI de 2000; i que partia d'equiparar el ple com a òrgan d'un nivell «jeràrquic» superior al que era l'extingida Comissió Provincial d'Urbanisme de Balears, substituïda per la respectiva Comissió Insular d'Urbanisme, que imposava la Llei 9/1990.

Tanmateix, caldria recalcar que el Dictamen del Consell Consultiu recull jurisprudència del TSJIB, de la qual es podia donar a entendre que, una vegada que s'hagués delimitat orgànicament mitjançant normativa d'aquesta naturalesa l'òrgan titular d'aquesta competència especial, no necessàriament s'havia de mantenir com a inamovible una atribució plenària. Afirmava que la Llei estrictament havia preconfigurat l'extensió de les competències de les comissions insulars i que, per això, s'havia d'entendre que la resta de competències s'haurien d'exercir pel ple, però no tancava la porta a una reassignació de l'atribució per la via de la potestat d'autoorganització de cada consell insular. Més encara, si una llei autonòmica posterior, fos urbanística o de règim de consells insulars, no determinava una reserva expressa al ple per a l'exercici d'aquella atribució.

- En segon lloc, en la doctrina inicial que va poder fixar el Consell Consultiu, s'ha de destacar que en cap cas no s'establia l'aplicació de cap règim de majoria qualificada per als acords que adoptessin els plenaries dels consells insulars per a l'aprovació definitiva d'aquestes modificacions. Efectivament, no se'n parla expressament, potser degut al fet que les normes estatals que assignaven successivament l'atribució al Consell de Ministres i al Consell de Govern autonòmic, mai no varen preveure cap règim de majories, pel fet que aquells òrgans executius es regien en l'adopció dels acords per un règim específic. En aquest sentit, volem recalcar que aquelles normes estatals mai no al·ludien a cap òrgan de caràcter representatiu, sinó a uns òrgans superiors executius de naturalesa col·legiada.

L'equiparació establerta en la doctrina del Consell Consultiu es va mantenir amb la vigència de la nova LCI de l'any 2000. En aquest sentit, tot i que la nova Llei va derogar l'art. 2 de la Llei 9/1990, de 20 de juny, i per tant el funcionament necessari mitjançant comissions insulars d'urbanisme, es considerava el manteniment de l'atribució en el ple per a l'aprovació definitiva d'aquest tipus de modificacions de planejament a què ara ens referim, això «segons allò que disposa l'article 1 de la Llei autonòmica 9/90, de 27 de juny, d'atribució de competències als consells

insulars en matèria d'Urbanisme i Habitabilitat. Cal dir que l'esmentat precepte manté la seva vigència segons la disposició derogatòria de la Llei autonòmica 8/00, de 27 d'octubre, de Consells Insulars.»¹³

Ara bé, al nostre entendre, per ventura s'hagués pogut donar una altra lectura a la vigència de la nova LCI, en el benentès que, com hem exposat, es donava a entendre en la doctrina inicial del Consell Consultiu que l'atribució al ple podia ser replantejada en funció de les normes d'organització futures. En aquest sentit, consideram que la mateixa LCI determinava clarament una equiparació, ara ja per via legislativa i no per construcció de doctrina de l'administració consultiva. Ens referim a la previsió de la figura del Consell Executiu en l'organització dels consells insulars, certament d'introducció potestativa en aquell moment, que regulava el seu art. 12, d'acord amb el qual corresponia a aquest òrgan, i sense perjudici de les atribucions conferides a altres òrgans de govern, la «funció executiva en relació amb les competències del consell insular i, en especial, de les transferides o delegades per la comunitat autònoma.»

Precisament aquesta clàusula era la que cobrava connexió amb l'art. 1 de la Llei 9/1990, que deixava vigent la nova LCI de 2000. Les competències executives en matèria d'urbanisme, s'exercirien pel Consell Executiu, tret de la previsió d'atribució de competència a altres òrgans expressament prevista en norma legal o per la via dels reglaments orgànics. Tanmateix, els tres reglaments orgànics dels consells insulars aprovats d'acord amb la nova LCI no donaren passes excessivament clarificadores en la determinació d'aquesta atribució orgànica específica, lligada amb l'exercici de les aprovacions especials de planejament previstes en l'art. 50 TRLS/76.

En els consells insulars d'Eivissa i Formentera i de Mallorca,¹⁴ després de la vigència de la LCI de 2000, se seguiren mantenint les figures de les comissions insulars, ara amb la peculiaritat que exercirien «amb caràcter general» les competències assumides pel respectiu consell per la Llei 9/1990, per bé que amb una clàusula de tancament exclouent per al cas que les «esmentades competències no

¹³ Dictamen del Consell Consultiu de les Illes Balears núm. 90/2001, de 4 de desembre, relatiu a la modificació puntual del Pla General d'Ordenació Urbana de Llucmajor, a l'àmbit de la zona ses Escoles (ponent: Joan Oliver Araujo).

¹⁴ El cas del Consell Insular de Menorca va ser diferent, atès que tot i que va regular en el seu reglament orgànic adaptat a la nova Llei de Consells de l'any 2000 la figura de les comissions, les va dotar estrictament d'una naturalesa dictaminant, atribuint de manera general al seu ple la competència per dictar els actes resolutoris sobre aprovació definitiva del planejament urbanístic municipal.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

estiguin atribuïdes a un altre òrgan». És a dir, amb caràcter general, les comissions insulars assumien totes les competències urbanístiques a què es referia l'art. 1 de la Llei 9/1990, deixant el dubte referent a si la competència urbanística d'aprovació definitiva derivada de l'art. 50 TRLS/76 continuava estant assignada com a «competència especial» a un altre òrgan insular diferent al de la corresponent comissió.

Tanmateix, el dubte se centrava en determinar si, a manca de cap més precisió orgànica, l'atribució corresponia al Consell Executiu o al Ple, tots dos òrgans de naturalesa col·legiada, com exigien les normes estatals. Potser així que una certa inèrcia expliqui que els consells insulars no es plantejessin la vigència de la regla construïda per via interpretativa del Consell Consultiu, que com hem vist seguia atribuït a l'esfera del ple l'adopció dels acords d'aprovació definitiva d'aquestes modificacions de planejament urbanístic. Això va ser així fins que el Consell Insular de Mallorca va plantejar la qüestió directament a l'òrgan assessor,¹⁵ en els termes següents:

«2. Igualment, es planteja un dubte que consideram requereix l'assessorament consultiu, no tan sols per aquest concret expedient, sinó també pels que es puguin plantejar més endavant respecte a la competència urbanística que fins abans de la referida Llei de consells insulars s'assignava al Ple de la Corporació en matèria urbanística, en concret la de l'aprovació del planejament general del municipi de Palma i de les modificacions subjectes a la tramitació de l'article 50. Donat que l'article 12 de la referida Llei de consells estableix que correspon al Consell Executiu la funció executiva en relació amb les competències del Consell Insular i, de les transferides o delegades per la comunitat autònoma, i essent l'urbanisme una competència transferida, el dubte plantejat és si cal interpretar que les referències de la legislació urbanística al concepte de l'òrgan executiu superior de naturalesa col·legiada s'ha d'entendre que a l'actualitat serà a aquest Consell Executiu, o bé s'ha de considerar que es continua mantenint la competència en els Plenaris del respectiu Consell Insular.»

¹⁵ La consulta es va plantejar des de la perspectiva que l'urbanisme era matèria transferida als consells insulars des que es va aprovar la Llei 9/1990, de 20 de juny, del Parlament balear, i que l'art. 15 de la Llei 5/1993, de 15 de juny, autoritzava els presidents dels consells insulars per demanar dictamen, amb caràcter facultatiu, quan es tractés d'assumptes de rellevància notòria que poguessin afectar directament l'àmbit de competències respectiu (art. 15.1.i), considerant en aquest sentit el Consell Consultiu que era obvi que les qüestions a estudiar, eren classificables en els «assumptes de rellevància notòria» que el legislador va prendre en compte en l'exposat ordre de coses.

La consulta va derivar en l'emissió del Dictamen núm. 24/2002, de 9 d'abril,¹⁶ relatiu a l'expedient sobre modificació de les normes subsidiàries de planejament de Manacor, en funció d'un projecte tècnic de rehabilitació de l'estació i del seu entorn urbà, en la què s'havia plantejat de manera col·lateral la qüestió; dictamen en el qual s'analitza en la seva consideració jurídica vuitena, que transcrivim íntegrament:

«S'ha de posar en relleu *ab initio* que l'expressió "òrgan executiu superior de naturalesa col·legiada de la comunitat autònoma corresponent" que s'esmuny en l'escrit de la Presidència del Consell Insular de Mallorca es va inserir a l'art. 129 del text refós de 26 de juny de 1992 que, com s'ha dit, va quedar convertit en precepte nul mitjançant la Sentència del Tribunal Constitucional de 20 de març de 1997. I en l'art. 50 del text refós de 9 d'abril de 1976 les referències d'autoritats que han de participar en el procés de modificació "qualificada" del planejament, es concreten, com se sap, en el Consell de Ministres, en els ministres i en el Consell d'Estat.

Per tant, el trasplantament del sistema configurat per la modificació de planejament qualificat que es ressenya a l'esmentat art. 50, des de la cúpula de l'Administració general de l'Estat a la de les comunitats autònomes que l'han substituït per a l'aplicació del precepte, hauria de comportar en un ordre lògic que fos el Ple del Consell Insular de Mallorca l'òrgan superior que abordàs l'aprovació de tal tipus de modificacions de planejament. Realment, això és el que ha esdevingut fins a l'entrada en vigor de la Llei de consells insulars, en desplaçar-se en tals supòsits l'aprovació definitiva de rigor des de la Comissió Insular d'Urbanisme fins a l'expressat Ple del Consell Insular corresponent.

Però és evident que l'entrada en vigor de la Llei balear de 27 d'octubre de 2000, rectora dels consells insulars, pot donar lloc a problemes en l'esmentat ordre de coses, en vista de la disposició derogatòria segona, epígraf a), que deixa sense efecte l'art. 2 i el núm. 2 de l'art. 3 de la Llei balear 9/1990, de 20 de juny, sobre transferència de competències urbanístiques als consells insulars, atès que el derogat art. 2 centrava en les comissions insulars d'urbanisme les competències que fins llavors havien estat atribuïdes a la Comissió Provincial connectada a la Conselleria d'Obres Públiques i Ordenació del Territori del Govern Balear.

En un altre aspecte —i encara que es notin a faltar en la consulta les concrecions adequades, ja que l'al·lusió al Pla General d'Ordenació Urbana de Palma de Mallorca sembla insuficient— seria aventurat exposar ja criteri interpretatiu ferm, atès que s'està en procés inaugural d'un nou sistema com és

¹⁶ Ponent: Miguel Coll Carreras.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

l'implantat a mercè de la Llei balear que s'invoça en al·ludir-se al Consell Executiu creat pel seu art. 12. La "funció executiva" que s'esmenta en l'epígraf a) del precepte, tenint en compte la generalitat expressiva d'aquest, no pot tenir unes dimensions de tal envergadura que, per exemple, en l'àmbit de les competències del Consell Insular "transferides o delegades per la comunitat autònoma", passi a ser l'esmentat Consell Executiu el dipositari de totes les atribucions decisòries inherents al que hagi estat objecte de transferència. S'ha de pensar que en qualsevol matèria s'experimenta normalment una dualitat d'esglaons que fa possible que els qui ocupin els de més alt nivell encarnin la plenitud competencial quedant adjudicades als inferiors en rang les qüestions catalogables com a típicament executives.

Però aquest article 12, a més del particular transcrit, integrat a l'epígraf a) del precepte, conté un primer paràgraf que diu així:

Corresponden al consejo ejecutivo, bajo la dirección del Presidente y sin perjuicio de las atribuciones conferidas a otros órganos de Gobierno [...].

Tal primer paràgraf, que apunta a un principi de subsidiarietat, patrocina en el sentit que només allò no expressament atribuït a determinats òrgans dels consells insulars podrà incumbir al Consell Executiu, en l'aspecte "realitzador" consubstancial amb la teoria de l'execució en l'àmbit del Dret administratiu, té una norma paral·lela en la mateixa Llei, com és l'article 9.2.x, que proclama que correspon al president del Consell Insular "exercir aquelles altres atribucions que la legislació assigni al Consell Insular i que no estiguin expressament conferides a altres òrgans".

Ara bé, en centrar l'atenció en el supòsit que, en concret, és causa generadora de la consulta, caldrà es faci un recorregut de les atribucions que es confereixen al Ple del Consell Insular en l'article 8 de la Llei esmentada, ja que si així es fa es descobrirà que en l'epígraf q) de l'apartat 1 del precepte s'inclou la consistent a "alterar la qualificació jurídica dels béns de domini públic".

Evidentment, l'aplicació de l'article 50 del text refós de la Llei del sòl, de 9 d'abril de 1976, descansa en una requalificació de zones verdes o espais lliures, és a dir, de béns de domini públic la titularitat dels quals resideix en l'Ajuntament, i la necessitat que intervingui el Consell Consultiu, amb emissió de dictamen, completada amb la competència decisòria que assignar, fins a l'entrada en vigor de la Llei de consells insulars, al Ple d'aquests, correspon a una activitat de l'Administració autonòmica que versa sobre "alteració de la qualificació jurídica dels béns de domini públic", per tal com qualsevol presa de decisions que afecti la

configuració i l'emplaçament de les susdites zones verdes o dels espais lliures de referència s'ha de conceptualitzar com a determinació implicative d'una alteració del domini públic. D'aquí, doncs, que, tot i recorrent camins diferents dels que es varen utilitzar abans de l'entrada en joc de la Llei de consells insulars, s'hagi de desembocar en la conclusió que continua essent el Ple d'aquests consells insulars l'òrgan competent per culminar el procés singular al qual respon l'invocat article 50 del text refós esmentat.»

La conclusió de l'òrgan assessor era per tant prou clara. Ara bé, des del màxim respecte a la doctrina del Consell Consultiu que sempre que hem tengut ocasió hem agafat com a referent, hem de manifestar-hi la nostra discrepància, i també ben respectuosament hem de dir que els arguments emprats per arribar a tal conclusió varen ser del tot inconsistents. Més encara, de la seva lectura es pot extreure una certa impressió que la resposta estava predeterminada i del que es tractava era de trobar-hi les motivacions que fossin. Anem a explicar el perquè de la nostra discrepància.

Notem que la consideració jurídica vuitena comença d'una forma una mica estranya quan al·ludeix a la manera en què «s'esmuny» de l'escrit de la Presidència del Consell Insular consultant la consideració de l'existència d'un òrgan executiu superior de naturalesa col·legiada de la comunitat autònoma, per tal com la declaració d'inconstitucionalitat de l'art. 129 TRLS/92 comportava la recuperació de vigència de l'art. 50 TRLS/76 que només al·ludia al Consell de Ministres. Sorpren aquesta mena de retret perquè, al cap i a la fi, va ser el mateix Consell Consultiu qui va fixar taxativament, per a l'aplicació de l'art. 50 TRLS/76, una equiparació successiva del Consell de Ministres en el Consell de Govern de les Illes Balears, que no es negarà és òrgan executiu superior de naturalesa col·legiada de la comunitat autònoma, per després equiparar-hi el ple dels consells insulars.

Seguidament, tot i que el Dictamen reconeix l'evidència que la nova LCI podia donar lloc a problemes en aquesta equiparació; indica que seria aventurat exposar ja un criteri interpretatiu ferm, atès que s'estava en procés inaugural d'un nou sistema. Tanmateix, acaba fixant un criteri que, al final de la consideració, sembla inamovible per molt que s'acabés d'«inaugurar» el nou sistema legal.

Però el punt de major discrepància que hem d'assenyalar és la negació de l'evidència del text de la nova LCI: es nega així, amb uns arguments gens convincents, que la funció executiva atribuïda al Consell Executiu és general amb relació a les competències transferides per la comunitat autònoma. Això perquè, conscientment o inconscient, ens ve a dir que en aquestes competències aquell òrgan s'haurà de limitar a exercir de manera residual les atribucions que no tinguin

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

altres òrgans. I això, en cap cas, no és el que es desprèn de la literalitat de la Llei de consells. Anem per parts.

El que clarament va expressar l'art. 12 LCI és que corresponien al Consell Executiu unes atribucions originàries, que s'identificaven amb «La funció executiva en relació amb les competències del consell insular i, en especial, de les transferides o delegades per la comunitat autònoma». Dins aquestes funcions generals, la Llei recalcava que, en especial, s'hi incloïen les transferides per la comunitat autònoma, com era el cas ni més ni menys que el de les matèries previstes en la Llei 9/1990. Però és que a més, d'aquestes atribucions generals originàries, remarcades algunes d'elles «en especial» del Consell Executiu, s'hi afegien com a addicionals «La resta d'atribucions que li siguin assignades en el Reglament orgànic, així com les delegades o objecte d'encomanda per altres òrgans.»

En canvi, el Consell Consultiu va optar sorprenentment per donar més valor a una clàusula de salvaguarda que encapçalava l'art. 12, d'acord amb la qual aquest gruix de competències atribuïdes per la LCI ho són «sense perjudici de les atribucions conferides a altres òrgans de govern», i encara més, acudint per això a un paral·lelisme amb les atribucions de la presidència que preveu aquesta mateixa clàusula. Emprant aquest argument, el que fa el Consell Consultiu és pervertir la funció d'una clàusula de salvaguarda de les atribucions (expresses i taxatives) d'uns òrgans distints al Consell Executiu, per negar el caràcter de la seva atribució per exercir «en especial» les competències que provinguin de transferències dutes a terme per llei autonòmica.¹⁷ Tot això, per aplanar el camí cap a l'argument final que consideram del tot inacceptable, i al que ens referirem.

¹⁷ Semblava no volia fer menció a l'exposició de motius de la LCI que precisament al·ludia, com un dels seus trets més innovadors, a la previsió en la nova organització d'un consell executiu, llevat que el Reglament orgànic disposés una altra cosa. Afegint que «Aquest òrgan, cridat a ser l'element motor del govern i de l'administració executiva dels consells, queda sotmès al president i, en la seva composició, s'entén que hi ha de prevaler el principi d'eficàcia.» Tampoc no al·ludia a preceptes com l'art. 13.3, que remarcava indirectament la funció d'exercici «amb caràcter general les competències transferides o delegades per la comunitat autònoma», pel cas que es decidís la no previsió en el Reglament orgànic del Consell Executiu, passant a exercir la seva atribució originària la Comissió de Govern. Ni tampoc en l'art. 15.2, que remarcava igualment aquest mateix caràcter en el règim de funcionament; o també l'art. 17.2, que preveu la possibilitat de sotmetre a debat plenari la gestió del Consell Executiu, precisament des de l'enteniment que esdevé l'òrgan titular d'unes competències d'execució que no corresponen al ple.

Abans però, volem posar de manifest una incongruència d'aquest plantejament de partida amb els mateixos precedents del Consell Consultiu. Efectivament, si havia dit en la seva doctrina inicial, remarcant-ho en majúscules i subratllant-ho en els seus dictàmens, que la Llei 9/1990 havia transferit totes les competències urbanístiques als consells, inclosa la de l'art. 50 TRLS/76, i la nova LCI havia fet desaparèixer l'existència necessària de comissions insulars d'urbanisme, s'hauria de cercar un òrgan que, com a mínim en el nivell abstracte de la llei i a reserva del que decidissin els ulteriors reglaments orgànics de cada consell insular, assumís les atribucions d'exercici de les competències executives urbanístiques.

Dins l'esquema legal inicial de la nova LCI, aquest òrgan no podia ser d'altre que el Consell Executiu, precisament per allò que determinava «en especial» el seu art. 12. Qüestió diferent era que es pogués discutir si el Consell Executiu es podia entendre com a òrgan equivalent al Consell de Ministres a què es referia l'art. 50 TRLS/76, en el benentès que la reserva orgànica la predeterminava una llei sectorial, i en cas negatiu seguir defensant una equivalència al ple del consell insular, i des d'aquesta perspectiva negar-li l'atribució al Consell Executiu. Però el que no tenia cap consistència era l'argument de negació de l'atribució sobre la base de cercar, sembla que fos com fos, clàusules de reserva d'atribucions en favor d'altres òrgans prevists dins la LCI i no dins la llei material urbanística, distint al cridat a exercir d'entrada les competències transferides per la Llei 9/1990.

En definitiva però, l'argument decisiu i final del Consell Consultiu per mantenir la competència plenària, no es va basar en l'equiparació «orgànica» del ple del consell al Consell de Ministres, sinó en una equiparació d'atribucions per matèries pròpies del ple establertes en l'art. 8 LCI, i més concretament «centrar l'atenció en el supòsit que, en concret, és causa generadora de la consulta, caldrà es faci un recorregut de les atribucions que es confereixen al Ple del Consell Insular en l'article 8 de la llei esmentada, ja que si així es fa es descobrirà que en l'epígraf q) de l'apartat 1 del precepte s'inclou la consistent a "alterar la qualificació jurídica dels béns de domini públic".»

El descobriment és com veim, ni més ni menys, que el ple del consell insular té l'atribució orgànica per alterar la qualificació jurídica dels béns de domini públic, i que l'aplicació de l'art. 50 TRLS/1976 «descansa en una requalificació de zones verdes o espais lliures, és a dir, de béns de domini públic la titularitat dels quals resideix en l'Ajuntament», i que «la competència decisòria que assigna, fins a l'entrada en vigor de la Llei de consells insulars, al Ple d'aquests, correspon a una activitat de l'Administració autonòmica que versa sobre "alteració de la qualificació

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

jurídica dels béns de domini públic”, per tal com qualsevol presa de decisions que afecti la configuració i l’emplaçament de les susdites zones verdes o dels espais lliures de referència s’ha de conceptuar com a determinació implicative d’una alteració del domini públic.»

L’argument anterior, com hem avançant i insistint en el respecte a la discrepància, l’entendem del tot inconsistent. La naturalesa de l’activitat d’intervenció dels consells insulars en qüestió en cap cas no és identificable amb una funció tutelar del manteniment d’una qualificació jurídica de béns de domini públic municipals. Ni des d’una perspectiva del contingut material, ni tampoc des d’una perspectiva de la tradició legislativa.

L’activitat administrativa no és d’altra que l’exercici d’un control de legalitat de la proposta municipal de modificació del planejament urbanístic; incrementada pel que fa al cas a verificar que respecti, a més, la qualitat i la quantitat de les zones verdes o espais públics afectats. La tutela que anava exercint successivament el Consell de Ministres, el Consell de Govern de la CAIB i, en darrer terme, els plens dels consells insulars no s’explicava mai com una activitat de control sobre béns demaniais pertanyents als municipis, sinó des d’una visió de control específic i subjecte a formalitats concretes, per tal de garantir el manteniment d’uns estàndards urbanístics de qualitat urbana que determinava la legislació d’aquest sector dins els procediments de modificació puntual del planejament.

Resulta igualment un mer artifici acudir a la reserva plenària de l’art. 8.1.q LCI per justificar el manteniment de l’atribució al seu favor d’una potestat en matèria de planejament; perquè és obvi que l’alteració de la qualificació jurídica dels béns de domini públic a què es refereix aquest epígraf només es pot relacionar, des d’una perspectiva de titularitat institucional, amb elements immobles que pertanyen al consell insular corresponent com a tal institució; mai a béns demaniais de titularitat municipal.

Altrament, i ara ja des d’una mera perspectiva dialèctica, cal assenyalar que no és cert que una modificació del planejament que afecta zones verdes o espais lliures comporti sempre una alteració de la qualificació jurídica de béns de domini públic municipal. Per una banda, pot ser que el canvi de destinació de l’ús urbanístic d’un d’aquells elements no impliqui cap canvi de qualificació jurídica si, per posar-ne un exemple, continuen mantenint una destinació a l’ús o domini públic municipal. Pensem en els casos en què part d’una zona verda o espai lliure públic es destini a sistema viari o a un equipament de titularitat pública. D’altra banda, hem de tenir present que en la majoria de casos en què es plantegen aquestes modificacions de

planejament, la seva proposició parteix justament del fet que, formalment, les zones amb aquesta destinació no pertanyen encara al domini públic municipal.

Efectivament, les zones verdes o espais lliures públics o bé són objecte d'expropiació per pertànyer a l'estructura general i orgànica que ha dissenyat el pla urbanístic, o bé són objecte de cessió gratuïta en el cas de pertànyer als denominats sistemes urbanístics locals. Fins que no es materialitza l'expropiació o no es formalitza la cessió, aquests elements continuen essent de titularitat privada, per la qual cosa la modificació de planejament no incideix en l'estatus o qualificació d'un bé de domini públic, per la simple raó que no s'ha incorporat encara a aquest domini especial.

Un tercer element de crítica que s'ha de fer a la interpretació del Consell Consultiu en aquell Dictamen és que, si s'ha de ser coherent, s'hauria d'haver dut fins a les seves conseqüències en la seva totalitat, i atribuir als plens dels consells insulars la competència per aprovar tot tipus de modificacions de planejament urbanístic.

Perquè clar, si es conclou que la competència en matèria de planejament dels consells insulars, per tractar-se d'afectar a zones verdes o espais lliures públics, queda subsumida en l'atribució plenària de l'art. 8.1.q LCI, òbviament hauríem d'aplicar la mateixa subsumició per a qualsevol alteració del planejament urbanístic municipal que aprovin els consells que afecti a béns de domini públic, no ja municipals, sinó pertanyents a qualsevol administració pública. Sembla que el Consell Consultiu oblidava que un solar d'equipament escolar de titularitat pública també és domini públic; com ho és també una instal·lació esportiva, una biblioteca, un centre sanitari públic, els elements que integren els sistemes viaris, i una llarga llista d'altres elements urbanístics.

Així, amb el mateix argument, s'hauria de defensar que una modificació de planejament urbanístic que proposa traslladar d'ubicació una biblioteca municipal, fixant en el terreny que actualment ocupa uns usos distints amb aprofitaments privats, i requalificant un terreny actualment amb aprofitament lucratiu privat per a la seva destinació a un equipament d'ús públic amb modalitat de biblioteca; correspondria igualment a l'esfera d'atribucions dels plens dels consells insulars la seva aprovació definitiva. Més encara, l'aprovació definitiva de qualsevol primera formulació o revisió de planejament municipal, per aquest mateix sil·logisme estaria reservada a la competència plenària insular, perquè directa o indirectament alguna administració pública titular de béns demaniais en el territori municipal segurament podria veure's afectada; supòsits de revisió o primera formulació en els quals no s'havia aplicat mai el procediment excepcional previst en l'art. 50 TRLS/76.

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

Sigui com sigui, en el que ens està ocupant, aquesta crítica que estam duent a terme resulta necessària des del punt de vista que, si no existeix reserva d'atribució plenària, naturalment no hi resulta tampoc d'aplicació el règim de majoria qualificada previst en l'art. 47.2 LBRL. A més, pensam honestament que aquest debat avui en dia ha esdevingut més que superat.

Això perquè, al cap i a la fi, l'atribució orgànica en favor dels plenis insulars va ser una construcció doctrinal del Consell Consultiu que sempre es va basar en un dubtós règim d'equivalències; a partir de les successives previsions de lleis urbanístiques estatals, l'art. 50 TRLS/76 en favor del Consell de Ministres, i l'art. 129 TRLS/92 en favor de l'òrgan executiu superior autonòmic de naturalesa col·legiada. Les normes estatals esmentades mai no es varen configurar com a legislació bàsica, essent per tant una decisió del legislador autonòmic urbanístic el manteniment d'un procediment específic i més garantista per a les modificacions de planejament que ens ocupen o simplement la seva supressió;¹⁸ així com l'atribució específica a un òrgan en concret del tràmit d'aprovació definitiva o assignar la competència als òrgans urbanístics ordinaris.

De fet, el nostre legislador urbanístic ha reconfigurat en alguns aspectes significatius aquest règim especial de modificacions de planejament. En l'art. 60 LUIB podem observar, per exemple, la supressió de la necessitat del dictamen de l'òrgan consultiu en les modificacions de zones verdes o espais lliures que en el planejament vigent estiguin conformades com a sistemes locals; i, en alguns casos, en connexió amb el règim de competències institucionals municipals i insulars que preveu l'art. 54, s'apodera a determinats ajuntaments per resoldre el tràmit d'aprovació definitiva.

Per tant, les reserves orgàniques per al tràmit d'aprovació definitiva, en cas d'existir, sempre han estat previsions fetes en la legislació urbanística estatal supletòria, i després en la legislació autonòmica pròpia. En el nostre cas, va ser decisiva l'aprovació de la LOUS, que va declarar expressament en la seva disposició final primera la inaplicabilitat, no només de l'art. 50, sinó de totes les previsions del TRLS/76, llevat de les determinacions que poguessin tenir caràcter de normativa bàsica o una altra categoria normativa reservada a la competència de l'Estat. No era com hem dit el cas d'aquell precepte, com ho reafirma la previsió

¹⁸ Algunes reconeguda doctrina indica que el procediment especial de modificacions de planejament que afectin zones verdes o espais lliures es manté en algunes lleis urbanístiques pels possibles recels davant possibles crítiques en la seva supressió; però que al capdavall el que interessa és que la llei urbanística autonòmica obligui a respectar la qualitat i quantitat de dits espais. *Vid.* BAÑO LEÓN, J. M.^a *Derecho Urbanístico Común*. Madrid: Lustel, 2009, pàg. 202.

expressa del caràcter supletori de l'ulterior art. 129 TRLS/92, declarat inconstitucional per altra banda.

Així, tant la LOUS com ara la LUIB, amb caràcter general i amb referència a la competència dels consells insulars relativa a l'aprovació definitiva del planejament urbanístic municipal, quan això els hi correspon, es limita sempre a la remissió a la potestat d'autoorganització pròpia de cada consell insular. A diferència de l'esquema de la Llei 9/1990, de 20 de juny, no existeix amb caràcter general cap predeterminació d'òrgans per a l'exercici de les competències urbanístiques; al contrari, utilitza sempre la fórmula de «l'òrgan del consell insular competent per a l'aprovació definitiva»; motiu pel qual no existeix cap reserva legal en la norma urbanística d'atribució en favor del plenari corresponent. Ni en l'art. 60 LUIB, regulador dels requisits d'aquests tipus de modificacions, ni tampoc a cap altre precepte de la norma legal, no existeix una reserva orgànica que avaluï mantenir el règim d'atribució que va construir la doctrina del Consell Consultiu de les Illes Balears en aquest sentit.

D'aquesta manera, seran en essència els respectius reglaments orgànics insulars els que determinaran amb llibertat les atribucions d'aprovació definitiva de tot tipus d'alteracions de plans urbanístics.¹⁹ Notem a més, que en la LUIB només hi ha una predeterminació quant al règim d'exercici de competència orgànica, com és la prevista en l'art. 149.3 en favor del ple per a l'exercici de les facultats excepcionals d'execució de projectes en contra del planejament urbanístic municipal, amb relació a les matèries establertes en l'art. 70 EAIB. Atribució de la qual, tanmateix, hem de fer notar que no duu associada l'adopció de la decisió amb règim de majoria qualificada.

Aquest és, per altra banda i com no podia ser d'altra manera, l'esquema que assumeix el vigent Reglament general de la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació

¹⁹ El cas més significatiu és el del Consell Insular de Mallorca, atès que el seu Reglament orgànic vigent no duu a terme cap atribució al ple, i amb la previsió en el seu art. 44 de la Comissió Insular d'Ordenació del Territori i Urbanisme exerceix, òrgan que és el que exerceix «amb caràcter general, les competències pròpies del Consell Insular de Mallorca d'acord amb els apartats 1 i 13 de l'article 70 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears i la legislació concordant aplicable en matèria d'urbanisme i ordenació del territori, respectivament, sempre que les competències esmentades no estiguin atribuïdes a un altre òrgan del Consell Insular de Mallorca.»

Algunes consideracions entorn del règim de majories exigibles...

i ús del sòl (RLOUSM),²⁰ quan en el seu art. 26.1 estableix que són òrgans urbanístics del Consell Insular de Mallorca els que determinen les seves normes d'organització que s'aprovin en el marc de la legislació de règim jurídic dels consells insulars; en definitiva, els reglaments orgànics i els decrets d'organització. Estrictament preveu que, en tot cas actuï com a òrgan urbanístic el seu Ple, però sempre condicionat al fet que una norma amb rang de llei així ho determini expressament en assignar-li una atribució específica.²¹ Com hem exposat, no existeix cap norma amb rang de llei, ni sectorial urbanística ni de règim jurídic local o autonòmic, que determini una reserva expressa d'atribució plenària per a l'aprovació d'alteracions de planejament, en cap de les seves tipologies.

Sigui com sigui, en el punt que ens ocupa aquest treball, relatiu al règim de majories, i tot i que s'ha de dir que es tracta en alguns casos de dictàmens derivats d'expedients de modificació de planejament anteriors a la vigència de la LOUS o de la LUIB, el Consell Consultiu va afegir acumulativament al requisit d'atribució orgànica plenària el d'exigència del quòrum qualificat. És el cas del Dictamen núm. 76/2015, de 10 de juny, en el qual va considerar que: «La competencia para la aprobación definitiva de las referidas modificaciones de planeamiento reside en el pleno del Consejo Insular correspondiente que requiere, para adoptar acuerdo, el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación (art. 47.2.II, de la Ley 7/1985, de 2 de abril)».

Òbviament, per extensió i en concordança amb els arguments que hem anat oferint en els apartats anteriors i que ara no reiterarem, entenem errònia aquesta interpretació anterior. A aquest efecte, s'ha de dir que consideram més encertada la línia que ha anat seguint un altre òrgan consultiu, en aquest cas la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, quant a la correcta contextualització, estrictament

²⁰ Aprovat definitivament per acord del Ple del Consell Insular de Mallorca adoptat en sessió de 16 d'abril de 2015 (BOIB núm. 66, de 30 d'abril). Posteriorment, ha estat modificat per Acord del Ple del Consell Insular de Mallorca, adoptat en sessió de dia 8 de novembre de 2018 d'aprovació definitiva de la modificació del Reglament general de la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl, per a l'illa de Mallorca (BOIB núm. 143, de 15 de novembre).

²¹ Dit sia de passada, el Consell Consultiu, en el Dictamen emès en ocasió del Projecte de reglament al·ludit, va entendre plenament adequada a la legalitat aquesta previsió, indicant que «La regulación de los órganos urbanísticos, gerencias, sociedades urbanísticas y entidades urbanísticas especiales contenida en los artículos 26, 28, 29 y 30 del proyecto reglamentario encuentra amparo legal específico en los artículos 15.5º y 17.1º de la Ley así como en la potestad de autoorganización y en la legislación de régimen local.»

municipal, del precepte de la LBRL. Així, ja des del seu Dictamen núm. 154/1999, de 15 d'abril, que es reitera quant a doctrina consultiva en molts d'altres posteriors, es posa èmfasi que ja des de les primeres normes estatals que regularen aquest tipus específic de modificacions de planejament, l'exigència dels successius quòrums reforçats que es preveïen esdevenia aplicable estrictament a l'esfera municipal.

En aquest sentit, s'exposa com a doctrina consolidada de la Comissió que «l'exigència de quòrum en el procediment de modificació de zones verdes i espais lliures, que en la Llei estatal 158/1963, de 2 de desembre, requeria l'aprovació amb el vot favorable de les dues terceres parts del nombre de fet i, en tot cas, de la majoria absoluta legal de membres de la Corporació (article 303 de la Llei de règim local, text refós aprovat pel Decret de 24 de juny de 1955) es redueix, a partir de la Llei de bases de règim local de 1985, a la majoria absoluta, que es requereix sempre, encara que no es tracti de modificació de zones verdes, espais lliures o espais esportius, per l'aprovació que posi fi a la tramitació municipal, per la qual cosa, l'exigència de l'article 76 [del Decret legislatiu català 1/1990 —quòrum de l'art. 112.3.k de la Llei municipal i de règim local—] es dona normalment en tota aprovació d'instruments d'ordenació urbanística legalment adoptada per l'Ajuntament; [...]».

Finalment, tampoc no entenem correcta la conclusió que, potser per una certa inèrcia, s'ha arribat a plasmar en algun altre dictamen del Consell Consultiu (com és el cas del núm. 138/2008, de 23 de juliol), en el qual fins i tot s'arriba a exigir el quòrum reforçat als acords d'aprovació definitiva insular de planejament parcial; quan en cap cas l'art. 42.2.II LBRL ja no l'exigia per als actes d'aprovació definitiva d'aquells plans derivats, sinó que la cenyia estrictament als instruments de planejament general.

COMENTARIS I NOTES

rjib 17

COMENTARIS I NOTES

LA ABUSIVIDAD DE LA CLÁUSULA DE IMPOSICIÓN GENÉRICA AL PRESTATARIO DE LOS GASTOS Y TRIBUTOS DEL PRÉSTAMO HIPOTECARIO

José Antonio Baena Sierra

Magistrado

Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Palma

I. Introducción. II. La cláusula de imposición de gastos de la hipoteca al comprador: su abusividad. III. Gastos preparatorios: la tasación del inmueble y los llamados «gastos de estudio». 1. Tasación del inmueble. 2. «Gastos de estudio». IV. Gastos de constitución: arancel notarial e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. V. Gastos de inscripción: gastos de gestoría, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y arancel del Registrador de la Propiedad. 1. Gestoría. 2. Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. 3. Arancel del Registrador de la Propiedad. VI. Gastos de cancelación. VII. Tendencias actuales: el proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria. VIII. Conclusiones.

I. Introducción

En los últimos años estamos asistiendo a una evolución sin precedentes de las relaciones entre profesionales y consumidores en prácticamente todos los ámbitos del tráfico jurídico, y, en particular, en el seno del préstamo hipotecario. Así, desde la histórica STJUE en el caso Aziz¹ se han venido sucediendo novedosas interpretaciones jurisprudenciales, algunas de ellas seguidas *a posteriori* por cambios legislativos, que están sentando las bases de una nueva relación entre el empresario y el consumidor, y en este ámbito, la revisión del contrato de préstamo hipotecario y el reexamen de su clausulado y de los aspectos procesales de su ejecución ha ocupado un papel protagonista.

La evolución en este campo ha sido notoria. Desde la trascendental STS de 9 de mayo de 2013,² que fija los criterios de interpretación de las cláusulas abusivas en contratos de préstamo con garantía real entre profesional y consumidor, se han cuestionado la mayor parte de las condiciones de dichos contratos. Así, los tribunales se han visto obligados a pronunciarse en relación con estipulaciones como las llamadas «cláusulas suelo», los intereses de demora o el vencimiento anticipado, por citar algunas, estando en cuestión incluso el índice de referencia que integra el tipo de interés del préstamo. La avalancha de demandas ha desbordado la capacidad de los órganos judiciales, hasta el punto de que el CGPJ ha designado órganos judiciales individualizados para el examen de estas cuestiones. Aunque no está claro que estas medidas agilicen los procedimientos, más bien al contrario; pero esa es materia de otro artículo.

En este estudio pretendo centrarme en aquellas condiciones generales de la contratación que, insertas en las escrituras de préstamo hipotecario, imponen con distintas redacciones la totalidad de los gastos e impuestos presentes y futuros al comprador.

¹ STJUE de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, en el procedimiento entre Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa).

² Sentencia del Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 241/2013, recurso 485/2012. Ponente: Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

II. La cláusula de imposición de gastos de la hipoteca al comprador: su abusividad

La STS del Pleno núm. 705/2015, de 23 de diciembre,³ analizó en su Fundamento Quinto g) (motivo séptimo del recurso de BBVA) la cláusula de atribución de gastos al prestatario,⁴ y concluyó que se trataba de una condición

³ Sentencia de la Sala Civil núm. 705/2015, de 23 de diciembre, recurso número 2658/2013. Ponente: Pedro José Vela Torres.

⁴ El texto completo de la cláusula en cuestión era más amplio y se refería también a los gastos derivados del incumplimiento del prestatario, y tenía la siguiente redacción:

«Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos, comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación —incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía— y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aún cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las

general abusiva. Para ello se apoya en su propia jurisprudencia y en el contenido del artículo 89.3 del RDLeg 1/2007, de 16 de noviembre,⁵ en particular, «la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c)». Añade que «se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º)». Considera que la única parte del contrato que tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo, constituye la garantía real y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En consecuencia, existe ausencia de una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos haciéndolos recaer en su totalidad sobre el hipotecante. Por lo que respecta a los impuestos, con apoyo en su propia jurisprudencia (citando la STS 842/2011, de 25 de noviembre), entiende que «la imputación en exclusiva al comprador/consumidor de los tributos derivados de la transmisión, era una cláusula abusiva, por limitar los derechos que sobre distribución de la carga tributaria estaban previstos en la legislación fiscal, por lo que la condición general que contuviese dicha previsión debía ser reputada nula».

Sin embargo, la declaración de nulidad de la atribución genérica de gastos al prestatario, que con distintas redacciones es habitual en todas las escrituras de préstamo hipotecario, no resuelve todos los problemas en la práctica, ni supone que deba ser el prestamista quien deba abonarlos en todos los casos. De hecho, lo que produce la anulación de la cláusula determina que sea necesario establecer en cada caso cuál es el régimen jurídico aplicable si existiera un régimen legal. Esto es notorio en el caso de los tributos, en los que cada parte del contrato habrá

cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª».

⁵ 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 y otras leyes complementarias, en adelante, TRLGDCU.

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

de asumir los que le corresponda según la regulación específica de cada tributo: ha de tenerse en cuenta que en estos casos el prestamista no ha percibido las cantidades ni las ha hecho suyas, por lo que se hace necesario determinar, en primer lugar, quién ha de abonar esas sumas, el plazo para reclamar y la obligación del banco de pagarle al prestatario, en su caso.

En este sentido, la jurisprudencia menor, con apoyo en la doctrina asentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia referida de 23 de diciembre de 2015, venía considerando con carácter general que, una vez expulsada la cláusula de imputación de gastos al prestatario, era el prestamista quien debía pagar esas cantidades, bien por tratarse de partidas que se devengaron por conceptos que eran de su interés, bien por estar legalmente sujeto a su abono. En particular, los tribunales se han pronunciado con relación a conceptos como los gastos de tasación, comisión de apertura o estudio, gestoría, aranceles notariales y registrales o gastos de cancelación. El fundamento último de estas resoluciones, como ya se ha indicado, valora, en primer lugar, a quién corresponde el pago conforme a la ley una vez que la estipulación abusiva ha quedado expulsada del contrato, y si no existe un mandato legal expreso, determina cuáles de estos gastos serán de abono por aquella de las partes contractuales a cuyo interés obedezca el desembolso.

¿Cuáles son estos gastos? A efectos sistemáticos, podemos distinguir los siguientes grupos:

- a) Gastos de preparación.
- b) Gastos de constitución.
- c) Gastos de inscripción.
- d) Gastos de cancelación.

A continuación haremos un estudio de cada uno de ellos.

III. Gastos preparatorios: la tasación del inmueble y los llamados «gastos de estudio»

1. Tasación del inmueble

Cuando el prestatario se acerca a la entidad de crédito para solicitar un préstamo con garantía hipotecaria, el primer gasto al que debe hacer frente, incluso antes de saber si el prestamista considera viable la operación, es la tasación del inmueble a hipotecar.

El TS no se ha pronunciado sobre esta cláusula en particular, más allá de la genérica determinación de las cláusulas que imponen al prestatario la totalidad de los gastos. La jurisprudencia menor se muestra dividida: a favor del pago por el prestamista, Palencia⁶ o Huelva;⁷ en contra, Asturias⁸ o Pontevedra.⁹ Otro sector aboga por el pago de forma compartida (Tarragona¹⁰ y Gerona¹¹).

Por lo que respecta al criterio en Baleares, la Audiencia Provincial aboga por estimar que es un gasto imputable al prestatario. Así, la Sentencia de la Sección 5ª núm. 332/2017, de 15 de noviembre, establecía lo siguiente:

⁶ SAP de Palencia (Sección 1ª) núm. 344/2018, de 15 de octubre.

⁷ La SAP de Huelva (Sección 2ª) núm. 710/2017, de 19 de diciembre indica lo siguiente: «La Ley Hipotecaria lo que exigía antes de su reforma por la LEC 2000 es que en la escritura constara “el precio en que los interesados tasan la finca” (art. 130) y lo sigue exigiendo ahora para la venta extrajudicial (art. 129.2.a). Al pasar las normas procesales de ejecución hipotecaria a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, ésta en su art. 682.1.1º establece que para seguir el procedimiento especial de ejecución hipotecaria es requisito: “Que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca o bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, que no podrá ser inferior, en ningún caso, al 75 por cien del valor señalado en la tasación que, en su caso, se hubiere realizado en virtud de lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario”. El último inciso fue añadido en la reforma de 2015 y señala cómo sólo existirá “en su caso”, cuando la citada ley lo prescriba, y lo hace en su art. 7º apdo. Uno: “Para que un crédito hipotecario pueda ser movilizado mediante la emisión de los títulos regulados en esta Ley, los bienes hipotecados deberán haber sido tasados por los servicios de tasación de las Entidades a que se refiere el artículo segundo, o bien por otros servicios de tasación que cumplan los requisitos que reglamentariamente se establecerán”. Esos títulos son las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias (arts. 12, 13 y 15). En suma, la tasación por entidad especializada sólo es exigible cuando la entidad quiera emitir esa clase de título, en los demás casos el valor podrá fijarse de mutuo acuerdo. El gasto es imputable al interés de la entidad para posibilitar esas emisiones, no es inherente a la hipoteca y por consiguiente su imposición al consumidor es abusiva. Aunque la entidad alega la previsión de la Ley 2/1981 de que el banco debe aceptar la tasación presentada por el prestatario, esa adición del art. 3º bis I que efectuó la L. 41/2007, de 7 de diciembre, no debe interpretarse como imposición de una obligación al prestatario de aportar la tasación o sufragar los costes de la que encarga la entidad».

⁸ SAP de Asturias (Sección 6ª) núm. 197/2017, de 2 de junio.

⁹ SAP de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 338/2018, de 15 de octubre.

¹⁰ SAP de Tarragona (Sección 1ª) núm. 445/2018, de 30 de octubre.

¹¹ SAP de Gerona (Sección 1ª) núm. 495/2018, de 26 de octubre.

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

«[...] desde el momento en que el beneficiario del préstamo es el consumidor, y que el ofrecimiento de garantía real inmobiliaria es requisito legal imprescindible para la obtención de este tipo de préstamo, siendo quien elige dicha modalidad quien debe acreditar la suficiencia de la garantía ofrecida a la entidad financiera, debe igualmente correr con los gastos necesarios para su valoración, máximo cuando ninguna prueba se ha practicado tendente a acreditar que se impidió al consumidor elegir a su propio tasador».

2. «Gastos de estudio»

También pueden considerarse un gasto preparatorio los llamados «gastos de estudio», que pueden tener varias denominaciones, como por ejemplo, y sin ánimos de ser exhaustivos, «comisión de estudio» o «comisión de apertura».

Sobre este concepto indeterminado existía cierto consenso entre la jurisprudencia menor a la hora de atribuirlo al prestamista (*ad exemplum*, la SAP de Baleares (Sección 5ª) núm. 630/2018, de 10 de diciembre).

Sin embargo, el enfoque ha cambiado radicalmente a raíz de la importante Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 44/2019, de 23 de enero (ponente: Rafael Sarazá), que analiza la cuestión en su Fundamento Tercero:

«9. [...] No es aceptable la tesis mantenida por la Audiencia Provincial, según la cual solamente el interés remuneratorio tendría la naturaleza de precio del préstamo. Tal como expone la recurrente, la comisión de apertura no es una partida ajena al precio del préstamo; por el contrario, el interés remuneratorio y la comisión de apertura constituyen las dos partidas principales del precio del préstamo, en cuanto que son las principales retribuciones que recibe la entidad financiera por conceder el préstamo al prestatario, y no corresponden a actuaciones o servicios eventuales.

10. No estamos propiamente ante la repercusión de un gasto, sino ante el cobro de una partida del precio que el banco pone a sus servicios. La tesis contraria llevaría al absurdo de que, para que el banco pudiera cobrar por estas actuaciones, las mismas habrían de estar externalizadas en una tercera entidad y solo en ese caso el banco podría repercutir en el cliente el precio cobrado por esa tercera entidad, que muy posiblemente pertenecería a su mismo grupo societario.

11. Como tales partes principales del precio del préstamo, el interés remuneratorio y la comisión de apertura son objeto de regulación por las normas

tanto de Derecho de la Unión Europea como de Derecho interno, con la finalidad de asegurar su transparencia. Uno de los principales medios de asegurar esa transparencia es que ambas partidas deben incluirse en el cálculo de la tasa anual equivalente (TAE), que permite al consumidor conocer cuál será el coste efectivo del préstamo, por lo que podrá realizar una comparación con otras ofertas en tanto que la TAE constituye un instrumento de medida homogéneo, y podrá tomar conciencia del sacrificio patrimonial que la concesión del préstamo le supondrá.

Tanto el interés como la comisión de apertura deben incluirse en la información precontractual sobre el precio total del producto o servicio que exige el actual art. 60.2 TRLCU y, específicamente, en las fichas de información normalizada reguladas en esa normativa sobre transparencia bancaria.

[...]

13. [...] La propia naturaleza del préstamo y de las operaciones necesarias para la concesión del mismo (estudio de la solicitud y gestiones relacionadas con la misma, recopilación y análisis de la información sobre la solvencia del solicitante y de su capacidad para pagar el préstamo durante toda su duración, evaluación de las garantías presentadas, preparación del contrato y suscripción del mismo, entrega del dinero prestado mediante su ingreso en la cuenta del prestatario o en la forma que este designe, etc.) muestran que la etapa inicial del préstamo, esto es, su preparación y concesión, exige de la entidad financiera la realización de una serie de actividades que son de una naturaleza distinta al servicio que supone la disposición del dinero por el prestatario durante la duración del préstamo.

Ello justifica que la normativa relativa a esta actividad bancaria prevea la posibilidad de que, además del interés remuneratorio, la entidad financiera pueda cobrar como parte integrante del precio una comisión de apertura.

[...]

21. En tanto que componente sustancial del precio del préstamo, la cláusula que establece la comisión de apertura está excluida del control de contenido. No es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del art. 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión “justo equilibrio de las contraprestaciones” por “desequilibrio importante de los derechos

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

y obligaciones” en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*.

Es, por tanto, incorrecta la invocación que hace la Audiencia a la incidencia negativa en el “equilibrio prestacional” por la falta de prueba de la proporcionalidad entre el coste del servicio retribuido y el importe de la comisión de apertura que se hace en la sentencia recurrida.

22. La comisión de apertura no es uno más de los posibles pagos que eventualmente deba realizar el prestatario por el disfrute del préstamo (como era el caso de la “comisión de riesgo” objeto de la citada sentencia del TJUE de 26 febrero de 2015) sino que constituye, junto con el interés remuneratorio, uno de los dos principales pagos que el prestatario ha de pagar por la concesión y disfrute del préstamo, por lo que entra de lleno en la previsión del art. 4.2 de la Directiva 93/13 interpretado en los términos estrictos que exige el TJUE.

23. Que algunas entidades financieras hayan optado por no cobrar comisión de apertura no supone otra cosa que, en el ejercicio de la libertad de empresa, han preferido limitar el precio de su servicio al cobro de un interés remuneratorio, pero no configura como abusiva la opción de dividir ese precio en una comisión de apertura, que se cobra de una vez cuando se concede el préstamo, y en un interés remuneratorio que se cobra durante toda la duración del préstamo».

En consecuencia, según el criterio del Tribunal Supremo, las comisiones que establece la entidad prestamista para la concesión del préstamo hipotecario no son un gasto del mismo, puesto que no se abonan a un tercero, sino que son parte integrante del precio que ha de pagar el prestatario, lo que las excluye, cualquiera que sea su nomenclatura, del examen de abusividad y sólo han de superar el juicio de transparencia.

Esta posición determina que, a raíz de esta Sentencia, las Audiencias Provinciales hayan adecuado su criterio al del Alto Tribunal, por lo que puede considerarse que estas comisiones habrá de sufragarlas, en cuanto que parte del precio del préstamo, la parte prestataria.

IV. Gastos de constitución: arancel notarial e Impuesto de Actos Jurídicos Documentados

El segundo capítulo de gastos viene ya referido al propio otorgamiento de la escritura. Son los que genera el mismo acto ante el Notario, y constan de dos partes: el arancel notarial y el impuesto por la documentación del préstamo en escritura pública.

Sobre esta cuestión se pronunció la importante Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018.¹² La avocación del asunto al Pleno se justificaba por la necesidad de precisar el contenido de la doctrina fijada en la Sentencia, también del Pleno, de 23 de diciembre de 2015 ya referida, en el particular relativo a la distribución de los tributos cuando se había declarado la nulidad de la cláusula de la escritura que atribuía de manera genérica al prestatario.

En dicha Sentencia el Alto Tribunal examina por un lado, la cláusula contractual que atribuye de manera genérica todos los gastos de la operación al prestatario y, por otro, analiza la distribución de los impuestos y tributos entre las partes. Para resolver la primera de las cuestiones se remite a su propia jurisprudencia reflejada en las STS núms. 550/2000, 842/2011 y 705/2015 ya mencionada en relación con el artículo 89.3.c) TRLGDCU —y su antecesor inmediato, la Ley 26/1984—, para determinar que, a falta de negociación individualizada, es abusivo que se carguen sobre el consumidor gastos e impuestos que, conforme a las disposiciones legales aplicables en ausencia de pacto, se distribuyen entre las partes según el tipo de actuación, tanto en materia de gastos como tributaria. Si bien, sobre esa base de abusividad de la atribución indiscriminada y sin matices del pago de todos los gastos e impuestos al consumidor, son los tribunales los que deben decidir y concretar en cada caso cómo se distribuyen cada una de las partidas.

En lo relativo a la segunda cuestión, y centrándose en lo que atañe a la documentación del préstamo, regulado en los artículos 27.3 y 28 de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados¹³ y en los artículos 66.3 y 67 del RD 828/1995,¹⁴ se desdobra en dos subapartados:

¹² STS núm. 147/2018; recurso núm. 1211/2017. Ponente: Pedro José Vela Torres.

¹³ RDLeg 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, TRLITPAJD).

¹⁴ Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

- un derecho de cuota variable, en función de la cuantía del acto
- un derecho de cuota fija por el uso del timbre y folios y la expedición de copias

En relación con el primero, la Sentencia razona que, pese al contenido del artículo 29 —que convierte en sujeto pasivo al adquirente, a quien inste o solicite los documentos o en cuyo interés se expidan—, el artículo 68 del Reglamento considera adquirente al prestatario. Respecto del segundo, la matriz, en base al mismo artículo, corresponde al prestatario —salvo pacto—, mientras que las copias, atendiendo al RD 1426/1989¹⁵ que habla de «interesados», las habrá de abonar quien las solicite.

Esta solución puede parecer compleja pero es el resultado de la propia estructura del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Hay que tener en cuenta que los llamados «gastos de notaría» son en realidad el resultado de adicionar el arancel notarial y el impuesto que genera la documentación del préstamo con garantía hipotecaria en un documento público. Y como en la misma escritura se integran dos negocios jurídicos distintos —un préstamo y una garantía real—, el legislador ha optado por unificar el sujeto pasivo del impuesto, haciéndolo recaer en el prestatario. La solución es compleja porque así lo es la ley.

No obstante, la anulación del artículo 68 del Reglamento por las STS (Sala Tercera) de 16, 22 y 23 de octubre de 2018 y la promulgación del RDL 17/2018, de 8 de noviembre,¹⁶ debe afectar a esta interpretación. Se da la circunstancia de que dichas resoluciones, pese al efecto mediático que han traído junto con la rectificación posterior del Tribunal Supremo, se han dictado en el marco de un recurso de un ayuntamiento, y por tanto, fuera del ámbito de las relaciones entre profesionales y consumidores.

En la ya referida Sentencia del Pleno del Tribunal Supremo núm. 44/2019, de 23 de enero, se vuelve a afrontar la cuestión en su Fundamento Séptimo. Y tras recordar la doctrina emanada de su Sentencia núm. 705/2015 y ya referidas Sentencias núm. 147 y 148/2018, de 15 de marzo, viene a completarla (y, en buena medida, a aclararla), en los siguientes términos:

¹⁵ Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios.

¹⁶ Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

«10. Este criterio es aplicable a los aranceles notariales. Aunque en el contrato de préstamo hipotecario se incluyen dos figuras jurídicas diferentes, el préstamo (contrato) y la hipoteca (derecho real de garantía), ambas son inescindibles y conforman una institución unitaria. Como dijo la sentencia de esta sala 1331/2007, de 10 de diciembre, “el crédito garantizado con hipoteca (crédito hipotecario) no es un crédito ordinario, ya que está subsumido en un derecho real de hipoteca, y por ello es tratado jurídicamente de forma distinta”. Lo que determina la distribución de gastos en los términos que se expondrán a continuación.

11. El art. 63 del Reglamento del Notariado remite la retribución de los notarios a lo que se regule en arancel.

Como primera consideración sobre esta cuestión, la diversidad de negocios jurídicos (préstamo e hipoteca) plasmados en la escritura pública no se traduce, en la regulación del arancel, en varios conceptos minutables: el préstamo, por su cuantía; y la hipoteca, por el importe garantizado. Por el contrario, prevalece una consideración unitaria del conjunto, por lo que se aplica el arancel por un solo concepto, el préstamo hipotecario.

12. A su vez, la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios, dispone:

“La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de las funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según las normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente”.

13. Desde este punto de vista, la intervención notarial interesa a ambas partes, por lo que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario deben distribuirse por mitad. El interés del prestamista reside en la obtención de un título ejecutivo (art. 517.2.4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de un documento que le permita la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad para que quede válidamente constituida (art. 1875 del Código Civil en relación con el art. 3 de la Ley Hipotecaria), mientras que el interés del prestatario radica en la obtención del préstamo que, por contar con garantía hipotecaria, se concede a un tipo de interés habitualmente más bajo que el que se establece en los préstamos sin esa garantía.

14. Es decir, como la normativa notarial vigente habla en general de “interesados”, pero no especifica si, a estos efectos de redacción de la matriz, el interesado es el prestatario o el prestamista, y el préstamo hipotecario es una realidad inescindible, en la que están interesados tanto el consumidor (por la

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

obtención del préstamo) como el prestamista (por la garantía hipotecaria), es razonable distribuir por mitad el pago de los gastos que genera su otorgamiento, que fue la solución adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia».

Con esta resolución el Alto Tribunal, sin corregir o alterar la doctrina mantenida en las resoluciones referidas, viene a simplificar su aplicación al caso concreto mediante la distribución del arancel completo por mitad entre los intervinientes, sin discriminar los conceptos que lo componen.

V. Gastos de inscripción: gastos de gestoría, Impuesto de Actos Jurídicos Documentados y arancel del Registrador de la Propiedad

1. Gestoría

Los gastos de gestoría y tramitación son los que se generan por la contratación de empresas auxiliares que llevan a cabo por sus medios la inscripción física en el Registro de la Propiedad de la garantía real sobre el inmueble hipotecado. Sobre la imputación de estos gastos una vez que se declara nula por abusiva la cláusula que los hace recaer sobre el prestatario, la jurisprudencia menor se encontraba dividida. Así, un sector jurisprudencial (entre otras, Soria¹⁷) estima que la actividad de dicha empresa gestora beneficia a ambas partes, por lo que los divide por mitad. Sin embargo, otras Audiencias estiman que el único interesado es el prestamista, que además, es quien realiza el encargo; entre ellas la Audiencia Provincial de Baleares, que de modo reiterado¹⁸ venía estableciendo lo siguiente:

«[...] consideramos acertado que los gastos de gestoría, en tanto que fue el propio Banco quién le encomendó la tramitación de la inscripción de la carga hipotecaria en el Registro de la Propiedad, debían ser asumidos por aquél. Si nos atenemos a la factura emitida por la Gestoría directamente designada por el Banco, fácil es deducir que la mayoría de las gestiones realizadas hacen referencia a las derivadas de las actuaciones registrales, y aún cuando es cierto que también gestionó la liquidación y pago del impuesto sobre los Actos Jurídicos Documentados, cuyo obligado tributario es el prestatario, no existe en autos prueba que acredite que su actuación responda a un solicitud expresa del prestatario, que no cabe deducir tampoco de un contenido tan genérico como el que se incluye en la cláusula analizada; recordar al respecto que el

¹⁷ SAP de Soria (Sección 1ª) núm. 14/2018, de 22 de enero.

¹⁸ Por todas, la SAP (Sección 5ª) núm. 485/2018, de 15 de octubre.

artículo 89.5 TRLGDCU, considera en todo caso abusivos “Los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación”».

Dicha interpretación no ha sido asumida por el Tribunal Supremo. En la ya referida Sentencia núm. 44/2019, de 23 de enero, establecía lo siguiente en su Fundamento Noveno:

«1. En cuanto a los gastos de gestoría o gestión, son aplicables los razonamientos expuestos al resolver el anterior motivo, relativos a que se trata de pagos que han de realizarse a terceros por su intervención profesional relacionada con el préstamo hipotecario.

2. En el caso de los gastos de gestoría, no existe norma legal o reglamentaria que atribuya su pago al prestamista o al prestatario. En la práctica, se trata una serie de gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario: la llevanza al notario de la documentación para la confección de la escritura, su presentación en el registro de la propiedad o su presentación ante la Agencia Tributaria para el pago del impuesto de actos jurídicos documentados.

3. Estas gestiones no necesitan el nombramiento de un gestor profesional, ya que podrían llevarse a cabo por el banco o por el cliente. Sin embargo, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, sobre Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, da por supuesta la prestación de este servicio en su art. 40, que establece la obligación de ponerse de acuerdo en el nombramiento del gestor y considera el incumplimiento de esta obligación como una infracción de lo preceptuado en el párrafo segundo del art. 48 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito.

4. Ante esta realidad y dado que, cuando se haya recurrido a los servicios de un gestor, las gestiones se realizan en interés o beneficio de ambas partes, el gasto generado por este concepto deberá ser sufragado por mitad, que fue también la solución acordada en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.»

No se puede desconocer que, en la práctica, son escasos los supuestos en los que el deudor puede discutir la gestoría previamente elegida y proponer otra como alternativa. Sin embargo, con esta solución, el Alto Tribunal interpreta que los gastos de gestoría —que habitualmente contrata el prestamista— realiza un servicio que a ambas partes aprovecha, y, existiendo la posibilidad que el prestatario renuncie a

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

dichos servicios y los realice personalmente, determina que el pago del servicio se abone por ambas partes al cincuenta por ciento.

2. Impuesto de Actos Jurídicos Documentados

Con todo, la cuestión más importante afecta al tratamiento del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados, que es con diferencia la partida más importante, y que puede oscilar, dependiendo del tramo autonómico, entre un 0,50 y un 1,50 % dependiendo de la Comunidad Autónoma en la que se suscriba la hipoteca.¹⁹ La cuestión llegó de nuevo al Tribunal Supremo, que se pronunció en la ya referida Sentencia del Pleno núm. 147/2018, de 15 de marzo, y en lo que atañe al impuesto generado por la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad, manifiesta que a quien corresponde primigeniamente la interpretación de las normas de carácter tributario y fiscal es a la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto que, si bien corresponde a los tribunales civiles decidir las controversias entre particulares sobre las circunstancias del cumplimiento de las obligaciones contractuales, es a la jurisdicción contenciosa a la que le corresponde aclarar, en caso de duda, quién es el sujeto pasivo del impuesto o tributo. Y partiendo de este principio, analiza la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en relación con el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITPAJD).²⁰ Entiende que existe una aparente antinomia entre el contenido del artículo 8.c) —que atribuye el pago a aquel en cuyo favor se realice la constitución del derecho real— y el 8.d) —que impone al prestatario el pago por la constitución del préstamo—, que resuelve el artículo 15.1 al establecer que ambos conceptos tributarán exclusivamente en concepto de préstamo. Por lo tanto, es el consumidor/prestatario quien debe pagar el tributo, en todo caso. También aborda la posible inconstitucionalidad de dichos preceptos:

«4. Asimismo, frente a alguna duda de constitucionalidad que se ha manifestado doctrinalmente, debemos traer a colación dos resoluciones del Tribunal Constitucional en las que se resuelven sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto del art. 29 LITPAJD, en relación con los arts. 8.d) y 15.1 del mismo texto refundido, y con el 68 del Reglamento del Impuesto, por si pudieran ser contrarios a los arts. 14, 31.1 y 47

¹⁹ Fuente: Ministerio de Hacienda (http://www.hacienda.gob.es/DocLeyes/onlinelt/c07.03.cd.transmisiones.autonomias_te_23162.htm).

²⁰ *Vid.* nota 13.

de la Constitución Española. Se trata de los autos 24/2005, de 18 de enero, y 223/2005, de 24 de mayo. En la primera de tales resoluciones se dice:

“[...] es una opción de política legislativa válida desde el punto de vista constitucional que el sujeto pasivo de la modalidad de ‘actos jurídicos documentados’ lo sea el mismo que se erige como sujeto pasivo del negocio jurídico principal (en el impuesto sobre el valor añadido o en el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados), tanto cuando se trata de préstamos con constitución de garantías (aunque la operación haya sido declarada exenta en ambos impuestos), como cuando se trata de constitución de garantías en aseguramiento de una deuda previamente contraída, pues en ambos supuestos se configura como obligado tributario de aquella modalidad impositiva a la persona que se beneficia del negocio jurídico principal: en el primer caso, el prestatario (el deudor real); en el segundo supuesto, el acreedor real (el prestamista)”».

Sin embargo, toda esta doctrina ha saltado por los aires con la polémica suscitada tras el giro jurisprudencial producido por las ya citadas STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 16, 22 y 23 de octubre que anulaban el artículo 68 del Reglamento del ITPAJD, y la «rectificación de la corrección» producida por el Pleno, que dio lugar a tal debate social que el Gobierno decidió zanjar la cuestión mediante el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre. La Exposición de Motivos lo expone con claridad:

«El mercado hipotecario constituye un sector relevante de la economía española. Nuestro ordenamiento jurídico establece la elevación a escritura pública como elemento esencial del préstamo con garantía hipotecaria. Dicha elevación a escritura pública conlleva el devengo del Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados previsto en el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre.

El Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, disponía en el número 2 de su artículo 68 que el sujeto pasivo del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad de documentos notariales, era el prestatario, cuando se tratase de escrituras de constitución de préstamo con garantía.

La Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, en sus Sentencias 1505/2018, de 16 de octubre, 1523/2018, de 22 de

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

octubre, y 1531/2018, de 23 de octubre, ha anulado el número 2 del artículo 68 del citado reglamento. Los efectos anulatorios de esta sentencia han provocado una situación de incertidumbre, que ha dado lugar a una reducción sustancial de actos de formalización de préstamos con garantía hipotecaria.

Con posterioridad, el 6 de noviembre de 2018, el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, ha acordado volver a hacer recaer sobre el prestatario la obligación del pago del impuesto.

Esta sucesión de acontecimientos ha generado una situación de inseguridad jurídica, que afecta al mercado hipotecario en su conjunto, y que es preciso abordar con carácter inmediato».

Con esta resolución el legislador pone fin a una inseguridad interpretativa que él mismo había creado, al haber definido como sujeto pasivo del impuesto al «interesado», sin definir cuál es éste, y remitir a un reglamento posterior la definición de dicho sujeto pasivo.

El alcance de la modificación también viene definido en la citada Exposición de Motivos:

«Para poner fin de manera urgente a la situación jurídica de incertidumbre descrita, este real decreto-ley modifica los artículos 29 y 45 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Se modifica el artículo 29 para determinar que el sujeto pasivo, cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, será el prestamista, estableciendo así una excepción a la regla general establecida en el párrafo primero del propio artículo 29. También se modifica el artículo 45 para que aquellos supuestos en los que el prestatario venga gozando de una exención subjetiva sigan quedando exceptuados de gravamen sin que se vean afectados por la reforma del artículo 29. Asimismo, en tanto no se revise con carácter general el régimen jurídico del Impuesto sobre Sociedades, se añade una Disposición Final Primera que realiza ajustes en dicho impuesto vinculados a lo regulado en este real decreto-ley.

Finalmente, cabe señalar que la modificación normativa se aplicará a aquellos hechos imponible que se devenguen en adelante, es decir, a las escrituras públicas que se formalicen a partir de la entrada en vigor de la norma».

He aquí en este último párrafo uno de los elementos fundamentales de cara a eventuales reclamaciones por hechos anteriores: la concreción del prestamista como sujeto pasivo del impuesto no tiene efecto retroactivo, lo cual cierra la puerta a

las posibles reclamaciones de prestatarios afectados por cláusulas genéricas de atribución de gastos que puedan ser consideradas abusivas. Esta medida beneficia tanto a los prestamistas, como al Estado como receptor del impuesto:

- De una parte, deja incólume la doctrina tradicional de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, con el exordio de las tres Sentencias de 16, 22 y 23 de octubre, y erige al Estado como «protector de los débiles», cambiando el signo del sujeto pasivo sólo desde la fecha del decreto-ley en adelante.
- De otra parte, pretende evitar las complicaciones que podrían surgir del deber del Estado de devolver a los prestatarios las cuotas tributarias percibidas, y de verse obligado a reclamar dichas cuotas a unos prestamistas que no iban a ofrecer ninguna colaboración.

En línea con esta intención de evitar el descenso de la recaudación del impuesto, el Real Decreto-ley ha introducido una modificación en la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades, añadiendo entre los gastos que no son fiscalmente deducibles a los efectos de este impuesto: «La deuda tributaria del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, modalidad Actos Jurídicos Documentados, documentos notariales, en los supuestos a que se refiere el párrafo segundo del artículo 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre».

3. Arancel del Registrador de la Propiedad

Queda por dilucidar dentro de este apartado el sujeto pasivo del arancel del Registrador de la Propiedad en cuyo registro se inscribe la escritura de préstamo hipotecario. La redacción de la normativa sectorial,²¹ que, al igual que con los notarios, habla de «interesados», determina que este papel debe recaer en el prestamista: es poco defendible que es el prestatario quien quiere dar publicidad al gravamen, ya que en nada le afecta, y es precisamente el prestamista quien necesita esa inscripción para poder ejercitar en su caso el *ius distrahendi* sobre el bien aunque se vendiere a tercero, por lo que la inscripción se realiza en su exclusivo interés. De manera muy gráfica lo resuelve la SAP de Asturias (Sección 7ª) núm. 518/2017, de 16 de noviembre:

²¹ Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad.

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

«La norma octava del anexo II del Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, dispone que los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las Letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado, señalando a continuación que los derechos correspondientes a las certificaciones y manifestaciones serán de cargo de quienes las soliciten.

Como hemos señalado en las resoluciones ya apuntadas, es claro que la hipoteca se constituye e inscribe a favor de la entidad bancaria, de manera que en este punto la cláusula litigiosa invierte la regla natural que atribuiría el gasto al Banco [...]».

Parece indiscutido que, siendo el interesado en la inscripción exclusivamente el prestamista —ya que el prestatario o el tercero hipotecante no obtienen ningún beneficio con un gravamen que limita sus facultades de dominio sobre el inmueble—, deberá pechar con estos gastos si se declara la abusividad de la cláusula que impone su pago al prestatario. No obstante, algunas Audiencias como la Sección 15ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en aplicación de la doctrina asentada en la STS (Pleno) de 15 de marzo de 2018, trasladan la solución ofrecida por dicha Resolución en relación con los gastos notariales a los devengados por el Registrador de la Propiedad.²²

La cuestión puede actualmente considerarse resuelta con la doctrina que recoge la repetida STS núm. 44/2019, de 23 de enero, en el ya citado Fundamento Séptimo:

«15.-En lo que atañe a los gastos del registro de la propiedad, el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1.º, que:

“Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado”.

Con arreglo a estos apartados del art. 6 de la Ley Hipotecaria, la inscripción de los títulos en el Registro podrá pedirse indistintamente por el que lo transmita

²² SAP de Barcelona (Sección 15ª) núm. 623/2018, de 27 de septiembre.

(letra b) y por quien tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir (letra c).

16. A diferencia, pues, del Arancel Notarial, que sí hace referencia, como criterio de imputación de pagos, a quien tenga interés en la operación, el Arancel de los Registradores de la Propiedad no contempla una regla semejante al establecer quién debe abonar esos gastos, sino que los imputa directamente a aquel a cuyo favor se inscriba o anote el derecho.

17. Desde este punto de vista, la garantía hipotecaria se inscribe a favor del banco prestamista, por lo que es a este al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción de la hipoteca».

VI. Gastos de cancelación

La declaración de nulidad de la cláusula que determina la imputación de todos los gastos de la hipoteca al prestamista deja pendiente de resolver la atribución de los gastos de cancelación de la carga hipotecaria. El criterio del interés debería determinar que fuera el prestatario quien debiera afrontarlos, y así lo establece la SAP de Valencia (Sección 9ª) núm. 383/2017, de 19 de junio:

«En cuanto a los gastos de cancelación de la hipoteca, entendemos que deben corresponder al prestatario, sin que, obviamente, ello comporte que la entidad bancaria pueda gravar con comisiones —no previstas— o gastos adicionales la declaración necesaria para proceder a la cancelación de la hipoteca sobre el bien, con la finalidad del que el mismo quede libre de cargas. Es decisión personal del deudor, en cualquier caso, obtenida la carta de pago de la entidad bancaria, dejar sin efecto la inscripción registral o dejar caducar la misma, por lo que no consideramos desequilibrado que asuma el coste que ello comportaría, siempre que no genere, insistimos, pues no sería procedente, un gasto adicional frente a la entidad por obtener, simplemente, la constatación documental de un hecho ya producido (el pago)».

VII. Tendencias actuales: el proyecto de reforma de la Ley Hipotecaria

La doctrina asentada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias núms. 44/2019, 46/2019, 47/2019, 48/2019 y 49/2019, de 23 de enero, ha reducido en gran parte la inseguridad jurídica en la que se encontraba sumida tanto la ciudadanía como los

La abusividad de la cláusula de imposición genérica al prestatario de los gastos...

operadores jurídicos, y que alcanzó su punto álgido con la situación producida por el giro jurisprudencial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y su posterior y sonora rectificación sobre la atribución del Impuesto de Actos Jurídicos Documentados en el préstamo hipotecario. Sin embargo, la cuestión no termina de estar cerrada, y no es descartable que nuevas cuestiones prejudiciales determinen que de nuevo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se vea obligado a pronunciarse.

Por otra parte, en el momento en que se concluye este artículo las turbulencias parlamentarias han impedido la tramitación de una proposición de ley para la reforma de la Ley Hipotecaria, lo que, en cualquier caso, es indicativo de la voluntad del legislador de tomar, por fin, cartas en el asunto.

VIII. Conclusiones

A modo de sucintas conclusiones, podemos establecer las siguientes:

1. La declaración de nulidad de las cláusulas abusivas relativas a la atribución de los gastos de la hipoteca no determina que deba pagarlos el prestatario, sino que habrá que determinar quién habrá de afrontarlos según el régimen que establezca la ley, y en su defecto, atendiendo al criterio de quién está interesado en el acto o en el servicio que se produzca.
2. No hay unanimidad sobre los gastos de tasación del inmueble. La Audiencia Provincial de las Islas Baleares se inclina a imputarlos al prestatario, aunque no es una postura unánime en la jurisprudencia menor. El pago por el prestamista o compartido entre las partes son opciones que también encuentran defensores entre los jurisconsultos.
3. La STS núm. 44/2019, de 23 de enero, ha determinado que los gastos de estudio (cualquiera que sea su nomenclatura: comisión de apertura, gastos de estudio, u otra similar) son parte del precio del préstamo, por lo que están excluidos del control de abusividad y sólo han de superar el control ordinario de transparencia.
4. El Tribunal Supremo entiende que, una vez establecida la nulidad de la cláusula que atribuye de manera genérica todos los gastos al prestatario, deben atribuirse dichos gastos a una u otra parte atendiendo al criterio del «interés» en el acto o servicio que determine su devengo, salvo que una disposición legal determine expresamente quién ha de satisfacerlos.
5. Estima el Tribunal Supremo que tanto prestamista como prestatario tienen interés en la firma de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria, por

lo que se atribuye el pago del arancel notarial a prestamista y prestatario por mitades.

6. Los gastos de la empresa tramitadora de la inscripción también se atribuyen por mitades a ambas partes contractuales, atendiendo al criterio del mutuo interés y al hecho de que el prestatario podría, en teoría, renunciar a ellos y realizar la tramitación por sí mismo.
7. El arancel del Registrador de la Propiedad se atribuye al prestamista, único interesado en dotar de publicidad a la carga hipotecaria que pende sobre el inmueble que garantiza el préstamo.
8. Los gastos de cancelación de la carga hipotecaria en el Registro de la Propiedad se atribuyen sin problemas al prestatario, único interesado en la liberación del inmueble gravado.
9. La cuestión no está cerrada. No es descartable que el legislador acabe regulando la cuestión en una nueva Ley Hipotecaria o que se produzcan nuevos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que impongan una modificación a los criterios actuales.

rjib 17

COMENTARIS I NOTES

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA LEY 5/2018, DE 19 DE JUNIO, DE LA VIVIENDA DE LAS ILLES BALEARS

Mariángeles Berrocal Vela

Abogada

Dirección de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears

I. Introducción. II. El encaje constitucional de la Ley 5/2019, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears. III. Sobre la función social del derecho de propiedad en la nueva regulación del derecho al acceso a una vivienda digna. IV. El concepto de vivienda desocupada. V. La cesión de uso obligatoria. VI. Los límites determinados por la legislación de expropiación forzosa.

I. Introducció

En fecha 26 de junio de 2018, el *Boletín Oficial de las Illes Balears* publicó la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears.

La norma, al igual que las coetáneas dictadas en la materia por diferentes Comunidades Autónomas, pretende ser un instrumento para ofrecer soluciones a un mercado inmobiliario que arrastra las consecuencias perniciosas de la última crisis económica y que ha trasladado el problema al ámbito de los arrendamientos de vivienda.

Se pretende con el presente artículo ofrecer una visión general de las soluciones que la Ley balear plantea, en especial, el nuevo instrumento de la cesión obligatoria de las viviendas injustificadamente desocupadas en manos de grandes tenedores, así como la evolución que sobre esta figura ha experimentado la jurisprudencia constitucional.

II. El encaje constitucional de la Ley 5/2019, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears

La Ley se dicta al amparo del art. 30 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (EAIB), en la redacción dada por la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, sin perjuicio de las competencias exclusivas que el art. 149.1.1.^a, 8.^a, 13.^a y 18.^a de la Constitución Española (CE) atribuye al Estado, respectivamente, en las siguientes materias: regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la propiedad privada; legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por la Comunidad Autónoma de su derecho civil propio; bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, y bases del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de la Comunidad Autónoma.

El mandato que cumple el legislador balear al aprobar esta Ley es el establecido en el art. 47 CE que, configurando el derecho a una vivienda digna como principio rector de la política social y económica, obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias y a establecer las normas pertinentes para hacerlo efectivo, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación.

La función social del derecho de propiedad en la Ley 5/2018...

De igual modo, el art. 22 EAIB dispone que las administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán el derecho de acceso a una vivienda digna de los ciudadanos de las Illes Balears y que se regularán por ley las ayudas para promover este derecho, especialmente a favor de los jóvenes, de las personas sin medios, de las mujeres maltratadas, de las personas dependientes y de aquellas otras en cuyo caso las ayudas estén justificadas.

Es innegable que la realidad social a la que pretende dar salida la Ley es la situación de una parte importante de la población que ve imposibilitado el acceso a una vivienda digna, tanto en régimen de propiedad como muy especialmente en régimen de arrendamiento, visto el crecimiento desmesurado del precio de los alquileres. Y frente a la situación de quienes no pueden acceder a la vivienda, el parque inmobiliario cuenta con un número de inmuebles desocupados que sólo facilitan la especulación inmobiliaria.

Estructurada en nueve títulos, diecisiete disposiciones adicionales, dos transitorias, una derogatoria y cuatro finales, sobre su tramitación y contenido se pronunció el Consejo Consultivo en el Dictamen 79/2017, advirtiendo de la posibilidad de que algunas de sus disposiciones podrían ser objeto de recurso de inconstitucionalidad.¹

La Ley 5/2018, de 19 de junio, es posterior en el tiempo a las que habían aprobado sobre la misma materia las siguientes Comunidades Autónomas:

- La Comunidad Autónoma de Cataluña (Ley 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética, y Ley 4/2016, de 23 de diciembre, de medidas de protección del derecho a la vivienda de las personas en riesgo de exclusión residencial).
- La Comunidad Autónoma de Galicia aprobó la Ley 10/2013, de 27 de noviembre, de inclusión social de Galicia.
- La Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó el Decreto-ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda, alguno de cuyos preceptos fueron anulados por Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 93/2015, de 14 de mayo, a la que nos referiremos después.

¹ El Dictamen 79/2017 se emitió en fecha 14 de julio de 2017. Con posterioridad se dictaron las STC 16/2018, de 22 de febrero, 32/2018, de 12 de abril, y 106/2018, de 4 de octubre.

- La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia aprobó la Ley 4/2016, de 15 de abril, de regulación de los procedimientos de emergencia ciudadana en la Administración de la Región de Murcia, que ha sido modificada por la Ley 13/2016, de 13 de julio, que ha sido asimismo impugnada por el Estado ante el Tribunal Constitucional.
- La Comunitat Valenciana aprobó la Ley 9/2016, de 28 de octubre, de Regulación de los Procedimientos de Emergencia Ciudadana en la Administración de la Comunitat Valenciana.
- La Comunidad Autónoma de Aragón aprobó el Decreto-Ley 3/2015, de 15 de diciembre, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de emergencia social en materia de prestaciones económicas de carácter social, pobreza energética y acceso a la vivienda y, posteriormente, la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón.
- La Comunidad Foral de Navarra aprobó la Ley Foral 22/2016, de 21 de diciembre, por la que se adoptan medidas de apoyo a los ciudadanos y ciudadanas en materia de vivienda.
- La Comunidad Autónoma de Extremadura aprobó la Ley 7/2016, de 21 de julio, de medidas extraordinarias contra la exclusión social.
- La Comunidad Autónoma de Castilla y León aprobó la Ley 4/2016, de 23 de diciembre, por la que se adoptan medidas para reforzar la cobertura de las necesidades de atención social en el ámbito de la Red de Protección a las Familias de Castilla y León afectadas por la crisis.

A diferencia de lo que había ocurrido con la normativa autonómica mencionada, la Ley balear no ha sido impugnada por el Estado, ya que en fecha 9 de abril de 2019, se publicó en el BOE núm. 85 la Resolución de 29 de marzo de la Secretaría General de Coordinación Territorial, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears.

El Anexo de dicha Resolución contiene el texto del mencionado Acuerdo, en los términos siguientes:

- «I. De conformidad con las negociaciones previas celebradas por el Grupo de trabajo constituido por Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Illes Balears para

La función social del derecho de propiedad en la Ley 5/2018...

el estudio y propuesta de solución de las discrepancias manifestadas en relación con los artículos 5, 36, 38, 41, 42, 43, 45, 46, 61 y 87.x) y disposiciones adicionales undécima y duodécima de la Ley 5/2018, de 19 de junio, de la vivienda de las Illes Balears, ambas partes consideran solventadas las mismas con arreglo a los siguientes compromisos:

- a) En relación con las discrepancias manifestadas con relación al artículo 5, ambas partes coinciden en que el precepto ha de interpretarse en lo que respecta a la expresión “de acuerdo con su función social”, respecto de la cesión de uso obligatorio, en el sentido determinado por la jurisprudencia constitucional contenida, entre otras, en las SSTC 16/2018, de 22 de febrero, 32/2018, de 12 de abril, y 106/2018, de 4 de octubre.
- b) En cuanto a las discrepancias planteadas en relación con el artículo 41 de la Ley balear, ambas partes acuerdan que la Comunidad Autónoma modificará la letra c) de dicho precepto suprimiendo la referencia a Notarios y Registradores no resultando de aplicación a los mismos, en consecuencia, las previsiones contempladas en los artículos 85 y siguientes de la Ley 5/2018.
- c) En relación con las discrepancias manifestadas sobre el artículo 42 —letra d) del apartado 1 y apartado 2— la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se compromete a modificar su actual redacción, a la mayor brevedad posible, eliminando aquellas previsiones que suponen atribuir a la legislación y demás normas autonómicas la fijación de reglas de valoración a efectos expropiatorios o de cálculo de justiprecios que, tanto el artículo 149.1.18.^a de la Constitución española, como la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, reconocen en exclusiva al Estado. Dicha modificación incluirá la siguiente redacción literal para el citado precepto y apartados:
“Artículo 42.
1. [...] d) Se deberá garantizar en todo caso una justa compensación a los grandes tenedores por las viviendas desocupadas que se cedan al IBAVI, que podrá ser superior a la renta de alquiler que pague el arrendatario de la vivienda. Esta compensación se calculará de acuerdo con la legislación estatal en materia de expropiación forzosa.
2. Se determinará reglamentariamente el procedimiento para reclamar esta cesión de viviendas desocupadas, de acuerdo con las condiciones citadas, el modelo de contrato y las restantes condiciones aplicables a la cesión”.

- d) Respecto a las controversias suscitadas con relación al artículo 43, relativo al concepto de garantía del mantenimiento de los suministros básicos, ambas partes acuerdan que el precepto de referencia debe interpretarse en el sentido de que las medidas y planes previstos se adoptan por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de la competencia exclusiva en materia de servicios sociales que recoge tanto el artículo 148 de la Constitución como el artículo 30.15 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears aprobado por LO 1/2007, no imponiéndose obligaciones accesorias para las comercializadoras de energía eléctrica o de gas natural, especialmente para las que desarrollan la actividad de suministro de referencia o último recurso, y estando orientadas a proteger a personas o colectivos en situación de pobreza o necesidad social para que no impague la factura, complementando este ejercicio, en todo caso, las actuaciones y medidas que ha adoptado el Estado en el Real Decreto-Ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores.
- e) En relación con las discrepancias manifestadas sobre el artículo 61 de la Ley 5/2018, que establece la necesidad de prestar fianza para proceder a la elevación a escritura pública de los contratos de alquiler, ambas partes acuerdan que la Comunidad Autónoma modificará la citada Ley 5/2018 con el objeto de suprimir dicha previsión.
- f) Por último, respecto de las discrepancias manifestadas con relación a las Disposiciones adicionales undécima y duodécima que regulan, respectivamente, las tarifas sobre derechos de alta del suministro de gas y los derechos de alta y acometida, ambas partes acuerdan que la Comunidad Autónoma modificará la citada Ley 5/2018 con el objeto de suprimir ambas disposiciones dado que la fijación de tales condiciones corresponde al Estado, de acuerdo con la Ley 24/2013, del Sector Eléctrico.

II. En razón al acuerdo alcanzado, ambas partes coinciden en considerar concluida la controversia planteada.

III. Comunicar este Acuerdo al Tribunal Constitucional a los efectos previstos en el artículo 33.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, así como insertar el presente Acuerdo en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Butlletí Oficial de les Illes Balears”».

Como se refleja en el Anexo del mencionado Acuerdo de la Comisión Bilateral, éste supondrá la supresión de alguno de sus preceptos y la modificación de otros, cuestiones sobre las que volveremos más adelante. Pero, fruto del mismo Acuerdo,

queda consolidada la constitucionalidad de los preceptos que se cuestionaron en un principio por el Estado, receloso de que desde la Comunidad Autónoma se estuviera invadiendo su competencia exclusiva en materia de regulación del derecho fundamental de propiedad consagrado en el art. 33 CE.

Asimismo, en el momento de redactar estas líneas está próxima la aprobación por el Consejo de Gobierno de las Illes Balears del Decreto por el que se regulan las viviendas desocupadas, el registro de viviendas desocupadas de grandes tenedores y el procedimiento de cesión obligatoria por parte de los grandes tenedores, que ha sido objeto de estudio en el Dictamen núm. 52/2019 del Consejo Consultivo de las Illes Balears.²

III. Sobre la función social del derecho de propiedad en la nueva regulación del derecho al acceso a una vivienda digna

El art. 5 de la Ley 5/2018, de 19 de junio, intitulado «Función social de la vivienda», establece, en su apartado 1, que «El derecho de propiedad de una vivienda se ejercerá de acuerdo con su función social en los términos que establecen esta ley y el resto de normativa que sea de aplicación». A renglón seguido, en su apartado 2 se enumeran —sin que la enumeración constituya lista tasada— las situaciones en que se considera que no se respeta el contenido del derecho de propiedad, que debe ser siempre ejercido de acuerdo con la función social del mismo, y que son:

- a) El incumplimiento del deber de conservación o rehabilitación de la vivienda, en los términos señalados en la legislación de vivienda y urbanística, con el fin de garantizar unas condiciones adecuadas de habitabilidad.
- b) La desocupación de la vivienda, el alojamiento o el edificio de viviendas, en los términos que establece esta ley.
- c) La sobreocupación de la vivienda o el alojamiento.
- d) No destinar la vivienda de protección pública o alojamiento protegido a residencia habitual y permanente de la persona o entidad adjudicataria o titular.

² El Dictamen cuenta con el voto particular concurrente de los consejeros Sres. Arguelles, Bauzá, Vidal y Ramis de Ayreflor, que básicamente entienden que el reglamento desarrolla el concepto de vivienda desocupada extralimitándose respecto de la Ley, al regular presunciones de desocupación que, a su juicio, deben regularse por norma con rango legal.

- e) Someter la vivienda a un uso diferente del de su calificación urbanística, autorización o destino legal.

La constatación de dichas situaciones habilita a la Administración, según el propio precepto, a promover las acciones de fomento así como de intervención que sean necesarias, cada una de ellas en el ámbito de sus competencias y con la finalidad de garantizar el cumplimiento de esta función social.

Como se desprende de su lectura, entendemos que no había base para la advertencia de posible inconstitucionalidad que el Estado formuló en su día, dado que las referencias al necesario respeto de la función social en el ejercicio del derecho de propiedad son claras en el artículo que comentamos. Por ello, el Acuerdo de la Comisión Bilateral concluyó que «En relación con las discrepancias manifestadas con relación al artículo 5, ambas partes coinciden en que el precepto ha de interpretarse en lo que respecta a la expresión “de acuerdo con su función social”, respecto de la cesión de uso obligatorio, en el sentido determinado por la jurisprudencia constitucional contenida, entre otras, en las SSTC 16/2018, de 22 de febrero, 32/2018, de 12 de abril, y 106/218, de 4 de octubre», acuerdo interpretativo que a juicio de quien suscribe es superfluo: en primer lugar, por lo ya manifestado de que no sólo no se pretende desconocer la función social como límite al ejercicio del derecho de propiedad, sino que precisamente se basa en la misma para regular el derecho de propiedad sobre la vivienda; y, en segundo lugar, porque no es en el art. 5 en el que se regula la cesión de uso obligatorio.

Es especialmente relevante lo que resuelve el Tribunal Constitucional en la Sentencia 16/2018, de 22 de febrero, respecto a la configuración de la función social de la propiedad por el legislador autonómico, a propósito del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Estado contra la Ley Foral 24/2013, de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra.

Así, valorando si los artículos de una Ley autonómica que impongan, como manifestación de la función social de la vivienda, que su titular haya de darle efectiva habitación invaden las competencias exclusivas del Estado recogidas en el art. 149.1 1.ª y 8.ª, el TC recuerda que tratándose de la definición de la función social del derecho de propiedad, el punto de partida debe ser la doctrina establecida en la STC 37/1987, de 26 de marzo; esto es, que la incorporación de una vertiente institucional al derecho de propiedad privada hace que la función social que este derecho debe satisfacer no es ni pueda ser igual en relación con todo tipo de bienes, y que esa dimensión institucional del derecho de propiedad privada no puede desligarse de la regulación de los concretos intereses generales que imponen

una delimitación específica de su contenido. En consecuencia, corresponde a quien tiene atribuida la tutela de tales intereses —o, lo que es lo mismo, la competencia en relación con cada materia que pueda incidir sobre el contenido de la propiedad— establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad.

Y a renglón seguido expone que «aun cuando la atención de las concretas exigencias sociales que imponen una delimitación específica del derecho de propiedad de un cierto tipo de bienes sea competencia de una Comunidad Autónoma, y en consecuencia corresponda a ésta, en principio, la disciplina de la función social de ese derecho de propiedad, no necesariamente la concreta regulación que haga de esa función social será constitucional, pues claramente el Tribunal precisó que a quien tenga atribuida la tutela de tales intereses le corresponderá “establecer, en el marco de la Constitución, las limitaciones y deberes inherentes a la función social de cada tipo de propiedad” (STC 37/1987)».

Por tanto, el Tribunal Constitucional acaba por concluir que, teniendo la Comunidad Autónoma atribuida estatutariamente la materia de vivienda, es «competente para incidir, mediante regulaciones orientadas a atender los intereses generales relacionados con la garantía a los ciudadanos del disfrute de una vivienda digna, en la delimitación del derecho de propiedad, concretamente en la definición de su función social», no sin recordar que los deberes inherentes a la función social de un tipo de propiedad debe realizarse «en el marco de la Constitución».

IV. El concepto de vivienda desocupada

Una de las novedades de la Ley 5/2018 es que regula por primera vez en esta Comunidad Autónoma con rango de ley el régimen jurídico de la vivienda protegida, estableciendo para la misma un régimen de protección de carácter permanente, sin posibilidad de descalificación voluntaria,³ pero no es esa la innovación más

³ Se define el concepto de vivienda protegida, los tipos de promoción, su destino, los precios, el visado obligatorio, la publicidad y la obligatoriedad de inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de compraventa, y su calificación. La Ley crea el Registro público de viviendas protegidas y el Registro público de demandantes de vivienda como herramientas de gestión y control. Asimismo, se establecen las potestades que tiene la Administración autonómica con respecto a la vivienda protegida, concretamente la posibilidad de ejercer el derecho de adquisición preferente, el desahucio y la expropiación forzosa,

relevante de la misma, sino la regulación que hace y las soluciones que establece sobre la existencia de lo que denomina «vivienda desocupada» y la influencia que sobre el mercado inmobiliario provoca el parque de dichas viviendas en manos del concepto —también nuevo— de los «grandes tenedores».

Tras definir en su art. 4, apartado d), como vivienda desocupada, aquella que permanece en tal situación de manera continuada durante un tiempo superior a dos años, sin ninguna causa que justifique su desocupación, la Ley 5/2018 dedica el capítulo IV del Título IV a las medidas para paliar la situación del mercado inmobiliario, penalizando el mantenimiento de lo que se considera una realidad inadecuada sólo para el caso de que se encuentren en manos de los grandes tenedores de vivienda.

El art. 4, apartado i), considera grandes tenedores de vivienda a las personas físicas o jurídicas que, por sí mismas, de manera directa, o indirectamente a través de la participación en otras sociedades o grupos de sociedades de las que tengan el control efectivo, disponen de diez o más viviendas, en el ámbito de las Illes Balears, en régimen de propiedad, alquiler, usufructo o cualquier otro derecho que los faculte para ceder su uso; pero, además, exige para que se consideren grandes tenedores que tengan como actividad económica la promoción inmobiliaria, la intermediación, la gestión, la inversión, la compraventa, el alquiler o la financiación de viviendas.

Por tanto, no basta la tenencia de diez o más viviendas, sino que la Ley se está dirigiendo a quien tiene como actividad económica, en alguna de las modalidades que enumera, el mercado inmobiliario. Claramente se dirige a las entidades bancarias y a los fondos de inversión, no a los ciudadanos que simplemente tienen varias viviendas en propiedad, en alquiler o en usufructo.

A partir de aquí, las medidas para evitar que se mantengan en situación de desocupación injustificada se dividen en dos bloques: para quien no es gran tenedor, la Ley arbitra medidas de fomento y beneficiosas que faciliten que las ofrezca en régimen de alquiler, mientras que para los grandes tenedores se regula un régimen de control y penalización más tajante, pudiendo llegar a ser obligados a ceder a la Administración temporalmente el uso de las viviendas desocupadas de que dispongan cuando se acredite que existe una situación de necesidad objetiva de vivienda.

siempre que haya unas condiciones determinadas que garanticen la seguridad en estos procedimientos.

V. La cesión de uso obligatoria

El título IV de la Ley 5/2018 regula la política de protección y promoción de la vivienda en las Illes Balears.

Tras reiterar la definición de vivienda desocupada del art. 4, en el art. 36 se enumeran las causas justificadas de desocupación que, de concurrir, impedirían las medidas de gravamen que se establecen para los grandes tenedores de viviendas desocupadas.⁴ Debe llamarse la atención sobre el hecho de que las causas justificadas de desocupación no se regulan como lista tasada, lo que garantiza que pueda alegarse cualquier otra que impida de forma justificada la ocupación de la vivienda.

Tras dicha definición, el art. 37 establece las medidas para evitar la desocupación, de modo que la cesión de uso obligatoria es la medida subsidiaria a las de fomento que se contemplan en la Ley.

La Ley obliga a los grandes tenedores de vivienda a comunicar a la Administración autonómica la relación de viviendas desocupadas a fin de que se inscriban en el Registro que se crea a tal efecto, así como a hacer constar en dicha relación, como mínimo, su situación, su superficie útil, si es una vivienda libre o con protección pública y, en este caso, si es de régimen de venta o de alquiler, el título legal y, en su caso, la fecha de la ejecución o dación en pago, y la referencia catastral de la vivienda.

Y, en su art. 42, regula la cesión de viviendas desocupadas que estén a disposición de los grandes tenedores inscritos en el Registro. La cesión se hará en

⁴ «Artículo 36. La vivienda desocupada

[...]

2. Se considera que hay una causa justificada para la desocupación continuada en los siguientes casos:

- a) Que la vivienda esté pendiente de la resolución de algún litigio que afecte a los derechos derivados de la propiedad.
- b) Que la vivienda esté ocupada ilegalmente.
- c) Que la vivienda esté gravada con algún derecho real o carga que impida ocuparla.
- d) Que sea una vivienda de segunda residencia, siempre que no se encuentre en un área declarada de emergencia habitacional o que no pertenezca a un gran tenedor de viviendas.
- e) En los supuestos de traslado de domicilio por motivos laborales, de estudios, de salud, de dependencia o de emergencia social, acreditados debidamente.
- f) Que haya otras causas, diferentes de las anteriores, debidamente acreditadas que impidan de forma justificada la ocupación de la vivienda».

favor del Instituto Balear de la Vivienda, y tendrá un plazo mínimo de tres años, prorrogable por mutuo acuerdo de las partes. Las circunstancias que deben concurrir para que pueda ponerse en marcha el mecanismo de la cesión son las siguientes:

- a) Cuando exista una necesidad objetiva de vivienda. La Ley dispone que esta circunstancia se entenderá acreditada siempre que existan personas inscritas en el registro de demandantes de vivienda del Instituto Balear de la Vivienda cuyas peticiones no puedan ser atendidas con el parque de vivienda pública disponible.
- b) Cuando las medidas adoptadas por las diferentes administraciones públicas para resolver los problemas de acceso a la vivienda no sean suficientes para atender la necesidad objetiva de vivienda.

Como no puede ser de otro modo, el art. 42 prevé que se indemnice con una justa compensación a los grandes tenedores por las viviendas desocupadas que se cedan.

La doctrina constitucional sobre las medidas similares a las que se recogen en la Ley balear se encuentra en las STC 93/2015, de 14 de mayo (RTC 2015, 93); 16/2018, de 22 de febrero (RTC 2018, 16); 32/2018, de 12 de abril (RTC 2018, 32); 43/2018, de 26 de abril (RTC 2018, 43); 80/2018, de 5 de julio (RTC 2018, 80); 97/2018, de 19 de septiembre (RTC 2018, 97) y 106/2018, de 4 de octubre (RTC 2018, 106).

Y, en la reciente STC 5/2019, de 17 enero, dictada en relación con la Ley 10/2016, de 1 de diciembre, de medidas de emergencia en relación con las prestaciones económicas del Sistema Público de Servicios Sociales y con el acceso a la vivienda en la Comunidad Autónoma de Aragón, se confirma la constitucionalidad de las medidas que consistan en la cesión de uso obligatorio.⁵

Aunque el Tribunal Constitucional no lo reconozca abiertamente, lo cierto es que la evolución entre la STC 93/2015, de 14 de mayo —dictada respecto al Decreto-Ley 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la Función Social de la Vivienda en Andalucía— y las citadas *ut supra* es evidente. De hecho, en la Sentencia 93/2015 se consideró que «la concurrencia de figuras jurídicas

⁵ No obstante, el Tribunal Constitucional declara inconstitucionales las normas relativas a la inembargabilidad de las ayudas sociales establecidas por la Comunidad Autónoma —al igual que ya hizo en la STC 2/2018, de 11 de enero, sobre idéntica disposición aprobada por la Comunidad Autónoma de Extremadura— y la relativa a la obligatoriedad de acudir al sistema de mediación autonómico para el seguimiento y aplicación del código de buenas prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, regulado en el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

dispares sobre una misma realidad —la suspensión del lanzamiento en la norma estatal y la expropiación de uso en la autonómica— hace difícil la aplicación conjunta de ambas disposiciones» y que la norma autonómica impugnada constituye «un obstáculo significativo para la eficacia de la medida de política económica que el Estado disciplina en la Ley 1/2013» que determinó que se declarara su inconstitucionalidad por menoscabar la competencia estatal ex art. 149.1.13.ª CE.

Y, sin embargo, en las dictadas en el año 2018 y que venimos citando en este artículo, se afirma que, aunque la previsión legal de una causa de expropiación constituye siempre un sacrificio de la posición del propietario, lo relevante en este contexto competencial es que al expropiado le asiste, como garantía constitucional, el derecho a recibir necesariamente una indemnización y a que ésta represente un proporcional equilibrio respecto del valor económico del bien de cuya propiedad se le priva, de modo que las expropiaciones de uso que se contemplen en la normativa autonómica, mientras vayan acompañadas de la indemnización correspondiente, «no tienen aptitud suficiente para perjudicar sustancialmente la solvencia de las entidades de crédito, ni tampoco para mermar significativamente los resultados del proceso de desinversión confiado a la SAREB».

Y reafirma el Tribunal Constitucional que la definición de causas de expropiación corresponde al poder público encargado de perseguir los fines sectoriales a cuya satisfacción se orienta la expropiación, sin que las adoptadas en materia de vivienda menoscaben «significativamente» las decisiones que el Estado ha adoptado al amparo del art. 149.1.13.ª CE para mejorar la solvencia de las entidades financieras y para optimizar el proceso de desinversión de los activos inmobiliarios de peor calidad.

VI. Los límites determinados por la legislación de expropiación forzosa

Como señalábamos antes, el art. 42, al regular la cesión obligatoria de uso por parte de los grandes tenedores de vivienda, prevé la indemnización a los mismos como justa compensación por la expropiación de uso; ahora bien, el precepto prevé que dicha indemnización, aunque pueda ser superior a la renta de alquiler que pague el arrendatario de la vivienda, no pueda superar el precio máximo de alquiler de vivienda protegida ni el precio de alquiler de mercado que se determine.

Esta disposición está llamada a desaparecer en la redacción vigente a fecha de hoy, puesto que le afecta el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de las Illes Balears que ha evitado la interposición del recurso de inconstitucionalidad contra la Ley.

Concretamente, ambas Administraciones han concordado que deberá tener la siguiente redacción:

«d) Se deberá garantizar en todo caso una justa compensación a los grandes tenedores por las viviendas desocupadas que se cedan al IBAVI, que podrá ser superior a la renta de alquiler que pague el arrendatario de la vivienda. Esta compensación se calculará de acuerdo con la legislación estatal en materia de expropiación forzosa.

2. Se determinará reglamentariamente el procedimiento para reclamar esta cesión de viviendas desocupadas, de acuerdo con las condiciones citadas, el modelo de contrato y las restantes condiciones aplicables a la cesión».

La imposibilidad de establecer el límite cuantitativo del justiprecio en la norma autonómica viene impuesta por la competencia exclusiva del Estado en materia de expropiación forzosa ex art. 149.1.18.^a.

Sin embargo, se deja margen al ejecutivo autonómico para determinar por reglamento el procedimiento para reclamar esta cesión de viviendas desocupadas, de acuerdo con las condiciones citadas, el modelo de contrato y las restantes condiciones aplicables a la cesión.

Lo anterior determina que, bien pueda hacerse una remisión íntegra al Decreto de 26 de abril de 1957, por el cual se aprueba el Reglamento de la Ley de expropiación forzosa, bien regularlo *ex novo* siempre que se cumpla la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la delimitación de la competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en esta materia.

Así las cosas, el Tribunal Constitucional viene diciendo, desde la lejana STC 166/1986, de 19 de diciembre, que:

- a) Respecto de las competencias del Estado, la expropiación forzosa, además de ser un instrumento positivo puesto a disposición del poder público para el cumplimiento de sus fines de ordenación y conformación de la sociedad a imperativos crecientes de justicia social, constituye al tiempo una garantía constitucional del derecho de propiedad privada, en la medida en que con ella se asegura una justa compensación económica a quienes, por razones de utilidad pública o interés social, se ven privados de sus bienes o derechos de contenido patrimonial (art. 33.3 CE). Como tal, es obvio que el constituyente ha pretendido que exista una regulación general de la institución expropiatoria —incluso en sus diversas variantes, pues tampoco es hoy la expropiación forzosa una institución unitaria— en todo el territorio del Estado. Y para ello ha reservado en exclusiva al Estado la competencia

sobre la legislación de expropiación (art. 149.1.18.^a CE) y no simplemente, como en otras materias, la competencia para establecer las bases o la legislación básica.

En tanto que institución de garantía de los intereses económicos privados, la expropiación forzosa implica la obligación de los poderes públicos de indemnizar a quien resulta privado de sus bienes o derechos por legítimas razones de interés general con un equivalente económico, que ha de establecerse conforme a los criterios objetivos de valoración prefijados por la Ley, a través de un procedimiento en el que, previa declaración de la causa legitimadora de la concreta operación expropiatoria, se identifica el objeto a expropiar, se cuantifica el justiprecio y se procede a la toma de posesión de aquél y al pago de éste. Sin duda, la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento expropiatorio establecidos por Ley estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación. De este modo, la competencia exclusiva que al Estado reserva el art. 149.1.18.^a CE impide que los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio (STC 37/1987, de 26 de marzo [RTC 1987, 37], F. 6).

- b) En cuanto a las competencias de las Comunidades Autónomas, el Tribunal Constitucional ha manifestado que «salvada la regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados, es preciso insistir en que, desde el punto de vista de los intereses públicos, la expropiación es también, como acabamos de recordar, un medio indeclinable del que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines, cuando ello exija privar a ciertos particulares de sus bienes y derechos por causa de utilidad pública o interés social *propter privatorum commodum non debet communi utilitati praejudicari*. En este sentido, es obvio que no sólo la ejecución de las medidas expropiatorias sino también, en su caso, la definición de la concreta causa expropiandi son competencias que no pueden dissociarse de las que a cada poder público con potestad expropiatoria le corresponden para la determinación y cumplimiento de sus diferentes políticas sectoriales» (STC 37/1987, de 26 de marzo, F. 6).

En definitiva, en esta misma Sentencia se señala que «no parece dudoso que cuando, en virtud del sistema de distribución de competencias que resulta de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, la legislación sectorial corresponda a las Comunidades Autónomas, son éstas, y no el Estado, las que ostentan la potestad de definir legalmente los supuestos en que cabe hacer uso del instrumento expropiatorio mediante la declaración de la causa expropriandi necesaria en cada caso, sin perjuicio de la obligación de atenerse a la legislación general del Estado que garantiza por igual los derechos patrimoniales de todos los sujetos privados» (F. 6).

En la STC 251/2006, de 25 julio, examinando la posibilidad de establecimiento por las Comunidades Autónomas de órganos de fijación del justiprecio en las expropiaciones correspondientes a las áreas materiales que sean de su competencia, se recuerda que —como ya se dicho en relación con el art. 15.1.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, que le atribuía a ésta competencias de desarrollo legislativo en relación con los aspectos organizativos de la acción expropiatoria— «nada impide a la Comunidad Autónoma legislar sobre otros aspectos, tales como los organizativos, en relación con las expropiaciones que la Ley impugnada considera necesarias (STC 37/1987, F. 6)».

Este criterio se ha reiterado por el Tribunal Constitucional, que afirma que la competencia estatal respecto de la «legislación sobre expropiación forzosa» (art. 149.1.18.^a CE) es una competencia «que impone, sin duda alguna que las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental han de ser establecidas en exclusiva por la legislación del Estado, pero que no descarta que las Comunidades Autónomas con competencia estatutaria para ello puedan regular otros aspectos, tales como los organizativos, y definir, también en su ámbito competencial propio, *causae expropriandi* que den lugar a la concreción y aplicación de la normativa del Estado (STC 37/1987, FFJJ 6 y 10 y, en términos análogos, STC 186/1993, FJ 2) (STC 319/1993, de 27 de octubre, FJ 4)».

Por tanto, en desarrollo de la Ley 5/2018, se podrá establecer un procedimiento propio para la cesión de uso, análogo al estatal, pero que recoja los aspectos organizativos específicos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

rjib 17

JURISPRUDÈNCIA (gener 2018-desembre 2018)

Jaume Munar Fullana

Doctor en dret

(Constitucional)

Miquel Masot Miquel

Advocat

(Dret civil balear)

Carlos Gómez Martínez

Magistrat del TSJIB

(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. 38/2018, DE 23 D'ABRIL (SALA PRIMERA). Ponent: Sra. Balaguer Callejón. RECURS D'EMPARA. DRET A OBTENIR UNA RESOLUCIÓ JUDICIAL FONAMENTADA. ULTRAACTIVITAT DELS CONVENIS COL·LECTIUS. INADMISSIÓ DE L'EMPARA CONSTITUCIONAL PER EXISTÈNCIA DE RAONAMENT INTERPRETATIU EN LA RESOLUCIÓ.

Resum dels fets: l'entitat mercantil Atención y Servicios, S.L. formula recurs d'empara constitucional contra la Sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem de 22 de desembre de 2014, que va desestimar el recurs de cassació interposat davant la Sentència de la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, de 20 de desembre de 2013, que va estimar una demanda de conflicte col·lectiu formulada per Unió Sindical Obrera de les Illes Balears.

La demanda partia del fet que, transcorregut el termini màxim d'ultraactivitat del conveni aplicable al personal de l'entitat mercantil, sense que no se n'hagués acordat un de nou o haver-se dictat laude arbitral, dit conveni va perdre vigència d'acord amb l'establert en l'art. 86.3 del text refós de la Llei de l'Estatut dels treballadors, aprovat per Reial decret legislatiu 1/1995, de 24 de març (LET), en la redacció conferida per la Llei 3/2012, de 6 de juliol.

Amb la pèrdua de vigència del conveni, la mercantil va abonar una nòmina mensual dividida en dos períodes i calculant-se dues retribucions, la primera segons l'aplicació del conveni, i la segona d'acord amb les condicions establertes en l'Estatut dels treballadors. L'entitat sindical, en la demanda, sol·licitava que se seguissin aplicant les condicions laborals previstes en el conveni extingit, entenent que formaven part de l'esfera patrimonial dels treballadors mentre es mantingués la seva relació laboral.

La demanda s'estima per Sentència de la Sala Social del TSJIB, aplicant el manteniment de les condicions del conveni extingit, entenent que la voluntat del legislador amb la reforma operada per la Llei 3/2012 no era que davant la inexistència de conveni col·lectiu superior es pogués aplicar la normativa bàsica constituïda per l'Estatut dels treballadors, que, a més, no regulava molts dels aspectes fonamentals de la relació laboral, remetent-se per això a la negociació col·lectiva. Altrament, una interpretació distinta comportaria possibilitar una dinàmica de lliure negociació de les condicions de treball, amb risc de desequilibris en perjudici de la negociació col·lectiva.

L'empresa afectada va interposar recurs de cassació davant el TS, que el desestima mitjançant la Sentència de 22 de desembre de 2014, abans esmentada. El TS assenyala l'existència de solucions diferents i distintes tesis interpretatives que ha aportat la doctrina científica, palesant en essència dos posicionaments. El primer d'ells, el rupturista, que defensaria que els drets i obligacions de les parts acabada la ultraactivitat del conveni s'haurien de regir només per les normes estatals, fent abstracció de les condicions laborals anteriors basades en l'àmbit del conveni. El segon posicionament és el que denomina conservacionista, que és l'acollit pel TS, d'acord amb el qual les condicions laborals que regien amb anterioritat a la pèrdua de vigència del conveni s'han de mantenir en formar part del contingut contractual establert entre les parts.

El raonament del TS parteix, en primer lloc, d'assenyalar els desavantatges o conseqüències indesitjables de la teoria rupturista, per després desenvolupar amb major profunditat perquè acull la tesis conservacionista. Entén que s'ha de subratllar que el principi de l'autonomia de la voluntat regeix plenament en l'ordenament laboral, però amb una existència de normes limitadores d'aquesta autonomia que procedeixen no només de l'activitat normativa de l'Estat, a més de la internacional o europea, sinó també de l'activitat negociadora dels agents socials, als quals s'atribueix per la Constitució i l'Estatut dels treballadors capacitat normativa a través del dret de la negociació col·lectiva.

Així, el contracte de treball té una doble funció, constitutiva i reguladora de la relació obligacional. A partir d'aquí, cal entendre que si en el moment en què les parts que subscriuen el contracte de treball remeten al conveni per establir les condicions laborals, aquesta tècnica de remissió no elimina el caràcter contractual de la font i, per tant, de les condicions laborals que en resulten. Els drets i obligacions no desapareixen en el moment en què el conveni perd vigència, no perquè les normes del conveni extingit es contractualitzin en aquell moment, sinó perquè aquestes condicions ja estaven contractualitzades des del moment que es va crear la relació jurídicolaboral.

Finalment, en un dels punts d'inflexió, el TS raona que aquesta conclusió anterior no comporta contradir el mandat de la llei que el contingut normatiu del conveni col·lectiu perd vigència, perquè el que suposa és que la pèrdua de vigència fa que deixi de complir la funció protectora pròpia del nostre sistema jurídic. Així, les condicions contractuales que ja no tenen el recolzament normatiu del mínim convencional es podran modificar, en el seu cas, per la via que estableix la LET sense més limitacions que les d'origen legal, perquè les limitacions del conveni

col·lectiu hauran desaparegut; i, per la mateixa raó, els treballadors de nou ingrés no tendran la protecció que atorgava el conveni no vigent.

La recurrent en empara entén que la Sentència vulnera el dret a la tutela judicial des del vessant del dret a l'obtenció d'una resolució fonamentada. Encara que argumenta un motiu d'ordre estrictament processal, ens centram en l'argument material, basat en la crítica que el TS ha inaplicat la norma legal corresponent mitjançant una interpretació voluntarista, ja que no existeix cap buit legal, sinó al contrari, una actitud deliberada del legislador que imposa la desaparició del conveni del món jurídic, i que el legislador assumeix que el buit que deixa el conveni es resolgui a través del sistema de fonts, que aconduïx a l'aplicació directa de les disposicions legals i reglamentàries de l'Estat. El TS, a criteri de la recurrent, inaplica la norma legal efectuant una reinvençió del sistema de fonts, propugnant que l'autonomia de la voluntat individual regeix plenament en l'ordenament juricolaboral, quan el contracte de treball sempre ha tengut un paper regulador subsidiari, fins i tot moltes vegades marginal.

Fonamentació jurídica: el fonament jurídic quart de la STC recapitula la interpretació de l'art. 86.3 LET feta pel TS, alternativa a la sostinguda per la societat demandant en el recurs d'empara, d'acord amb la qual és procedent l'aplicació de les condicions laborals del conveni col·lectiu caducat, no ja per una continuïtat de la seva vigència en el temps, sinó tot considerant que aquelles condicions havien passat a formar part de les condicions de treball des del mateix moment de la creació de la relació laboral.

El TC comença recordant la seva doctrina reiterada en relació amb el dret a la tutela judicial previst en l'art. 24.1 CE, d'acord amb la qual no inclou un dret a l'encert judicial en la selecció, interpretació i aplicació de les disposicions legals, però sí que comprèn el dret a obtenir una resolució judicial motivada que, al seu torn, presenta distintes manifestacions. En primer lloc, que la resolució estigui prou motivada, és a dir, que contengui els elements i raons de judici que permetin conèixer quins han estat els criteris jurídics que fonamenten la decisió; i, en segon lloc, que la motivació ha de contenir una fonamentació en dret, com a garantia que la decisió no sigui conseqüència d'una aplicació arbitrària de la legalitat, ni sigui manifestament irraonada o irraonable, que incorri en error patent o en una contradicció evident entre els fonaments jurídics, o entre ells i el veredict. En definitiva, no es pot considerar complerta l'exigència de fonamentació jurídica amb una simple emissió d'una declaració de voluntat en un sentit o en un altre, sinó que

la decisió ha de ser conseqüència d'una exegesi racional de l'ordenament i no fruit de l'arbitrarietat.

Des d'aquests paràmetres anteriors, conclou que la STS impugnada en empara no ha evitat l'aplicació de la norma rectora del cas, ni l'ha interpretada de manera manifestament contrària a l'exigència de motivació de l'art. 24.1 CE, que és l'únic tipus de revisió per a la qual es troba habilitat el TC. Indica que hi ha altres possibles interpretacions a l'acollida pel TS, com la que defensa la demandant d'empara, o la que palesen els vots particulars que es produïren a la sentència del TS, però no pot ser objecte de recurs d'empara ni correspon al TC, ja que no és una tercera instància, la decisió de quines d'aquestes interpretacions és la correcta. Contràriament, s'estaria fent un control de mera legalitat i rectificat la interpretació i l'aplicació de les normes legals realitzades pels jutges i tribunals en l'exercici exclusiu de la potestat reconeguda per l'art. 117.3 CE, més enllà del que és l'objecte propi de l'empara, que és determinar si en aquest exercici s'ha violat o no alguna garantia constitucional.

Conclou així que, d'acord amb la doctrina constitucional citada, cal inadmetre el recurs d'empara, en estimar que la resolució judicial va ser motivada i fonamentada en dret.

Comentari: resulta indiscutible una primera conclusió aclaratòria que posa de manifest la STC, com és la contextualització correcta de la funció institucional del recurs d'empara constitucional. Com bé exposa en els apartats finals del fonament jurídic quart, el que no és admissible és que, davant una resolució motivada correctament amb els paràmetres del dret a la tutela judicial, s'utilitzi el recurs d'empara per transformar-lo en una nova instància revisora amb minva de les competències que corresponen constitucionalment a la jurisdicció ordinària, alhora que es desvirtuaria la mateixa naturalesa del procés constitucional d'empara. Distingeix així clarament el concepte que constitueix el cànon associat a la motivació d'una resolució judicial, de la idea de correcció jurídica o encert judicial.

Evidentment sense posar en qüestió aquesta conclusió anterior, la forma en què el TC resol la controvèrsia no ens sembla massa congruent, a partir del fet que el veredicte de la seva Sentència és el d'inadmissió del recurs i no la seva desestimació; i més encara quan resulta que es desdiu d'una providència dictada per la mateixa Sala Primera, de 28 de novembre de 2016. Efectivament, a través d'aquesta providència, la Sala admeté a tràmit el recurs apreciand la seva transcendència constitucional, d'acord amb l'art. 50.1 LOTC, en plantejar una qüestió de repercussió social o econòmica rellevant i general; mentre que en la

Sentència conclou la seva fonamentació indicant que el recurs s'havia d'haver inadmès, traslladant aquesta conseqüència al veredict.

Resulta estranya aquesta manera de resoldre un recurs d'empara, prèviament admès de manera expressa pel Tribunal d'acord amb les disposicions processals de la LOTC, que imposen una decisió d'admissió a tràmit amb forma de providència per unanimitat dels membres de la Secció; i si no s'assoleix unanimitat es trasllada a la Sala per a la seva resolució. La Sentència indica que la providència d'admissió a tràmit es dictà per la Sala, i paradoxalment reitera la concurrència dels requisits d'admissió en el darrer paràgraf del fonament jurídic segon, ja que l'empara incidia en l'aspecte relatiu als efectes que es produirien sobre els convenis col·lectius un cop transcorregut un any des de la seva denúncia, cosa que eventualment era susceptible d'afectar tots aquells treballadors que veuen com els convenis existents al moment de la firma del seu contracte laboral desapareixerien del sistema de fonts que els regeixen sense ser substituïts per altres. Més encara, en aquests incís ve a retreure que cap de les parts posàs en dubte la concurrència del pressupost d'admissibilitat, i que per això és necessari aturar-se en aquesta qüestió; però de manera confusa indica que la transcendència constitucional com a condició d'admissibilitat s'ha d'expressar en el text mateix de la sentència; qüestió que com hem vist ho fa al final del fonament jurídic segon.

Si això és així, si hi ha admissió expressa de la Sala de l'empara per transcendència constitucional de la qüestió plantejada, hauria d'analitzar el fons de l'assumpte, i d'acord amb l'art. 53 LOTC, atorgar o denegar l'empara. És incongruent apreciar la concurrència dels requisits d'admissió per transcendència constitucional, i després acabar amb un pronunciament d'inadmissió, per molt que sigui encertat entendre que l'art. 24 CE no empara la revocació d'una resolució judicial motivada correctament. La solució era més simple: un cop admès el recurs d'empara, aquesta s'hauria d'haver denegada perquè el fons de l'assumpte plantejava estrictament una qüestió d'interpretació judicial de legalitat ordinària que s'havia motivat correctament; que és justament la conclusió de fons a la qual arriba la Sala Primera del TC.

Es vulgui o no, el TC entra en el fons precisament per rebatre que una determinada resolució de la jurisdicció ordinària no tenia els mínims requisits de motivació; perquè precisament allò que se li planteja en empara era la possible existència d'una simple aparença de motivació. La recurrent argumentava que existia formalment una argumentació, però que era una expressió de voluntarisme judicial, i el TC rebut l'argument indicant que no és absurda la interpretació judicial

acollida. Aquest era precisament el debat de fons, ja que la demandant d'empara, sense expressar-ho amb les mateixes paraules, seguia les consideracions d'alguna doctrina laboralista que vendria a indicar que la interpretació judicial, considerada constitucionalment motivada, no seria la correcta.

Així, alguna doctrina jurídica ha considerat que entendre que la transformació de la naturalesa de les regles del conveni, passant de ser normatives a contractuals en acabar la seva vigència, implica una actuació jurídica creativa, no emparada en cap norma i aliena a la voluntat concurrent tant dels qui negociaren el conveni com a la dels subjectes de cada contracte de treball. Afegeix a més que un cop expirat el conveni seria exagerat afirmar que el contracte de treball estrictament queda subjecte a les previsions de l'Estatut dels treballadors, atès que s'haurien d'aplicar tota la resta de previsions legals i reglamentàries estatals sobre retribucions, temps de treball, representació dels treballadors, riscos laborals, seguretat social, formació, etc.

Era precisament contra aquesta denominada actuació jurídica creativa (denominada de voluntarisme judicial per la recurrent per justificar la concurrència d'una motivació judicial merament aparent), davant la qual es dirigia la demanda de tutela de l'empara constitucional, i que al nostre entendre s'hauria d'haver resolt més correctament amb un pronunciament desestimatori i no d'inadmissió.

2. SENTÈNCIA NÚM. 42/2018, DE 26 D'ABRIL (PLE). Ponent: Sr. Martínez-Vares García. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. ORDENACIÓ TERRITORIAL I TURÍSTICA. ADEQUACIÓ A LA NORMATIVA ESTATAL SOBRE DRET DE PROPIETAT I DE PROTECCIÓ MEDIAMBIENTAL. AUTONOMIA LOCAL. LLEI SINGULAR. ADMISSIBILITAT D'ACTUACIONS D'INTERÈS INSULAR. INTERDICCIÓ D'ARBITRARIETAT I DRET A LA TUTELA JUDICIAL.

Resum dels fets: un conjunt de més de cinquanta diputats pertanyents al Grup Parlamentari Unidos-Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congrés dels Diputats formula recurs d'inconstitucionalitat contra els art. 3 i 4 i les disposicions addicionals primera, segona i tercera de la Llei canària 2/2016, de 27 de setembre, per a la modificació de la Llei 6/2002, de 12 de juny, sobre mesures d'ordenació territorial de l'activitat turística a les illes de El Hierro, La Gomera i La Palma. Els preceptes impugnats es refereixen a l'establiment d'especialitats sobre tipologies turístiques en sòl rústic; la implantació en determinades categories de sòl; la

naturalesa, continguts i documentació dels instruments de planificació singular turística en aquelles illes; així com el procediment d'aprovació i relacions amb el planejament municipal; les actuacions que es declaren nominativament d'interès insular als efectes de la tramitació d'aquests instruments, i l'exoneració de les condicions d'implantació turística en sòl rústic a determinats sistemes generals, dotacions i equipaments insulars.

En qualsevol cas, la Sentència acaba exclouent alguns preceptes de l'anàlisi constitucional, com la disposició addicional primera, tenint en compte que la seva redacció va ser modificada per la disposició final setena de la Llei 4/2017, de 13 de juliol, del sòl i dels espais naturals protegits de Canàries; que reforma l'apartat 8 de la primera disposició impugnada. Atès que s'al·legava infracció per la norma autonòmica de les determinacions del procediment relatiu a avaluació ambiental estratègica, i la reforma legal ha modificat la regulació, s'elimina el motiu de constitucionalitat que se li imputava.

Per una altra raó, exclou l'anàlisi de l'art. 4 i de la disposició addicional tercera, en aquest cas aplicant la seva doctrina quant a manca d'argumentació específica dels recurrents que fonamenti la contradicció constitucional, per considerar sobre el primer precepte excessivament genèriques i poc precises les afirmacions sobre la seva possible arbitriietat i sobre l'eliminació del principi de participació ciutadana; i sobre la disposició addicional, perquè els recurrents no expressen les raons per les quals seria contrària a la Constitució.

Fonamentació jurídica: en primer lloc, per tal de centrar les qüestions objecte de controvèrsia, els preceptes impugnats se situen en els antecedents normatius autonòmics canaris, que es concreten a partir de la instauració, mitjançant la disposició addicional primera de la Llei 6/2001, d'un règim específic per a les denominades illes occidentals, respecte del previst amb caràcter general per a l'ordenació territorial i urbanística d'aquella comunitat autònoma.

A partir d'aquell marc inicial, la posterior Llei 6/2002, de 12 de juny, de mesures per a les illes de El Hierro, La Gomera i La Palma, configura l'establiment d'una sèrie d'excepcions sobre el dret comú autonòmic en la matèria, que defineixen un model propi, específic i singular de desenvolupament turístic. Esdevé un element característic d'aquest règim singular l'habilitació del sòl rústic com a suport físic d'establiments turístics, amb el pretext de constituir un element dinamitzador econòmic i social, i enunciant que, al seu torn, això s'aconsegueix garantint el principi de desenvolupament sostenible. La Llei 6/2002 va ser modificada

successivament, entre d'altres, per la Llei 2/2016, que conté els preceptes objecte de recurs d'inconstitucionalitat.

Quant al contingut específic de cada precepte, s'impugnava l'apartat 6 de l'art. 3, que permet la implantació de les tipologies d'hotel i casa rural a qualsevol categoria de sòl rústic, independentment que l'ús turístic estigui previst en el planejament, i deixant sense efecte qualsevulla previsió en contra inclosa dins aquest planejament. S'invocava que aquesta permissió directa de l'ús turístic, fins i tot en les categories de sòl rústic de màxima protecció natural, pateix vici d'inconstitucionalitat mediatada per infracció de la legislació estatal concretada en els arts. 3.2.a) i 13.1 del Reial decret legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de sòl i rehabilitació urbana (TRLSRU). El TC escomet l'anàlisi tot recordant la naturalesa normativa dels preceptes de la legislació estatal invocada, fonamentada en distints títols habilitants de l'art. 149.1 CE, d'acord amb tota una extensa doctrina precedent, i a continuació procedeix al contrast del precepte autonòmic amb els dos articles invocats de la Llei estatal.

Essencialment considera que els límits que estableix l'art. 13.1 TRLSRU, sobre limitació d'actes d'ús i disposició del sòl en situació rural en funció de la submissió a la preservació dels valors ambientals, així com el caràcter excepcional per a la legitimació d'actes i usos d'interès públic o social que contribueixin a l'ordenació i al desenvolupament rural, o que s'hagin d'emplaçar en el medi rural, no pressuposa una exclusió radical de determinades actuacions en aquest tipus de sòl, sempre d'acord amb el planejament i en el marc de la regulació urbanística, d'ordenació territorial autonòmica i de la legislació sectorial.

Les limitacions establertes en la norma estatal es fonamenten en l'art. 149.1.1 i 149.1.23 CE. D'acord amb el TC, es desprenen dos criteris limitatius. El primer el constitueix la necessitat que la utilització dels terrenys amb valors ambientals, culturals, històrics, arqueològics, científics i paisatgístics estigui sempre condicionada a la preservació d'aquests valors; mentre que el segon criteri és que els actes d'alteració de l'estat natural han d'estar autoritzats expressament per la legislació autonòmica. Segueix indicant que el primer condicionament s'estén a les decisions que pugui adoptar el legislador autonòmic en allò que respecta a la transformació del sòl rústic.

Centrada la qüestió, el TC salva la compatibilitat del precepte impugnat de la Llei autonòmica de 2016 amb la Llei estatal i, per extensió, amb la CE, a través d'un argument si més no poc usual. Acudeix per això a la vigència d'una llei autonòmica posterior que, implícitament, hauria matisat el de la llei anterior impugnada, tot indicant que la legislació urbanística canària, concretada en la Llei 4/2017, de 13 de

juliol, del sòl i dels espais naturals protegits, en l'art. 60.6.a) fixa la regla general que, en les condicions determinades reglamentàriament i precisades pel planejament, seran possibles en sòl rústic actes de rehabilitació d'edificis per a la seva conservació, o reconstrucció fins i tot per a destinació residencial o turística, d'edificis de valor etnogràfic o arquitectònic, per tractar-se de béns immobles integrants del patrimoni històric d'aquella comunitat autònoma.

Afegeix que dita legislació urbanística autonòmica també regula els usos turístics tant del sòl rústic genèric, en els art. 60.6.a), 61 i 62, apartats 1 i 4, com del sòl rústic de protecció (art. 64), exigint de manera expressa en aquest cas la compatibilitat de l'ús previst amb el règim de protecció al qual dit sòl està sotmès. Per això, entén que no és possible apreciar que el precepte impugnat de la Llei 2/2016 contradigui la legislació estatal en el punt dels usos viables en sòl rústic, per referir-se a edificacions existents i per una remissió implícita a les determinacions de la legislació urbanística autonòmica.

La disposició addicional primera conté una regulació integral dels que es denominen instruments de planificació singular turística d'equipaments estructurants turístics en les tres illes esmentades (IPS), en concret quant a la seva naturalesa, continguts, documentació, procediment d'aprovació, relacions amb el planejament insular i municipal i avaluació d'impacte ambiental. En el recurs es plantejava la vulneració de determinades previsions del TRLSRU, en el benentès que la regulació autonòmica del nou instrument habilita a una urbanització del sòl rústic per a la seva destinació a ús turístic; a més d'invocar infracció del principi d'autonomia local, per la prevalença dels nous instruments sobre el planejament municipal. Cal esmentar que els IPS es poden aprovar en execució del planejament insular o de forma autònoma, amb localització de la infraestructura, que pot ser vinculada a l'oci i als equipaments complementaris; establiments d'allotjament públics o privats, que es considerin de transcendència insular o supralocal, d'acord amb la Llei 6/2002.

El TC entén, al nostre entendre massa generosament com després exposam, que la disposició addicional no confronta amb els criteris de la legislació estatal, ja que no autoritza la urbanització del sòl rústic com a procés de transformació de sòl, segons defineix l'art. 7 TRLSRU. Tampoc no considera que exclogui les determinacions limitatives que contengui la legislació urbanística, i per tant que els IPS, tot i ser possibles en qualsevol classe i categoria de sòl, s'han d'entendre en concordança amb el règim general urbanístic del legislador canari establert en els art. 60 a 64 de la Llei 4/2017. Incorre així, al nostre parer, en el mateix error que

intentarem posar de manifest amb relació a l'argument emprat per avalar la constitucionalitat de la norma precedent.

Quant a la infracció al·legada pels recurrents de l'art. 13.1 TRLSRU, per una ampliació expansiva dels marges de la definició dels usos d'interès públic i social possibles en el sòl rústic que fa la norma autonòmica, que en la pràctica convertiria l'excepció de la llei estatal en norma general, el TC desestima aquest motiu. Reitera per això, dins aquest fonament i de manera successiva una idea: una cosa és la previsió legal, i l'altra l'expansivitat o excessiva creativitat de l'aplicador administratiu de la norma superant els seus límits, qüestió que no ha de ser objecte de control constitucional, sinó de control per la jurisdicció ordinària davant una eventual aplicació incorrecta en supòsits de fet en concret.

Però bàsicament entén que les condicions per desplegar quin és l'interès públic o social correspon a la norma autonòmica, amb determinació específica de les actuacions que mereixen aquest interès, i que en el cas se centra en l'interès insular de la concreta actuació emparada en un IPS. Aquest instrument esdevé així, segons el TC, una nova eina processal per determinar les activitats econòmiques rellevants que el mereixen, tot reiterant novament la seva tesi que no poden ser desenvolupats al marge de la legislació urbanística de la qual formen part.

La infracció del principi constitucional d'autonomia local invocat pels recurrents es basava en el fet que els IPS habiliten, al Cabildo respectiu o a la Comunitat Autònoma, a prescindir de la qualificació de sòl i de les determinacions vinculants de la normativa municipal. El TC hi dóna resposta considerant que, com recorda la seva doctrina, la garantia constitucional de l'autonomia local obliga el legislador a graduar l'abast d'intervenció local en funció de la relació entre interessos locals i supralocals en cada matèria; tot assegurant als ens locals nivells de capacitat decisòria correlatius. A tot això entén que la disposició enjudiciada supera els paràmetres de constitucionalitat, en regular actuacions que es projecten territorialment en un àmbit supramunicipal i que es dirigeixen a satisfer interessos públics relacionats amb el turisme que transcendeixen el purament municipal, representat per la decisió del Cabildo o de la Comunitat. Afegeix, com a element coadjuvant, que la disposició preveu que quan els municipis no siguin els promotors d'un IPS, el projecte se'ls sotmet a informe, la disconformitat del qual n'impedeix la seva aprovació pel Cabildo, deixant tanmateix la resolució final en mans del Govern de Canàries.

El fonament jurídic sisè analitza la impugnació de la disposició addicional segona, relativa a la declaració legal directa d'interès insular, sense necessitat d'aquest tràmit administratiu pel Cabildo corresponent que preveu la norma general,

per a un llistat d'iniciatives d'IPS relatives a determinades actuacions previstes en el Pla Territorial Especial d'Ordenació de l'Activitat Turística de l'illa de La Palma, per vulneració dels art. 9.3 i 24 CE. Això pel fet que en les actuacions exemptes del tràmit de declaració d'interès insular n'hi figuraven onze que estarien afectades per la STS de 18 de maig de 2015, que anul·lava el Decret 123/2008, de 27 de maig, en el qual es preveïen dites actuacions.

El TC escomet la qüestió des de la perspectiva dels requisits exigibles a les denominades lleis singulars a partir dels paràmetres de justificació raonable i d'una eventual intenció d'eludir les conseqüències d'una decisió judicial, d'acord amb els preceptes constitucionals dels quals se'n denunciava la infracció per la disposició de la Llei autonòmica. Des del segon paràmetre s'entén de la lectura del fonament jurídic sisè que el TC considera que no es produeix infracció directa de l'art. 24 CE des de la projecció de la STS sobre la qüestió, tenint en compte que el seu veredictes va apreciar la nul·litat del Decret 123/2008 per vicis de caràcter procedimental distints, com eren la seva manca d'avaluació ambiental estratègica; així com la vulneració de la normativa en matèria d'ordenació d'aeroports i servituds aeronàutiques.

Ara bé, sí que acull la pretensió de declaració d'inconstitucionalitat des de la perspectiva de la superació dels límits de l'art. 9.3 CE, per finalment connectar-ho també amb l'art. 24, d'acord amb la reiterada i profusa doctrina prèvia constitucional que s'exposa. Això a partir de la comprovació de si el supòsit de fet que preveu la norma té justificació objectiva i, si és així, que sigui necessari una llei com a mesura proporcionada a l'excepcionalitat que tracta d'atendre. Comença per posar de manifest que no hi ha cap justificació del contingut de la disposició addicional segona en l'exposició de motius de la Llei; contrastant-lo amb el seu objecte, que és donar per realitzat el tràmit inicial administratiu de declaració d'interès insular de determinades actuacions que ja varen ser en el seu moment aprovades pel Cabildo, per continuar amb la tramitació per a la seva aprovació com a IPS.

Amb aquest contingut, el TC entén que no existeix un interès de rellevància constitucional que exigeixi, de manera inexcusable, l'aprovació d'una norma amb rang de llei. No concorren unes exigències clares derivades de l'interès general que fonamentin la mesura legislativa, perquè la finalitat es pot assumir aplicant el procediment estandarditzat general previst. Entén així que no hi ha justificació de la raonabilitat i proporcionalitat de la previsió legal, tenint en compte així que la llei elimina el control de la jurisdicció contenciosa amb relació a la declaració d'interès insular de concretes actuacions, que no tenen cap peculiaritat diferencial de les altres que poden ser objecte d'aprovació mitjançant IPS, i seguint totalment el

procediment general previst. Tot això implica que la disposició addicional segona vulnera l'art. 24.1 CE en impedir l'accés al control judicial de drets i interessos legítims afectats, i eliminar la possibilitat d'un control judicial de la mateixa intensitat que haguessin pogut dur a terme els tribunals de la jurisdicció contenciosa.

Comentari: és obvi que la temàtica tractada en la Sentència té un interès especial en la nostra comunitat autònoma, en disposar de les mateixes competències exclusives en turisme i urbanisme sobre les quals s'han articulat els preceptes impugnats. Però a més, l'interès s'accentua des del moment que tant l'escenari inicial d'on parteix la norma singular impugnada, com també la seva regulació material, palesen algunes situacions que han succeït a les Illes Balears o que encara succeeixen.

Certament, per un costat tenim antecedents legislatius i també normes encara vigents que determinen l'establiment de règims específics per les especialitats «territorials» d'algunes illes, i, per l'altre costat, ja ha assolit carta de naturalesa el farciment de la legislació general urbanística i d'ordenació del territori, amb tot un rosari d'excepcions o d'«especialitats normatives». Això permet d'alguna manera tenir un element de contrast quant a possibles desviacions del marc constitucional de determinades regulacions balears que seguidament comentarem.

En tot cas, abans d'entrar en un comentari individual del contrast constitucional de cada precepte que havia estat objecte de recurs, no podem deixar d'assenyalar que la lectura general de la Sentència ens deixa un certa inquietud perquè palesa una desvirtuació dels efectes pràctics del que s'ha denominat principi de desenvolupament territorial sostenible, que a priori es constitueix en el principi que vol estructurar una legislació estatal tant important com és el TRLSRU. Això és evident si ho comparem amb les conseqüències pràctiques que la jurisdicció ordinària contenciosa n'extreu d'aquest principi, amb relació a alguns planejaments territorials o urbanístics que s'anul·len, precisament, per infracció d'aquesta pauta legislativa de la normativa bàsica o exclusiva estatal.

Passant ja a una descripció individual del contrast del TC de cadascun dels preceptes amb relació als quals estrictament ha cenyit l'objecte del recurs després del sedàs inicial que hem exposat en els antecedents, ens resulta del tot sorprenent l'argument emprat per avalar la constitucionalitat de l'art. 3.6 de la norma impugnada, ja que no és que acudeixi al ressort d'una modificació expressa per llei posterior, sinó a una pretesa remissió implícita de la llei «turística especial» de 2016 a una llei «urbanística general» de l'any 2017. Al nostre entendre, no hi ha cap mena de remissió, ni expressa ni tampoc implícita o tàcita, ans tot el contrari: una

plena i conscient decisió legislativa autonòmica que determina que, per molt que s'hagin de complir les condicions establertes per a la respectiva categoria de sòl rústic, això ho és «con independencia de que se encuentre o no previsto el uso turístico en el planeamiento de aplicación, quedando sin efecto cualquier previsión en contrario». L'argument, amb tots els respectes, és a més del tot inconsistent per altres raons.

La constitucionalitat del precepte impugnat se salva d'aquesta manera a través d'una estranya interpretació que porta a la correcció sobrevinguda per mor d'una futura «lleï remesa» a la qual paradoxalment no feia remissió en absolut la norma anterior que continua vigent, sinó que precisament del que es tractava era de no aplicar la llei general urbanística. Suposadament, per tant, i en sentit contrari, si no existís la providencial «lleï remesa» s'hauria d'entendre que la previsió de l'art. 3.6 de la Llei de 2016 resultava del tot inconstitucional.

S'equivoca igualment, al nostre entendre, quan entén que el precepte exigeix, als establiments hotelers als quals al·ludeix, que compleixin les condicions establertes per a la respectiva categoria del sòl rústic de què es tracti. Això perquè el TC arriba a aquesta conclusió per deducció, però el precepte no diu tal cosa literalment, sinó que el que determina és que: «Las tipologías turísticas correspondientes a hotel rural y casa rural podrán implantarse en cualquier categoría de suelo rústico, siempre que cumplan las condiciones establecidas para la respectiva categoría, y con independencia de que se encuentre o no previsto el uso turístico en el planeamiento de aplicación, quedando sin efecto cualquier previsión en contrario». En definitiva, si la pretensió del legislador és deixar sense efecte qualsevol previsió en el planejament que impedeixi la implantació de l'ús turístic, el compliment de les condicions de la categoria respectiva no s'havia de connectar amb la «categoria de sòl rústic», sinó evidentment amb la «categoria d'establiment turístic».

Però encara més, l'error del TC s'incrementa quan insisteix que entén que hi ha una vinculació de l'ús turístic que es permet amb el tipus de sòl de què es tracta i el règim de protecció que li hagi atorgat el legislador canari en l'exercici de la seva competència en matèria d'urbanisme. Podríem entendre només el raonament si la competència legislativa en matèria d'urbanisme s'hagués exercit paral·lelament en el temps amb la norma singular de determinades illes; però, com sabem, aquest exercici va ser posterior. I el que és més greu, és que dit exercici normatiu ulterior, que pretesament estableix el respecte a les limitacions d'usos del planejament, es vincula estrictament al sòl rústic de protecció establert en l'art. 64 de la Llei 4/2017, del sòl, i en cap cas a la resta de categories de sòl rústic.

En darrer terme, on entenem que hi ha el factor revelador més evident de l'errada de la tesi de la Sentència en aquest punt és en el fet en què el Tribunal no s'adona que la Llei 4/2017 conté una clàusula d'inaplicabilitat no ja implícita, sinó expressa, vers la Llei 2/2016. Efectivament, el TC, aparentment com a reforç de la seva tesi, indica que els preceptes de la Llei 4/2017, que cita com a remesos implícitament per la Llei 2/2016, no han estat objecte de recurs d'inconstitucionalitat en un altre procediment que està pendent de resolució, com sí que ho han estat altres preceptes. Doncs bé, si aquest és pretesament un argument de reforç, queda del tot debilitat si tenim en compte que no s'ha adonat de l'habilitat del legislador autonòmic urbanístic posterior, en incloure dins la disposició derogatòria única de la Llei 4/2017 un curiós apartat 4 de «no derogació expressa», que era propi d'una disposició addicional i que determina taxativament que: «La presente ley no deroga ni desplaza las leyes especiales y singulares vigentes sobre ordenación ambiental, territorial y urbanística, que continúan siendo de preferente aplicación sobre los ámbitos territoriales o sectoriales correspondientes.» Afegim addicionalment que dit apartat 4 no ha estat tampoc inclòs com a objecte del recurs d'inconstitucionalitat en tràmit que cita la Sentència.

En definitiva, al nostre modest entendre, la conclusió que hem d'extreure de la posterior aprovació de la Llei 4/2017, i la seva projecció en l'art. 3.6 de la Llei 2/2016, és totalment oposada a la que exposa la Sentència, perquè si alguna cosa ha pogut aclarir en el primer fonament jurídic és precisament que es tractava d'una llei especial i singular, d'aplicació preferent en uns àmbits territorials insulars, que no es corresponien amb tots els territoris generals autonòmics, i en concret en el sector turístic. És a dir, una tipologia de norma especial que deixa plenament vigent la posterior Llei 4/2017, com hem indicat.

Ara bé, efectuada la nostra crítica argumental, ens hauríem de quedar amb la doctrina material que fixa la Sentència sobre el particular. D'acord amb aquesta doctrina de fons, aparentment i per deducció, resultaria inconstitucional una previsió en norma legal autonòmica que permetés, amb caràcter lineal i sense matisos, la implantació de l'allotjament de turisme rural en totes les categories del sòl rústic.

És bo recordar-ho des del moment en què, precisament, la nostra Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, establia igualment, curiosament també fins a una modificació de l'any 2017, que a totes les tipologies de sòl rústic, amb independència del seu grau de protecció, estava permesa l'oferta d'establiment d'allotjament de turisme rural, a més sense que fos necessària amb caràcter ordinari la seva subjecció a la declaració d'interès general d'acord amb la legislació urbanística, és a dir, d'acord amb el procediment especial a què es refereix

el TRLSRU. I també és bo recordar-ho en ordre a posar de manifest la dubtosa adequació a la referida doctrina material d'algunes previsions de la matriu legal d'ordenació del sòl rústic que conté la nostra Llei 6/1999, de 3 d'abril, de les Directrius d'Ordenació Territorial, en admetre en condicions similars alguns tipus d'equipaments en tota mena de sòl rústic, i també alguna previsió més estrambòtica que declara com a equipament d'ús directament admès en totes les categories d'aquest sòl rústic els refugis d'animals domèstics i/o de companyia en risc, maltractament o en situació d'abandonament; això sí, de fins a 70 unitats, de les quals un màxim de 20 poden ser cans.

Pel que fa a l'argumentació que avala la constitucionalitat de la disposició addicional primera, entenem que és matisable l'aplicació de la doctrina, que reitera fins a l'exhauriment en el fonament jurídic cinquè, d'acord amb la qual no li correspon al TC el control dels actes d'aplicació del precepte, per evitar una expansió de l'aplicació de la figura de l'IPS més enllà del seu objecte propi, ja que la facultat atribuïda per la norma a les administracions públiques insulars o autonòmica pot ser controlada per la jurisdicció contenciosa, examinant en el moment de la seva definició i de manera certa el caràcter, extensió, localització i finalitats del projecte concret de què es tracti.

Certament no es pot negar inicialment la correcció del raonament derivat de la doctrina constitucional. Ara bé, el problema amb el qual ens trobam és que el TC parteix d'una base errònia quan entén que el problema de l'expansivitat és predicable, estrictament, de l'actuació administrativa ulterior i no de la disposició legal en si mateixa. Nega la superació de límits expansius de la norma autonòmica davant de la legislació estatal, tot entenent que existeixen uns límits implícits sobre usos turístics establerts en una llei urbanística posterior, que al nostre entendre i com hem intentat exposar, com a mínim són de dubtosa aplicació.

Alhora, entenem que hi ha una certa confusió en el fet que no es produeix per aquesta previsió autonòmica vulneració de l'art. 7 TRLSRU. Potser sigui cert que l'aprovació d'un IPS no sigui una actuació d'urbanització en sentit estricte incompatible amb el manteniment de la situació bàsica del sòl rural o sòl rústic afectat. Però el problema que planteja la disposició autonòmica és que no fixa límits quantitatius a les actuacions que es proposin amb la cobertura del procediment executiu d'«instrument de planificació singular». Amb això s'estaria possibilitant, directament des de la llei i per haver renunciat a acotar uns límits o topalls màxims en paràmetres edificatoris o constructius, la implantació tant d'equipaments com d'edificis d'establiments d'allotjament d'unes magnituds que exigeixen, per posar

algun exemple, uns determinats nivells de dotacions de subministrament i depuració d'aigües; accessos viaris interiors o de connexió; xarxes de subministrament de serveis d'electricitat, que segurament, a la resta d'illes no singulars de la comunitat autònoma esdevenen actuacions, si no d'estricta urbanització, com a mínim de transformació urbanística.

Per altra banda, el respecte de la disposició autonòmica amb el principi constitucional d'autonomia local almenys és coherent amb la doctrina reiterada del TC que se cita en el fonament jurídic cinquè, ja que es preveu un tràmit participatiu municipal mitjançant un informe. Tanmateix convé precisar que el que ens diu exactament és que l'interès municipal ha de ser ponderat per la decisió autonòmica, però que la tècnica de l'informe concurrent de l'entitat local en aquest cas només és impeditiu davant de la pretensió d'aprovació d'un IPS pel Cabildo corresponent, que pot acudir en darrer terme al Govern autonòmic a qui correspon la darrera paraula, independentment de la posició institucional de l'ajuntament afectat. La tècnica anterior, com veim amb l'aval del TC, recorda l'anàloga que s'utilitza amb profusió a les Illes Balears per a l'autorització de determinades infraestructures energètiques en sòl rústic.

En darrer terme, convendria assenyalar que la doctrina material que indirectament o per deducció fixa la Sentència sobre aquest punt objecte de controvèrsia en la disposició autonòmica canària, *mutatis mutandi* abocaria a considerar que la disposició adicional quarta de la nostra Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, resultava inconstitucional per confrontar amb l'art. 137 CE.

Recordem que dita disposició establia, fins a temps recents, una exclusió dels paràmetres de planejament territorial, urbanístics i turístics que impedissin l'execució d'obres de modernització d'establiments turístics existents a qualsevol categoria de sòl urbà o rústic; després encara ampliada als nous establiments i no només als preexistents, amb el pretext de la desestacionalització; consolidació de mercats; millora de la qualitat; l'oferta; la seguretat; l'accessibilitat o la sostenibilitat mediambiental. És a dir, si fa no fa, alguns dels mateixos objectius que els del règim singular de les illes occidentals canàries; només que amb una important diferència procedimental. Així, en el cas balear, les actuacions s'autoritzaven amb una simple qualificació de l'administració turística competent, mitjançant un informe preceptiu d'aquesta administració supramunicipal que vinculava per a l'obtenció de llicència d'obra. És a dir, es convertia la llicència d'obra municipal no en un acte d'aplicació del planejament, sinó en un acte d'aplicació de la dispensa del planejament, dictada

per una administració no municipal i sense cap tipus de tràmit previ participatiu, obstatiu o merament consultiu, de l'entitat municipal afectada.

3. SENTÈNCIA NÚM. 99/2018, DE 19 DE SETEMBRE (PLE). Ponent: Sr. Montoya Melgar. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. LÍMITS DE LA LLEI DE PRESSUPOSTS AUTONÒMICA. NORMA EN MATÈRIA DE PERSONAL. ABAST DE LA LEGITIMACIÓ DEL DEFENSOR DEL POBLE EN LA INTERPOSICIÓ DE RECURS. CONSIDERACIÓ I VOT PARTICULAR SOBRE PÈRDUA DE VIGÈNCIA I IMPUGNABILITAT DE LA LLEI DE PRESSUPOSTS EN CASOS DE DEROGACIÓ EXPRESSA POSTERIOR.

Resum dels fets: la Defensora del Poble formula recurs d'inconstitucionalitat contra la disposició addicional tretzena de la Llei 18/2016, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2017, per entendre que vulnera els art. 9.3 i 134 CE, així com l'art. 135.1 EAIB i l'art. 21.1 de la Llei orgànica 8/1980, de 22 de setembre, de finançament de les comunitats autònomes (LOFCA).

La norma impugnada regulava el règim de l'exempció de guàrdies del personal sanitari d'atenció especialitzada major de cinquanta-cinc anys, produint-se la circumstància que, en el moment del dictat de la Sentència, s'havia derogat dita norma de manera expressa per llei posterior.

Essencialment el gruix del recurs es basa en l'aplicació dels límits constitucionals als continguts normatius susceptibles de regular-se per les lleis de pressuposts, defensant-se per la representació de la Comunitat Autònoma que l'exempció de guàrdies i la possibilitat correlativa de participació del personal interessat en mòduls d'activitat addicional no és una qüestió aliena a l'àmbit pressupostari en tenir una relació directa amb les retribucions del personal i per això una incidència econòmica.

La Defensora del Poble entén que el contingut de la disposició és merament organitzatiu respecte d'una activitat d'un col·lectiu en concret de l'Administració sanitària, sense que no tinguí relació, ni tant sols eventual, amb el contingut d'una norma pressupostària; mentre que el Govern de la CAIB en canvi aprecia una relació directa amb l'estat d'ingressos i despeses que integren el pressupost, considerant que el seu contingut respon a criteris de política econòmica.

Fonamentació jurídica: el fonament jurídic quart de la Sentència escomet la qüestió central del debat, tot i que en els anteriors fonaments s'analitzen altres qüestions processals de cert interès, a les quals farem alguna al·lusió resumida en l'apartat de comentaris. El punt essencial del debat va ser el tractament de la matèria regulada en la disposició impugnada dins la Llei de pressuposts autonòmica balear, sobre el qual les parts, en un nivell teòric, no entraren en cap controvèrsia quant a l'existència efectiva de les limitacions imposades als continguts d'aquest tipus de llei, d'acord amb la doctrina del TC que no admet inserir-hi tota classe de normes, sinó solament les relatives a l'ordenació dels ingressos i despeses de l'Estat o de la Comunitat. Una altra cosa era certament la discussió de la constitucionalitat de la mesura regulatòria en concret, continguda en la disposició addicional impugnada.

El TC, com era previsible, en aquest fonament jurídic quart comença per relacionar la seva línia jurisprudencial prou abundant en aquesta matèria, que a manera de resum es pot concretar en el fet que, més enllà del contingut estricte que fixa la CE a la llei de pressuposts, pot acollir el que la doctrina constitucional ha denominat un «contingut eventual» o no necessari, que estaria integrat per totes les normes que, sense constituir directament un previsió d'ingressos o habilitació de despeses, hi tinguin una relació directa; que responguin a criteris de política econòmica del Govern, o, en darrer terme, es dirigeixin a una comprensió major o una execució millor del pressupost

La mateixa doctrina constitucional consolidada arriba així a la conclusió que, només complint aquests requisits, es pot justificar la restricció de les competències del poder legislatiu que és pròpia de les lleis de pressuposts, així com per a la salvaguarda de la seguretat jurídica que garanteix l'art. 9.3 CE, com és la certesa del dret que exigeix que una llei de contingut definit constitucionalment, com la de pressuposts generals, no contengui més disposicions que les que corresponen a la seva funció constitucional. Recalca en aquest sentit que un dels arguments constitucionals per prohibir determinats continguts a aquests tipus de lleis és que amb elles no es produeixi una modificació del règim substantiu d'un determinat sector de l'ordenament jurídic, entre ells també el relatiu al règim jurídic de la funció pública, al·ludint a una jurisprudència abundant en aquest sector.

Una problemàtica derivada, aclarits els límits constitucionals a les lleis de pressuposts estatals, és la transposició de dita doctrina a les lleis de pressuposts autonòmiques, com la que conté la disposició addicional impugnada. La Sentència dedica a aquest punt el fonament jurídic cinquè, partint de l'examen de les normes que integren el bloc de la constitucionalitat aplicable a la institució pressupostària

autonòmica. Així, tots els Estatuts d'autonomia que contenen una clàusula similar a la de l'art. 134.2 CE, amb connexió a l'art. 21.1 LOFCA, porten a la conseqüència que dins aquest bloc s'hi conté un principi general d'adequació del contingut de la llei de pressuposts autonòmica a la funció institucional que li és pròpia, en els mateixos termes de les limitacions de les lleis de pressuposts estatals.

Aquest és el cas concret de les Illes Balears, atès que la funció de la llei pressupostària queda establerta en l'art. 135.1 EAIB, que defineix el pressupost general de la Comunitat Autònoma amb un caràcter anual, únic, i constitutiu de l'expressió xifrada, conjunta i sistemàtica de totes les despeses i de tots els ingressos de les institucions, els organismes, les entitats i empreses que constitueixen el sector públic autonòmic. Es rebutja així directament pel TC l'al·legació de la defensa de la Comunitat Autònoma d'acord amb la qual considerava que no era aplicable la doctrina sobre els límits materials de les lleis de pressuposts.

Transportada tota aquesta jurisprudència a la disposició addicional en concret objecte del recurs, la Sentència exposa que, com bé indica la seva literalitat, té el seu antecedent en una resolució del Ministeri de Treball i Assumptes Socials de 8 d'agost de 1997, sobre exempció de guàrdies a facultatius de més de cinquanta-cinc anys. A partir d'una mera lectura comparativa de la disposició de la Llei impugnada i la Resolució del Ministeri, es permet constatar que la regulació precedent i la nova no diferien substancialment quant al seu contingut, amb l'única diferència de la posició de l'Administració respecte de l'activitat substitutiva de les guàrdies. Així, mentre que la Resolució de 1997 ordenava a l'Administració propiciar l'accés a la guàrdia substitutiva, la regulació de la Llei balear de pressuposts canvia el criteri per introduir l'autorització dels mòduls d'activitat substitutiva quan existeixin necessitats assistencials, que consistiran preferentment en la realització de l'activitat assistencial ordinària.

En definitiva, el TC entén que la modificació normativa efectuada per la disposició addicional no afecta el dret a l'exempció, ni implica directament una menor despesa pressupostària. Per tant, més que d'una mesura que cerqui la reducció de la despesa pública, es tracta d'una norma de política de personal, i per tant davant una qüestió de contingut més pròpia de la determinació de les condicions de treball del personal sanitari que de la política pressupostària; declarant-se en definitiva la inconstitucionalitat per vulneració de l'art. 134 CE.

Comentari: com hem vist, a partir d'una anàlisi comparativa de contingut entre la regulació precedent a la disposició addicional tretzena de la Llei 18/2016, la Sentència ha considerat que no hi ha diferència essencial en el règim d'ordenació

jurídica de la possibilitat d'exempció o substitució de la guàrdia per una altra activitat presencial, a l'efecte de seguir percebent el complement salarial d'atenció continuada. L'únic canvi efectiu és el de la norma sobre propiciar una opció voluntària, que passa a centrar-se en el criteri de les necessitats assistencials efectives; essent per tant una norma pròpia en matèria de personal i que no reuneix els requisits de la jurisprudència constitucional per plantejar la seva inserció en una llei de pressuposts.

Equipara així aquest contingut a altres ja delimitats com a exclosos d'aquests tipus de lleis en distintes resolucions precedents del TC, com ara les mesures sobre procediments d'accés de funcionaris interins a la categoria de funcionaris de carrera; provisió de llocs de treball; regulació de l'edat de passí a situació de segona activitat; dels requisits de titulació necessària per a accés a determinats cossos; regulació de requisits per obtenir la condició de beneficiari de subvencions; requisits d'ingrés en centres docents; condicions per a concessió de subsidi de desocupació i en general les normes típiques de dret codificat o altres previsions en què no concorri la vinculació pressupostària.

En aquesta línia el veredictes de la Sentència era si més no previsible, tot i que la mateixa resolució del TC posa de manifest algunes curiositats. Efectivament, en primer lloc podríem al·ludir a una qüestió que per bé que sigui estrictament formal, de legitimació processal, palesa alguna incongruència de l'òrgan constitucional recurrent que connecta amb la qüestió material objecte de controvèrsia. Així, el Govern de la CAIB postulava una causa d'inadmissió del recurs per manca de legitimació de la Defensora del Poble, ja que l'esmentada legitimació s'hauria de cenyir als casos en què s'argumenti estrictament la vulneració dels drets fonamentals que protegeix el títol I CE, i no en supòsits de superació dels límits que es dedueixen del seu art. 134.

La qüestió processal és ventilada ràpidament pel TC, fins i tot assenyalant que la pretensió de l'al·legació de manca de legitimació suposa una revisió de la seva doctrina quant a l'amplitud per interposar recurs d'inconstitucionalitat pel Defensor del Poble; doctrina que reitera tot recordant que aquell òrgan, com la resta de subjectes que preveu l'art. 162.1.a) CE, no té restringida la legitimació exclusivament per a la defensa dels drets que comprèn el títol I.

Ara bé, el que posa de manifest aquesta habilitació àmplia de la legitimació del Defensor del Poble és una incongruència patent en el plantejament del seu recurs, que s'ha limitat a una concreta disposició de la Llei balear de pressuposts per a l'any 2017. Naturalment aquesta incongruència no podia posar-se de manifest per la representació del Govern de la CAIB en el recurs, per una mera qüestió d'estratègia

processal, però sí que la podem plantejar ja en aquest moment una vegada dictada sentència. Així, si és indiscutible la legitimació de la Defensora del Poble en la impugnació en via constitucional de la disposició addicional tretzena de la Llei 18/2016, per ultrapassar el seu contingut la matèria pròpia d'una llei de pressuposts; el que ens estranya enormement és la selecció en concret d'aquest únic precepte, quan possiblement, amb els mateixos arguments esgrimits en el seu recurs, en tenia d'altres molt més evidents que suposaven infracció dels límits constitucionals dins la mateixa norma legal que, curiosament, se li varen passar per alt. Només per posar-ne alguns exemples, citarem la disposició addicional cinquena, que regula pròrrogues de termini de vigència de borses de personal funcionari interí; la disposició addicional sisena, sobre regulació de pràctiques acadèmiques externes en el sector públic; la disposició final vuitena, que modifica la Llei 7/2010, del sector públic instrumental; la disposició final desena, sobre modificació del Decret-Llei 5/2012 sobre mesures en matèria de personal i administratives, o la disposició final onzena, de modificació de la Llei 6/2001, de patrimoni, entre d'altres.

La incongruència que reflecteix l'actuació de la Defensora del Poble és per tant que si té un interès especial en la tutela d'altres disposicions constitucionals distintes a les que conté el títol I, no l'apliqui en totes les normes d'una mateixa Llei de pressuposts que, almenys aparentment, puguin estar en les mateixes condicions d'infracció de l'art. 134 CE, en connexió al bloc de constitucionalitat que conforma l'art. 135.1 EAIB i 21.1 LOFCA, i se cenyeixi a una única disposició sobre règim d'exempció o substitució de guàrdies. S'accentua encara més aquesta incongruència quan un dels motius del recurs se centra, precisament, en el factor d'inclusió en normes pressupostàries de disposicions variades que converteixen aquestes lleis en normes de contingut bigarrat que dificulta el seu coneixement i comprensió pels ciutadans, criticant la Defensora del Poble aquesta pràctica viciosa, que aprofita la celeritat i sumarietat en la tramitació parlamentària de les lleis pressupostàries en detriment de la funció pública que tenen assignada constitucionalment.

La segona curiositat a exposar és la contradicció evident i potser involuntària en la qual incorre el Tribunal quan tracta en el fonament de dret segon el factor de la derogació expressa de la disposició impugnada per la Llei posterior 13/2017, de 29 de desembre. Parteix d'exposar l'existència d'una regla general de la pèrdua de l'objecte del recurs per derogació de la norma impugnada; que es matisa però segons la seva jurisprudència en casos de normes de vigència limitada, com és el de la llei de pressuposts; tot entenent que no es pot determinar directament la desaparició de l'objecte del recurs, ja que seria admetre que hi ha un àmbit normatiu

que resulta immune al control de la jurisdicció constitucional. En el mateix raonament però, indica taxativament que en el cas, la pèrdua de vigència no és una mera conseqüència del caràcter temporalment limitat de la llei de pressuposts, sinó de la derogació expressa posterior, per una altra llei, igualment de pressuposts de la Comunitat Autònoma.

El raonament anterior és objecte de crítica a través del vot particular formulat per la magistrada Balaguer Callejón, que de manera breu explica clarament com al seu parer en el cas no concorria cap circumstància per a no aplicar la regla general de pèrdua de l'objecte. Indica que encara que la disposició addicional impugnada s'inclouïa dins la Llei de pressuposts, no tenia vigència temporal limitada, sinó que fou aprovada amb vocació de vigència indefinida, per la qual cosa l'excepció a la regla general en els supòsits de normes limitades en el temps no era d'aplicació al cas.

La crítica es completa quan molt correctament posa de manifest que, malgrat aquesta evidència que es reconeix en el fonament jurídic segon, la Sentència no va ser congruent: en primer lloc desenvolupa un argument del que s'havia de derivar com a conseqüència inexorable l'extinció del recurs d'inconstitucionalitat, i va deixar de respondre aquest punt. Així, com exposa el vot particular, malgrat que de manera implícita s'hagi d'entendre que la Sentència rebutja la possible pèrdua d'objecte del recurs, el que suposa aquesta posició implícita és una ruptura inexplicable del discurs previ, quan entra a continuació a resoldre la qüestió de fons.

4. SENTÈNCIA NÚM. 134/2018, DE 13 DE DESEMBRE (PLE). Ponent: Sr. Xiol Ríos. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. LIMITACIÓ DE LES COMPETÈNCIES DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS EN MATÈRIA DE PROTECCIÓ ANIMAL I EN MATÈRIA D'ESPECTACLES. PATRIMONI CULTURAL DE LA TAURÒMÀQUIA. PRINCIPI D'UNITAT DE MERCAT.

Resum dels fets: el president del Govern promou recurs d'inconstitucionalitat en relació amb l'art. 1.2; art. 4 en un determinat incís; els apartats 1, 2, 6 i 7 de l'art. 5; i els art. 6, 7, 8, 9 i 15.3.b) de la Llei 9/2017, de 3 d'agost, de regulació de les corregudes de toros i de protecció dels animals a les Illes Balears. El plantejament del debat se centra en la col·lisió entre competències estatals i autonòmiques. S'argumenta la infracció pels articles impugnats de la Llei dels àmbits de competència estatal per a la regulació del patrimoni cultural espanyol d'acord amb l'art. 149.2 amb

relació a l'art. 148.1.28 CE; la vulneració del principi d'unitat de mercat i lliure circulació dels art. 149.1.13 i 139.2 CE, i la lesió de l'art. 149.1.1 CE. Correlativament, es qüestiona la manca de prou cobertura de la regulació legal en les competències autonòmiques en matèria d'agricultura i ramaderia previstes en l'art. 30.10 EAIB; protecció del medi ambient, ecologia i espais naturals protegits (art. 30.46 EAIB); espectacles públics (art. 30.31 EAIB), i cultura (art. 30.25 i 30.26 EAIB).

L'argument principal de la impugnació de conjunt parteix de les consideracions d'una sentència prèvia del TC que declara la inconstitucionalitat de la prohibició taxativa de les corregudes de toros establerta en la legislació catalana, entenent que l'opció de la Llei balear impugnada suposa arribar a la mateixa finalitat, establint una prohibició de facto mitjançant l'establiment de prohibicions i requisits singulars que aconduïxen al fet que la festa dels toros, tal i com es reconeix a Espanya i que constitueix part del seu patrimoni cultural, sigui absolutament irrecognoscible; originant així un menysteniment de la competència estatal en matèria de protecció cultural de la tauromàquia.

Fonamentació jurídica: el TC, després d'un enquadrament inicial prou extens de la controvèrsia competencial, exposa que l'art. 1.2 de la Llei s'impugna des de la seva previsió d'acord amb la qual les corregudes de toros a les Illes Balears només es poden dur a terme d'acord amb les seves disposicions. Aquesta literalitat posa de relleu que la finalitat és imposar amb caràcter imperatiu la regulació continguda, per bé que sense una prohibició expressa d'exclusió de la normativa estatal; però vistes les competències estatals relatives a la tauromàquia en connexió a la protecció del patrimoni cultural i artístic en què s'inclou, comporta que només es podria considerar conforme a la Constitució en cas que la normativa autonòmica en conjunt no suposàs una regulació que faci impossible el desenvolupament normal de les corregudes de toros o en desfiguri el reconeixement com a institució cultural. La normativa estatal contrastada és la Llei 18/2013, de 12 de novembre, per a la regulació de la tauromàquia com a patrimoni cultural, i la Llei 10/2015, de 26 de maig, per a la salvaguarda del patrimoni cultural immaterial.

D'aquesta forma, la correguda de toros jurídica que escomet el Tribunal acaba amb un gran èxit de crítica i públic, tenint en compte que declara la inconstitucionalitat de tots els preceptes objecte d'impugnació a partir d'una anàlisi individual, però sempre a partir de la idea central abans exposada.

Comença així per indicar que, quan els apartats 1 i 2 de l'art. 5 estableixen que tots els toros que es toreïn a les places de les Illes Balears han de tenir un mínim i màxim d'edat, amb uns requisits de pes en funció de la categoria de la plaça; s'està imposant

no només un obstacle que dificulta seriosament el desenvolupament normal de les corregudes de toros com a institució integrant del patrimoni cultural espanyol, sinó que també impossibilita dur a terme un altre tipus de manifestacions taurines. La mateixa sort té l'apartat 6 quan pretenia l'establiment d'una acta del servei veterinari sobre requisits i condicions establertes en altres articles, que vinculava a la presidència de la plaça quant a la cancel·lació de la correguda en cas d'incompliment de dits requisits. En aquest cas el TC entén que pot comportar un obstacle insuperable que imposa l'opinió subjectiva dels veterinaris sobre el criteri de l'autoritat a qui correspon l'autorització; autoritat a qui segons la reglamentació de distintes comunitats autònomes i en el reglament estatal li pertoca decidir. També l'apartat 7 de l'art. 5 es declara inconstitucional en preveure un reconeixement veterinari posterior a la correguda i la devolució del brau a l'empresa ramadera que l'hagi proporcionat; entenent que aquest reconeixement posterior a la lidia està directament relacionat amb la regulació de la llei que impedeix la mort de l'animal; atès que la «suerte suprema» (és a dir, i en terminologia no taurina, la mort de l'animal) constitueix un dels elements necessaris per a la recognoscibilitat de la correguda de toros moderna, com a institució pertanyent al patrimoni cultural espanyol.

Sobre l'art. 6, que determinava que durant la seva estada en la plaça els toros no es podien recloure en els «chiqueros» (o mòduls tipus gàbia on es tanca l'animal perquè surti fet un miura), i que la seva sortida a plaça es realitzaria des dels corrals; a banda de regular condicions de benestar animal durant la seva estada; el TC aprecia que aquesta «aparença merament tècnica» s'articula entorn a la prohibició d'«enchiqueramiento» i la correlativa obligació de sortida de cadascun dels animals a la plaça des dels corrals. Tot això, unit a l'alteració que el conjunt del precepte suposa del sistema tradicional regulat en el Reglament d'espectacles taurins sobre el transport i desembarcament dels toros i l'estança posterior en els corrals fins a l'«enchiqueramiento» de l'animal, suposa una greu dificultat pel desenvolupament tradicional de l'espectacle.

L'art. 8 determinava que les corregudes de toros s'havien de dur a terme per professionals inscrits en la secció I del registre general de professionals taurins; això és, toreros i toreres, i el seu personal auxiliar. A la vegada preveia un màxim de tres animals per espectacle amb una participació de temps no major de deu minuts, transcorregut el qual el toro s'havia de conduir i retornar als corrals. El TC entén que el precepte exclou l'organització d'altres espectacles taurins en els quals és habitual la participació d'altres professionals, essent per tant la regulació incompatible en termes constitucionals. Com també ho serà la determinació del nombre d'animals a lidiar a cada correguda, perquè el caràcter imperatiu de la limitació restrictiva

impedeix o dificulta el normal desenvolupament de les corregudes de toros, que no té regulació en normativa taurina estatal ni autonòmica, essent la pràctica tradicional la fonamentada en el nombre de toreros intervinents en l'espectacle, fixant-se per derivació el nombre de toros en concret. I, en darrer terme, considera que igualment un caràcter imperatiu de la previsió d'una participació no major a deu minuts i la subsegüent devolució de l'animal als corrals està en connexió directa amb la prohibició de matar-lo com a part de l'espectacle que estableix l'art. 9 de la Llei, cosa que segons paraules del Tribunal, atenent al caràcter consubstancial que la «suerte suprema» té avui pel reconeixement com a tal de la correguda de toros moderna, en comporta una desfiguració com a institució cultural. Per derivació, l'art. 15.3.b) obté la mateixa sort, en tipificar com a infracció molt greu l'omissió de les mesures contingudes en l'art. 8.

Una de les claus de l'argument essencialista i de substancialitat que acull el TC com a eix central de la seva fonamentació jurídica la trobam a partir d'una confosa exposició quant a la distribució competencial que cal deduir del desplegament reglamentari de la Llei 10/1991, de 4 d'abril, sobre potestats administratives en matèria d'espectacles taurins. El Tribunal entra en aquesta plaça jurídica per tal d'analitzar la constitucionalitat dels preceptes de la Llei balear que l'Estat considera alteren substancialment el desenvolupament de la correguda de toros moderna: els art. 7, 8 i 9, que prohibeixen la presència de cavalls durant les corregudes; la limitació al capot i la muleta dels utensilis que poden emprar el o la professional taurí o taurina i els o les auxiliars, prohibint expressament altres estris que pugui produir ferides i/o la mort del toro, i el correlatiu art. 15.3.b) que considera infracció molt greu l'omissió de les mesures de l'art. 9.

Entén que, tot plegat, innova de manera important el desenvolupament de la correguda, que difereix substancialment de la regulació de la reglamentació taurina estatal i d'altres comunitats autònomes. A partir d'aquí, l'excursus de la Sentència passa per entendre que el Reglament estatal d'espectacles taurins, el Reial decret 176/1982, de 28 de febrer, derivat de la Llei 10/1991 esmentada, té un vessant d'afectació a la seguretat ciutadana i a l'ordre públic; i un vessant d'ordenació de la lídia segons els usos tradicionals.

En el segon vessant, diu que tant la normativa estatal com l'autonòmica que l'ha regulat preveuen la divisió de la correguda en tres terços i la mort de l'animal davant el públic. S'indica que, encara que acceptàs el raonament de l'exposició de motius de la Llei balear impugnada, que apel·la al fet que en algunes comunitats autònomes s'han aprovat reglaments taurins que adapten la reglamentació estatal

per adequar aquests espectacles a la realitat actual i a les peculiaritats de cada societat, el TC considera que en cap cas l'exercici d'aquesta competència autonòmica no assoleix un grau de divergència que pugui arribar a comprometre la declaració de patrimoni cultural immaterial efectuada per l'Estat; fent abstracció, això sí, del toreig còmic, únic en què es permet el caràcter incruent de la festa.

Hi ha una certa confusió en la Sentència, com hem avançat, quant a l'encaix competencial de la reglamentació estatal i autonòmica d'espectacles taurins, més enllà de dir que la seva relació no s'articula damunt el binomi normatiu de bases-desenvolupament. Tanmateix, el que determina és que amb la vigència de les lleis estatals 18/2013 i 10/2015, amb la crida als usos tradicionals de la tauromàquia moderna es reconeixen determinats trets integradors de la tauromàquia com a institució cultural a Espanya que deriven dels trets compartits per la regulació estatal i l'autonòmica, la qual integra en l'Espanya actual allò que fa recognoscible l'espectacle taurí en termes de «garantia institucional» com a manifestació cultural comú amb independència de les variants territorials que puguin existir. Conclou així que no es poden excloure d'aquests trets o elements ni la divisió de la lídia en tres terços, ni el fet de donar mort a l'animal mitjançant «estoque o descabello».

En definitiva, en el bessó del recurs, entén que la regulació balear ho és amb tal grau de divergència de l'ús tradicional que fa impossible reconèixer les característiques nuclears de la correguda de toros que ha protegit l'Estat, produint-se un exercici competencial no ajustat a la Constitució quant suposa un menyscabament de la competència estatal.

Es declara igualment inconstitucional la regulació de l'art. 4, relativa a l'establiment del criteri de major proximitat de la ramaderia subministradora dels toros en el fonament jurídic vuitè, per infracció de la competència estatal en matèria d'unitat de mercat i lliure circulació i d'establiment de les condicions bàsiques d'igualtat en matèria de drets i deures. Això després d'un raonament si més no confós, a la lectura del qual ens remetem per raó d'espai, així com a una conseqüència de declaració d'inconstitucionalitat parcial referent a aquest extrem en concret, i no a la totalitat del precepte com demanava la part recurrent.

Comentari: el primer que s'ha d'assenyalar és que el resultat contundent del veredict de la Sentència no pot amagar la forta discrepància sorgida durant la deliberació en el si del TC, atès que es produïren ni més ni menys que cinc vots particulars, on només un fou concurrent amb el veredict adoptat per la majoria. Una lectura pausada dels raonaments dels vots discrepants, quatre dels cinc en total, aboca a haver de posar de manifest que hi havia raons més que suficients i

fonamentades per arribar al resultat absolutament oposat: la plena constitucionalitat de la regulació que va introduir la legislació balear sobre la matèria. De fet, una de les paradoxes que també queden reflectides és la que el ponent del recurs, Sr. Xiol Ríos, no va veure prosperar davant la majoria la seva tesi de plena inserció constitucional, formulant així vot particular. Per altra banda, és una dada prou significativa que els arguments dels vots discrepants assoleixen una extensió gairebé major que l'apartat de fonamentació jurídica de la Sentència.

Malgrat que el vot particular del Sr. Xiol Ríos és el més extens i fonamentat, comparteix amb els altres tres vots discrepants un raonament central que, al nostre entendre, exposa molt sintèticament i didàctica el del Sr. Conde-Pumpido Tourón.

Assenyala que no discrepa amb el plantejament de l'anàlisi competencial, sinó en la forma amb la qual s'ha resolt; partint que el precedent jurisprudencial que ha manejat el TC, la Sentència núm. 177/2016, referida a la legislació catalana, va traçar la línia de proscripció de la prohibició de les corregudes de toros. Però respectant aquest límit, la Sentència va admetre expressament unes possibilitats molt amples d'intervenció de la llei autonòmica amb relació a la regulació d'aquests esdeveniments en el seu àmbit territorial, en l'exercici de les seves competències en matèria d'espectacles i de protecció animal.

Per aquest vot discrepant, la llei balear havia explorat, a més lealment a la doctrina constitucional, la capacitat autonòmica d'incidir en la configuració de les corregudes de toros, fent esment a aquella Sentència en el seu preàmbul, i ho feia sense suprimir les corregudes de toros; possibilitant la supervivència d'una forma evolucionada de tauromàquia adaptada a la sensibilitat social balear; acord amb l'evolució històrica, i, finalment, procurant conservar al màxim els aspectes artístics.

Palesa obertament que la Sentència acull sense crítica el posicionament de l'advocat de l'Estat sobre arribar al mateix fi que la llei catalana a través d'una prohibició *de facto*; sense adoptar una visió de conjunt, sinó contràriament analitzant un per un els preceptes impugnats.

En definitiva, indica que la tesi majoritària que ha prosperat resol el conflicte mitjançant una argumentació plana, sense espai pels matisos i acollint una concepció essencialista d'una pretesa exigència constitucional de «recognoscibilitat» que no s'avé amb l'aplicació constitucional més flexible de garanties anàlogues de la mateixa jurisprudència constitucional; abocant a una declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat massa ampla, quan la finalitat de la llei autonòmica era establir un format innovador de les corregudes de toros. Denuncia així que s'ha transformat en aquest procés el cànon de constitucionalitat, i s'ha

convertit en una exigència essencialista de «recognoscibilitat» d'una «institució», «institució cultural» o una «institució integrant del» o «pertanyent al patrimoni cultural espanyol», i s'ha volgut caracteritzar la tauromàquia com a «garantia institucional», la qual, significativament, no es troba proclamada en la Constitució ni definida a cap llei estatal, sinó que segons sembla es deduiria del que disposen els reglaments taurins estatal i autonòmics.

Finalment, palesa la seva preocupació per les conseqüències que projecta la doctrina de la Sentència, atès que les possibilitats àmplies d'intervenció normativa de les comunitats autònomes que es varen reconèixer expressament en la precedent STC 177/2016 s'havien de materialitzar en distintes variants territorials. No obstant això, aquestes possibilitats s'han evaporat completament amb un enteniment essencialista i uniformitzador de la «garantia institucional» que ha incorporat la nova Sentència, i que proscriu taxativament tota divergència, amb independència del seu abast i finalitat. Resumeix la seva discrepància amb la següent frase final del vot particular: «Ni cabe imponer el aprecio por todas las manifestaciones de un patrimonio cultural plural, ni se pueden homogeneizar las prácticas culturales mediante leyes y sentencias. La proscripción de la divergencia cultural y de los afectos alternativos constituye una muestra de debilidad y no de fuerza.»

Aquest argument central sobre aquesta nova institució de garantia institucional també es debat, com hem dit abans, en el vot particular del Sr. Xiol Ríos, que posa de relleu que l'acceptació dels arguments de la part recurrent ha impedit un debat vertader quant a una defensa a ultrança de la configuració actual de les corregudes de toros, i una concepció emergent d'algunes comunitats autònomes més receptives a la defensa de consideracions sobre benestar animal. Efectivament, en el seu vot s'explica així mateix que la tauromàquia ha tengut una variabilitat evolutiva que és inherent als conceptes de cultura, tradició i història; amb tensió amb els valors socials sotmesos a cada territori a un desenvolupament valoratiu sorgit, entre altres aspectes, de la sensibilitat social vers la protecció animal.

Procés al qual no ha estat tampoc aliè la mateixa normativa estatal, que va des de la Circular del Ministeri de la Governació d'1 de novembre de 1882, per evitar mesures de crueltat, passant per la Reial ordre de 13 de juny de 1928 que va imposar l'obligatorietat de l'ús del «peto» als cavalls. Per tant, l'exercici de la competència estatal en matèria de protecció de la tauromàquia com a patrimoni cultural no determina que les comunitats autònomes no puguin exercir les seves competències sobre ordenació d'espectacles públics, o establir requisits per a la cura del toro brau, en exercici de la competència en matèria de protecció animal. Això encara més quan la Llei estatal 18/2013, tot i ser omnicompreensiva sobre

aquesta manifestació cultural, va renunciar a definir o determinar el que s'havia de considerar com a nucli essencial inalterable, a aquests efectes de protecció cultural, de la correguda de toros moderna i de l'art de la lidia.

En una línia semblant el vot particular formulat pel magistrat Sr. Valdés Dal-Ré i la magistrada Sra. Balaguer Callejón; que posen de manifest que l'element de contrast de la norma balear que ha utilitzat la Sentència ha estat tan bigarrat com insòlit; a partir dels reglaments taurins i afegint-hi el recurs a la tradició com a paràmetre de constitucionalitat; bé per reforçar l'argument de dita reglamentació taurina o, també en el cas que aquesta no digui res, acudir tanmateix al criteri evanescent de la tradició com a única ràtio.

Molt encertadament al nostre entendre, aquests magistrats assenyalen que, fins i tot si acceptàssim com a mera hipòtesi el ja conegut excurs de la «garantia institucional», la rigidesa aplicada per la Sentència per extreure'n criteris aparentment immutables de les normes i tradicions d'acord amb les quals es desenvolupa la denominada «corregudes de toros moderna», unifica la part (la imatge o nucli essencial que configura la reconoscibilitat d'una institució), amb el tot (la regulació vigent en un moment concret, o la tradició, subjectes a canvi i evolució, com reconeix en el seu preàmbul la mateixa Llei 18/2013). Com bé conclouen «Tal asimilación no es predicable ni tan siquiera de las instituciones que sí gozan de una garantía constitucionalmente reconocida de modo expreso.»

Des de la nostra modesta percepció, l'únic vot particular concurrent té una mancança més òbvia de fonamentació si el contrastam amb els extensos i sòlids arguments dels vots discrepants. En aquest sentit, el vot concurrent del Sr. Ollero Tassara considera la Sentència massa extensa, havent estat més adequada una de més modesta d'aplicació de doctrina per remissió a la núm. 177/2016, i entén per això que, al seu parer, és «obvio que la ratio de la ley balear apunta —reconózcalo o no nuestra resolución— a una drástica prohibición de las corridas de toros, obligando a que se vean sustituidas por un insólito espectáculo, que solo tiene en común con ellas la posibilidad de que algún toro (no más de tres) pueda pasear durante diez escuetos minutos su fina estampa por el ruedo sin particulares agobios.»

Afegeix que és una llei «que pretendía evitar no solo la muerte sino garantizar el confort del animal, con derecho incluso a corral-suite»; així com que s'hauria d'haver cercat una denominació legal diferent a la de corregudes de toros, suggerint les de «pasarela ecológica taurina» o algo parecido. Se abriría así todo un espectro variado de posibles espectáculos, porque nada impediría que se organizaran

también pasarelas de perros o gatos, o incluso de algunas especies exóticas, sin renunciar a posibles carteles mixtos.»

Es constata així mateix que la durada de les deliberacions va causar, com a mínim, algun dany col·lateral als magistrats i magistrades, ja que ho sembla insinuar en l'apartat 5 quan esmenta que considera adient abandonar l'ortodòxia del control de constitucionalitat per tal d'«amortizar la triple sesión de deliberación provocada por la devoción animal que —según algunos— nos irá trabajosamente civilizando». Passa després a suggerir, de manera certament creativa, la introducció d'aspectes que al seu entendre podria incloure el nou espectacle.

Conclou finalment, després d'una repassada d'exemples amb la més pura terminologia taurina, en relació amb els aspectes de l'articulat declarats tots ells inconstitucionals, i en concret amb l'aspecte regulat en l'art. 4, amb la següent frase: «Al fin y al cabo este —aspecto— será el que acabe determinando si los ciudadanos (y, por supuesto, las ciudadanas) baleares optan por mantener el escaso número de corridas de los últimos años o prefieren llenar la plaza hasta la bandera, para contemplar las pasarelas ecológicas de los más diversos animales, dejando al resto de los españoles la envidiable carga de mantener viva una de las muestras más envidiables de nuestra amenazada biodiversidad.» *Olé!*

II. Dret civil balear**A. Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears**

1. SENTÈNCIA NÚM. 4/2018, DE 13 DE DESEMBRE. Ponent: Sr. Capó Delgado. TESTAMENT EN QUÈ ES DISTRIBUEIX L'HERÈNCIA EN LLEGATS DE DIFERENTS COSES ESPECÍFIQUES: ELS LLEGATARIS TENEN TAMBÉ LA CONSIDERACIÓ D'HEREUS DE LA RESTA DE L'HERÈNCIA EX ARTICLE 15 CDCIB. LLEGATS DE COSA ESPECÍFICA A FAVOR DELS LEGITIMARIS: TENEN PREFERÈNCIA SOBRE ELS LLEGATS DISPOSATS A FAVOR D'ALTRES PERSONES EN EL CAS DE SER NECESSÀRIA LA REDUCCIÓ DELS LLEGATS.

Resum dels fets: el causant, de veïnatge civil mallorquí, va atorgar el seu darrer testament el 4 de novembre de 2008, en el qual, en primer lloc, llegava a la seva esposa l'usdefruit universal de tots els béns de la seva herència i la plena propietat dels doblers que deixi; quant a sis dels seus set fills, llegava a cada un d'ells la nua propietat de diferents immobles; i a l'altre fill, senyor A, li llegava «el usufructo expectante» (així ho diu el testament) d'una casa amb corral, de la qual llegava la nua propietat als tres nets fills del senyor A.

Mort el causant, el senyor A interposa demanda contra tots els interessats en l'herència del seu pare per considerar que li correspon percebre, per completar els seus drets legitimaris, la quantitat de 64.594,43 € o, subsidiàriament, la quantitat que s'estimi procedent, la qual se li ha d'abonar pels seus germans, amb reducció a prorrata de les seves respectives institucions d'hereu, i ulterior reducció de tots els llegats, també a prorrata, en tot el que sigui necessari per completar l'abans esmentada quantitat.

El Jutjat de Primera Instància núm. 2 d'Inca va dictar sentència aplicant al supòsit els art. 815 i 820 Cc, per considerar la matèria no regulada a la Compilació; i, així, va ordenar la reducció dels llegats fins a completar la quantitat de 53.180 €, que havia de ser objecte d'entrega al legitimari demandant en concepte de complement de llegítima. Apel·lada la sentència, l'Audiència Territorial, la va revocar, va establir que la quantitat a satisfer, en concepte de complement de llegítima, era la de 15.851,10 € i va condemnar els demandats al pagament

d'aquesta suma al actor, però, donada la preferència dels llegats establits en favor dels legitimaris, considera que s'han de reduir, en primer lloc, els llegats fets a favor dels fills del demandant, precisament per la seva condició de no legitimaris.

Interposat recurs de cassació, la Sala Civil i Penal el desestima sense imposició de costes, donat que el recurs va ser admès per interès cassacional.

Fonamentació jurídica: la Sentència centra, amb encert, la qüestió litigiosa començant dient que «el testador asignó o distribuyó sus bienes y derechos mediante legados de cosa específica a sus hijos, sus legitimarios, instituyéndoles en cosa cierta, por lo que se estiman “legatarios de ella” según el artículo 15 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (CDCIB), y todos son en cuanto al resto de la herencia, “herederos universales, por partes iguales”, como prevé dicho artículo y recoge la cláusula décima [del testamento]... La cuestión consiste en determinar con qué bienes los herederos condenados han de entregárselo [el complemento de legítima] visto que el causante no autorizó el pago en dinero y que, por ello, la legítima “debe ser pagada en bienes de la herencia” (artículo 48 de la CDCIB)».

De ser aplicable el Codi civil, continua dient la Sentència, «la solución se encontraría en su artículo 820 que, fijada la legítima, regula el modo de efectuar las reducciones necesarias de legados que “se hará a prorrata, sin distinción alguna” sistema que actúa a modo de simple voluntad presumible del testador y salvo que éste “hubiere dispuesto que se pague cierto legado con preferencia a otros”, en cuyo caso “no sufrirá aquél reducción sino después de haberse aplicado éstos por entero al pago de la legítima (artículo 820.2 CC)». En canvi, segueix dient la Sentència, l'Audiència resol basant-se en l'art. 48 CDCIB, segons el qual «S'hauran de respectar els llegats de cosa específica i l'assignació o distribució de béns determinats, ordenats a favor dels legitimaris pel testador o hereu distribuïdor»; i així arriba a la conclusió que s'han de respectar preferentment els llegats atorgats en favor dels legitimaris, reduint, en primer lloc, els llegats dels fills del demandant —que també varen ser demandats pel seu pare— donada la seva condició de no legitimaris.

Davant el dilema de quina línia jurídica seguir, la Sentència inicia la seva anàlisi dient que l'art. 48 CDCIB «contiene una norma singular para los legados de cosa específica hechos por el testador a favor de los legitimarios, “inclusio unius est exclusio alterius”, y determina su régimen especial que, necesariamente, los protege preferentemente al decir, en imperativo, “que deberán ser respetados” y ello es, naturalmente, aplicable al caso de que entren en conflicto con legados de

cosa específica a no legitimarios, a los nietos en el supuesto de autos, o con otros legados”».

D'aquesta manera, a més, segueix dient la Sentència, es resol la qüestió de conformitat amb la voluntat del testador que, mitjançant aquests llegats de cosa específica en favor dels seus legitimaris va distribuir els seus béns i drets en pagament de les llegítimes, segons testament que va atorgar als 78 anys i la seva voluntat es va mantenir invariable fins a la seva mort, que va esdevenir quatre anys després.

En el recurs de cassació es deia que la interpretació mantinguda en la Sentència objecte del recurs podria conduir a l'absurd, com seria el cas d'una herència distribuïda en llegats a favor dels legitimaris, sense llegats en favor d'estranyes, i a un d'ells sí li llega un bé que no cobreix la seva llegítima. A la qual cosa contesta la Sentència que «Si tenemos en cuenta que la sentencia de la Sección Cuarta proclama la “intangibilidad de la legítima” lo realmente absurdo sería pensar que en la hipótesis planteada por el recurrente resolviera sin tener en cuenta tal principio, máxime si advertimos que la solución en ella adoptada no impediría que, de no poder cubrirse la legítima del recurrente con el legado efectuado a sus hijos, serían los herederos quienes deberían cargar con el resto no satisfecho, pues a ello han sido nominativamente condenados.»

En definitiva, conclou la Sentència que «Cualquier lector imparcial de las cláusulas testamentarias trascritas concluirá que la voluntad o intención práctica (artículo 675 del CC) del causante es la de distribuir sus bienes y derechos en la forma detallada y pagar con ello a sus legitimarios y que ello es pilar fundamental en la estructura o economía global del testamento, de modo que cumplirla es impedir su desbaratamiento que, necesariamente, se produciría mediante el pago prioritario, a prorrata, pretendido por el recurrente pues destruiría su razón de ser al constituir una comunidad de bienes, no deseada, sobre todos los bienes asignados a los demás hijos, voluntad que, en cambio, resta previsiblemente incólume, dada la cuantía del suplemento, en la solución adoptada por la sentencia recurrida, que tiene la ventaja añadida de que el bien no sale del ámbito al que el causante lo legó, el del recurrente y sus hijos, y que respeta así, y frente a lo pretendido por éste, su voluntad como ley de la sucesión y con ello el “espíritu y finalidad” de la norma».

Comentari: l'art. 48 CDCIB regula el pagament de la llegítima, començant per assenyalar, en el paràgraf primer, que ha de ser pagada en béns de l'herència, a

excepció del supòsit —que no es donava en el cas contemplat per la Sentència que es comenta— que fos autoritzat el pagament en metàl·lic. Però l'hereu —a qui correspon fer aquest pagament— no és lliure de fer-lo mitjançant els béns de l'herència que vulgui, perquè l'indicat precepte a continuació, en el paràgraf segon, li posa una limitació, ja que diu que s'hauran de respectar els llegats de cosa específica i l'assignació o distribució de béns determinats, ordenats a favor dels legitimaris pel testador o hereu distribuïdor. És indiferent en aquest punt que el testament hagi o no indicat que el llegat es fa en pagament de llegítima, ja que, per aplicació del paràgraf 7è del precepte, aquest llegat implicarà atribució de llegítima, encara que no s'expressi així, sempre que el causant no hagi disposat el contrari. En definitiva, per a tots és clar que el paràgraf 2n de l'art. 48 CDCIB té el seu camp d'aplicació respecte dels béns amb els que s'ha de pagar la llegítima, ja que imposa al testador la limitació exposada. Si hi ha aquests llegats o assignacions, la llegítima s'haurà de pagar mitjançant el lliurament al legitimari dels béns objecte d'aquells.

Però la Sentència que es comenta amplia considerablement el camp d'aplicació del precepte, ja que considera que, de les paraules emprades pel precepte —«S'hauran de respectar els llegats de cosa específica [...] ordenats a favor dels legitimaris»— es podria deduir la conclusió que aquests llegats han de ser els darrers en ser objecte de reducció, quan aquesta sigui necessària per fer el pagament de la llegítima.

Al tema de la reducció dels llegats dedica la Compilació el paràgraf 3r de l'art. 39 i, certament, considera no reduïbles, entre altres, els llegats ordenats en pagament de llegítimes, però tan sols «en allò que no n'excedeixin», afirmació totalment lògica ja que aquests llegats han de tenir un tractament privilegiat perquè compensen el dret a llegítima, però una vegada coberta aquesta, no deixen de ser un llegat normal i corrent en el qual resplendeix el *animus donandi*. És veritat que l'art. 39 regula el tema en seu de Quarta Falcidia, però la solució és aplicable analògicament a tots el supòsits en què s'hagin de reduir llegats, ja sigui per pagar llegítimes ja sigui per detreure la falcídia.

Com sabem, la Compilació és molt parca al regular els llegats, ja que tan sols trobem els art. 38 a 40 dedicats a la quarta falcídia; per la qual cosa aquests articles s'han d'estendre, sempre que sigui possible, a la decisió dels litigis relacionats amb els llegats. I quan això no sigui possible no s'ha d'oblidar —com tinc escrit des de fa molts d'anys en *El Derecho Civil de Mallorca después de la*

Compilación (Palma, 1979)— que l'exposició de motius de la Compilació de 1961 parlava de la subjecció dels llegats al Codi civil, cosa que —afirmava jo— no era un pecat greu perquè la regulació del llegats en el Cc està basada en el *Código de las Siete Partidas*, profundament penetrat per la regulació romana de la institució i molts dels seus preceptes són transcripcions del *Digesto*.

Amb tot això es vol dir que tal vegada s'hagués pogut aplicar al cas el paràgraf 3r de l'art. 39, per determinar fins a on els llegats a favor dels legitimaris han de ser respectats; i pel que fa a les parts dels llegats que excedeixin de la llegítima i al llegat disposat a favor de no legitimaris, fer la reducció a prorrata, segons ordena l'art. 820.2 Cc.

Però si, a la manera d'Ihering, deixem de transitar pel camp de la «jurisprudència de conceptes», com hem fet fins ara, i baixem a transitar per la «jurisprudència d'interessos», hem de convenir que té raó la Sentència comentada quan expressa que el pagament de la llegítima del demandant mitjançant la reducció a prorrata de tots els llegats no deixaria de ser una solució oposada a la voluntat del testador —la qual cosa és òbvia, encara que intranscendent ja que s'està parlant de llegítimes—, a més d'antieconòmica, ja que obligaria a establir condominis sobre tots els béns llegats. I dic, per la meua part, que a més s'hauria de determinar, de manera prèvia, quina és la part dels llegats dels legitimaris que excedeix del que les correspon per llegítima, ja que aquesta és intangible. Tal vegada totes aquestes consideracions expliquin la solució adoptada per l'Audiència Provincial primer i per la Sala Civil i Penal del TSJ després.

Per la meua part voldria simplement apuntar modestament que crec podria ser discutible la conclusió segons la qual els llegats de cosa específica, disposats a favor dels legitimaris, s'han de respectar en tota la seva integritat, fins al punt de tenir total preferència sobre els altres llegats, quan sigui necessària la seva reducció per pagar les llegítimes. Quan el valor del bé llegat excedeix notablement de la llegítima, no s'acaba de veure clara la postura de mantenir la seva preferència també quant a l'excés. Considero, en definitiva, que el «respecte» a aquests llegats de cosa específica disposats a favor dels legitimaris, del qual ens parla l'art. 48, paràgraf segon, a més de complir la funció pròpia d'establir, de entrada, els béns amb els quals s'ha de pagar la llegítima, no pot suposar convertir aquests llegats en no reduïbles, sinó que la reducció, quan sigui necessària, tindria lloc en la part que n'excedeix del valor de la llegítima a què té dret el legitimari legatari.

B. Secció Tercera de l'Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA NÚM. 348/2018, DE 18 DE SETEMBRE. Ponent: Sr. Gibert Ferragut. INCAPACITAT PER TESTAR: INCIDÈNCIA DE LA STS 146/2018, DE 15 DE MARÇ, I DE LA CONVENCIÓ SOBRE ELS DRETS DE LES PERSONES AMB DISCAPACITAT SIGNADA A NOVA YORK EL 13 DE DESEMBRE DE 2006. VALOR DE LES PERICIALS MÈDIQUES DE PÈRITS PROPOSATS PER LES PARTS. CAUSA D'INDIGNITAT DE L'ART. 7 BIS.1.F) CDCIB: S'HA DE PROVAR QUE VAREN TENIR LLOC LES MANIOBRES PER INDUIR O OBLIGAR EL CAUSANT A ATORGAR, REVOCAR O MODIFICAR LES DISPOSICIONS SUCCESSÒRIES, NO BASTANT ACREDITAR QUE LA TESTADORA ERA UNA PERSONA INFLUENCIABLE. CÀLCUL DE LA LLEGÍTIMA: DEDUCCIÓ DE LES DESPESES DE DARRERA ENFERMETAT, ENTERRAMENT I FUNERAL; NO ES PODEN INCLOURE EN AQUEST CAPÍTOL LES DESPESES DE VALORACIÓ DELS BÉNS RELICTES. VALORACIÓ DE LES LIBERALITATS COMPUTABLES EX ART. 47 CDCIB: S'HA DE REFERIR AQUEST VALOR AL MOMENT DE LA MORT DEL CAUSANT, PEL QUE NO ÉS ADMISSIBLE MANTENIR EL VALOR DE LA DATA DE LA DONACIÓ ACTUALITZAT APLICANT L'IPC. ALCANÇ DE LA DISPENSA DE COL·LACIÓ DE LES DONACIONS.

Resum dels fets: la senyora N va morir el 31 de maig de 2015, als 93 anys, deixant un fill, Sr. M, y quatre nets, fills de la seva filla premorta Sra. B. La Sra. N havia atorgat diversos testaments, essent el darrer d'ells de data 1 de febrer 2010. Per part dels nets es va presentar demanda sol·licitant la nul·litat d'aquest testament, així com dels atorgats els anys 2005, 2006 i 2009, i d'una donació de participacions socials de l'entitat D, SL que la causant havia atorgat a favor del fill Sr. M. De manera subsidiària es demanava el complement de llegítima.

El Jutjat de Primera Instància núm. 21 de Palma va dictar Sentència en la qual es declarava la nul·litat radical, per falta de capacitat, del testament atorgat per la Sra. N l'1 de febrer de 2010, així com de les escriptures de partició i adjudicacions formalitzades d'acord amb aquest testament pel fill hereu, assistit pel comptador partidori i marmessor, disposant que la successió de la Sra. N s'ha de regir pel testament atorgat el 14 de juliol de 2009.

Apel·lada la Sentència, la Secció Tercera de l'Audiència Provincial la revoca, desestima les peticions relatives a la nul·litat dels testaments, estima la petició subsidiària de la demanda, i declara que s'han vulnerat els drets legítims dels nets demandants, que tindran dret a complementar la seva llegítima global amb la quantitat de 420.507,50 €, a pagar per l'hereu, el fill de la causant Sr. M.

Fonamentació jurídica: la primera qüestió que s'aborda en una llarga i ben estructurada Sentència és la relativa a la capacitat de la causant en el moment d'atorgar el seu darrer testament. Fa immediata referència a la important Sentència de la Sala Primera del Tribunal Suprem núm. 146/2018, de 15 de març, —dictada per unanimitat, amb assistència de tots els membres de la Sala— que arriba a conclusions definitives sobre el tema, tot dient: «El principio de presunción de capacidad, que ya resultaba de nuestro ordenamiento (art. 10 CE, art. 322 CC, art. 760.1 LEC) ha quedado reforzado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006» que «proclama como objetivo general el de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos». «De manera específica para el testamento, el art. 662 CC establece que pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe “expresamente”. De esta manera se consagra legalmente el principio de que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad la excepción. En consecuencia, no cabe basar la falta de capacidad para testar ni por analogía ni por interpretación extensiva de otra incapacidad». «Con el fin de garantizar la suficiencia mental del testador, para el otorgamiento de testamento por la persona con la capacidad modificada judicialmente el art. 665 CC impone una garantía especial adicional que consiste en el juicio favorable a la capacidad para testar que deben emitir dos facultativos. Como ha declarado reiteradamente esta Sala, ello no impide que la aseveración notarial sobre el juicio del testador pueda ser desvirtuada, pero para ello son precisas pruebas cumplidas y convincentes».

En el litigi varen intervenir sis pèrits metges en defensa, tres d'ells, de la postura dels demandants i els altres tres de la del demandat. Sobre el particular diu la Sentència: “Pues bien, a juicio del tribunal, lo único que puede concluirse, después de leer sus dictámenes y oír sus explicaciones es que cada uno de ellos, sin excepción, sostiene con firmeza y ahínco la tesis más conveniente para la parte que lo ha elegido, le ha satisfecho sus honorarios y bajo cuyo control exclusivo ha elaborado el dictamen, y todo ello con argumentaciones y razonamientos que, para un lego en la materia, son por igual convincentes puesto

que se carece de conocimientos para discernir con un mínimo de rigor cuáles están en lo cierto. Tampoco se hallan motivos serios para decantarse por unos u otros basándose en su mayor grado de formación o experiencia toda vez que todos ellos son profesionales de reconocido prestigio y con conocimientos más que suficientes para pronunciarse sobre la cuestión. Así pues, lamentablemente, un medio de prueba del que cabía esperar una gran ayuda para el juzgador ha quedado reducida a un enfrentamiento entre dos bloques compactos y sin fisuras de expertos del que, a la postre, poco o nada puede extraerse de interés. Distinto podría haber sido el caso [...] si alguna de las partes hubiera solicitado la designación judicial de perito, el cual probablemente no dispondría de mayor capacitación técnica que los peritos ya mencionados pero al menos sí presentaría mayores garantías de imparcialidad.»

També són d'interès les consideracions que es fan en la Sentència sobre el contingut de les disposicions testamentàries assenyalant que no són determinants per deduir-ne la incapacitat de la testadora; diu la Sentència, en aquest punt, que «Este tribunal considera que la mayor o menor equidad en las disposiciones testamentarias e incluso las variaciones que el otorgante vaya introduciendo en sus sucesivas últimas voluntades, por arbitrarias e injustificadas que puedan parecer, no pueden ser valoradas, en principio, como indicios de pérdida de capacidad. Nada tiene de extraordinario que, avanzada la senectud, la persona se sienta más vulnerable, más dependiente, y que contemple su situación desde otra perspectiva que puede diferir tanto de los planteamientos propios de la mediana edad como los de ésta difieren de los de la edad juvenil. En tanto no conste la incapacidad (y esta sala no entiende que haya quedado acreditada), por tanto, las mudanzas en el parecer del testador deben ser respetadas como expresión de una voluntad libre y legítimamente cambiante.»

Els demandants varen acumular a la petició de nul·litat dels testaments de la Sra. N la pretensió que es declarés al fill Sr. M incapaç de succeir per la causa d'indignitat de l'art. 7 bis.1.f) CDCIB, segons el qual són indignes per succeir els que hagin induït o obligat el causant a atorgar, revocar o modificar les disposicions successòries. Sobre aquest particular ens diu la Sentència que, «este tribunal no puede sino coincidir con lo argumentado en la sentencia apelada e insistir en que, recayendo sobre la parte actora la carga de probar que el Sr. [M] indujo u obligó a su madre a otorgar testamento en su favor, no ha logrado acreditarlo. En el escrito de demanda se hace una recapitulación de los diversos testamentos que a lo largo de los años fue dictando doña [N] y subraya que en ellos se constata que fue abandonando “una voluntad sucesoria igualitaria para con todos sus hijos y sus

estirpes” para ir favoreciendo al demandado (único hijo que no la premurió). Frente a esto, debe puntualizarse que nada tiene de particular que con el transcurso del tiempo, el declinar de las fuerzas y la acumulación de infortunios (que, desgraciadamente, no faltaron en la existencia de la testadora sino que, al contrario, la golpearon con rudeza), la señora [N] fuera variando su voluntad sucesoria. Tampoco se aprecia nada de extraordinario en el hecho de que el demandado se viera favorecido por esos cambios puesto que, a la postre, era el único hijo que le quedaba y, en cuanto a sus nietos ahora demandantes, por buena que fuera su relación y sentido el afecto que se profesaban, lo cierto es que, a diferencia del Sr. [M], no residían en Mallorca y eso impedía una relación cotidiana y continuada. No se está diciendo con esto que unos testamentos fueran más justos que otros, ni que el demandado fuera merecedor en mayor medida que los demandantes del reconocimiento de la testadora: como ya se ha apuntado, el testamento no refleja otra cosa que la voluntad de quien dispone de sus bienes para después de su muerte, sin que en ello entren en consideración criterios de equidad ni merecimiento. Lo que se está defendiendo es que el mero hecho de que en la voluntad sucesoria se produjeran esas mudanzas de ningún modo puede ser valorado como un indicio de maniobras torticeras por parte del Sr. [M].»

La part demandant va presentar el testimoni de les cuidadores de la causant, les quals varen declarar el seu caràcter influenciable, posat així mateix de relleu a la prova pericial. La Sentència diu que el fet que la Sra. N fos influenciable no és circumstància que determini la indignitat successòria del seu fill, ja que això exigiria que quedés demostrat que el Sr. M es va aprofitar d'aquesta fragilitat de la seva mare per induir-la a testar en el seu favor, i d'això no hi ha a les actuacions cap prova.

Desestimades les accions dirigides a la nul·litat del testament i la incapacitat per succeir del Sr. M per causa d'indignitat, la Sentència se centra en el complement de llegítima sol·licitat, de manera subsidiària, pels demandants, segons el quals la seva llegítima global ascendeix a 1.078.761,74 € i no als 658.254,24 € que els ha ofert el demandat, que ha ingressat aquesta quantitat a la Caixa General de Dipòsits. Reclamen així, en concepte de complement de la llegítima, la quantitat de 420.507,50 €. A aquesta pretensió la part demandada va oposar dues qüestions: que no s'ha respectat el termini d'un any de l'art. 48 CDCIB, ja que la comunicació de pagament en metàl·lic es va fer el 27 d'octubre de 2015 i la demanda es va presentar el 12 de novembre del mateix any, i que els demandants havien d'haver impugnat la partició d'herència practicada per l'hereu amb l'assistència dels

marmessor i comptadors partidors. Ambdues qüestions són desestimades per la Sentència, segons la qual «en cuanto al plazo de un año establecido por el art. 48 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, ha perdido toda su razón de ser desde el momento en que el Sr. [M] ha dejado claro a los legitimarios, mediante su ofrecimiento expreso, cuál es la cantidad que está dispuesto a satisfacerles e incluso ha procedido a ingresarla poniéndola a su disposición en la Caja General de Depósitos del Banco de España. El plazo tiene por objeto conceder un tiempo prudencial al heredero para que haga pago de la cantidad correspondiente mas, en este caso, ya se ha procedido a la consignación y nada hay que aguardar, máxime cuando ahora el año ya se ha cumplido con creces y se ha constatado que de ninguna manera el Sr. [M] estaba dispuesto a incrementar la suma ofrecida. Por último, en lo que afecta a la impugnación de la partición, de ningún modo puede ser exigida a los legitimarios, los cuales no intervinieron en la partición y adjudicación y se limitan a reclamar el complemento de su legítima».

S'entra a continuació en el càlcul de l'import de la llegítima, i aquí la part actora s'oposa per quant s'han deduït pel mandat, com a despeses de l'herència, els pagaments fets per practicar valoracions dels béns relictos, cosa que difícilment pot encaixar dintre del concepte de «despeses de darrera malaltia, enterrament i funeral», que són les úniques deduïbles segons l'art. 47 CDCIB. Postura la dels actors que és acceptada per la Sentència.

Així mateix, els demandants de la llegítima discuteixen la manera en què s'han valorat unes participacions de l'entitat D, SL que varen ser objecte de donació per part de la testadora al fill Sr. M, el qual, en l'escriptura de partició, les va tenir en compte per calcular la llegítima, computant-les pel valor que tenien en el moment de la donació i procedint a la seva actualització aplicant l'IPC. «Efectivamente, —diu la Sentencia—, no parece que ese proceder sea correcto ya que lo donado no fue una cantidad de dinero sino unas concretas participaciones y el párrafo tercero del art. 47 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares dispone que, al valor líquido resultante de aplicar lo previsto en el segundo párrafo, se añadirá el de las liberalidades computables por el que tenían al ocurrir el fallecimiento (no en el momento de la donación actualizado conforme al IPC). Así pues, procede acoger la valoración postulada por la parte demandante. De adverso, se alega que la actora no ha acreditado ese incremento del valor de las participaciones pero queda suficientemente probado por el hecho de que se trata del valor que en la propia escritura de partición y adjudicación se asigna a las

participaciones de D, SL. Ciertamente, las valoraciones a las que se ha hecho referencia se han efectuado no a la fecha de fallecimiento de la causante (31 de mayo de 2015) sino a la de liquidación (15 de octubre de 2015) pese a que el art. 47 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares dispone que deberá estarse al valor en el momento del fallecimiento a efectos de calcular el importe de la legítima. Este tribunal carece de medios de prueba que le permitan determinar con certeza el valor a 31 de mayo de 2015 pero estima que puede dar por correctas las valoraciones contenidas en la escritura de partición y adjudicación puesto que: A) Entre ambas fechas sólo transcurrieron cuatro meses y medio, de modo que las variaciones, si las hubo, debieron de ser de escasa entidad. B) Tanto el demandado como los albaceas y contadores partidores estimaron correcto aplicar las valoraciones efectuadas a fecha de 15 de octubre de 2015. C) A los efectos del art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio), no cabe duda de que al Sr. [M] le resulta mucho más sencillo que a los demandantes acreditar el valor de las participaciones de la sociedad de la que es administrador único. D) La parte demandada no sólo no demuestra que el valor de las participaciones se incrementara entre el 31 de mayo y el 15 de octubre de 2015 sino que ni siquiera lo alega.»

Quant a aquestes participacions socials, l'hereu al·legà que no s'havien d'haver computat per al càlcul de la llegítima, ja que la donació es va fer per part de la seva mare amb dispensa de col·lació. Sobre el particular diu la Sentència que «Yendo contra sus propios actos, el heredero sostiene ahora que no debieran haberse computado puesto que la donación se efectuó con dispensa de colación. Sin embargo, no se acepta este parecer por cuanto esa dispensa no tiene incidencia en el cálculo de las legítimas (en este sentido, arts. 47 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares y 818 del Código Civil) y, en lo tocante al art. 1036 del Código Civil que se invoca en la contestación a la demanda, la dispensa de colación no equivale a la pérdida de la cualidad de colacionable de la donación en cuestión».

Comentari: Sentència, com s'ha dit abans, llarga i molt ben estructurada que contempla moltes qüestions d'interès, arribant a conclusions absolutament correctes que, per aquesta raó, no exigeixen especials consideracions per part meva.

D'entrada es pot posar de relleu l'estudi que es fa sobre la capacitat de la testadora, en el qual és d'especial interès la referència a la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, signada a Nova York el 13 de desembre de 2006, i ratificada per Espanya el 4 de desembre de 2007, la qual té per propòsit «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad» (art. 1), per la qual cosa assenyala, entre altres aspectes, que «los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica» i «los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» (art. 12).

Les consideracions que es fan en la Sentència sobre les sis pericials mèdiques posa una vegada més de relleu la necessitat de fer ús de la «sana crítica» per a la seva apreciació, ja que, la seva pràctica a iniciativa, control i pagament per cada una de les parts del litigi dóna lloc a conclusions absolutament contradictòries. Aquesta lògica prevenció en contra de les pericials fetes a iniciativa de la mateixa part és contradiu amb el fet que l'art. 265.4 LEC proclami la necessitat de presentar amb la demanda els dictàmens pericials en els quals les parts fonamentin les seves pretensions. Quin sentit té l'exigència de presentar amb la demanda un dictamen pericial que d'entrada ve marcat per la seva possible parcialitat?

Pel que fa a la desestimació de la causa d'indignitat per succeir, les conclusions de la Sentència estan d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem que ha vingut afirmant que les causes d'indignitat han de ser objecte d'una interpretació restrictiva donat el seu caràcter sancionador, ja que constitueixen una pena civil (STS de 26 de març de 1993 i d'11 de febrer de 1946, entre altres).

Les declaracions de la Sentència en matèria de llegítima són totalment correctes i no precisen més comentaris. Es toca de passada l'interessant tema de la dispensa de col·lació i, en aquest punt, la Sentència concorda amb la jurisprudència del TS que, en la important Sentència de 19 de maig de 2008, assenyala que la dispensa de col·lació no suposa que la donació atorgada amb aquesta dispensa no hagi de ser, como totes les altres i els béns relictos, objecte de computació per determinar el valor de les llegítimes, procedint la seva reducció en el cas de resultar inoficiosa. En el cas de no ser-ho —o en el que excedeixi de la part inoficiosa— la donació feta amb dispensa de col·lació ja no obliga el

donatari a aportar a la massa hereditària els béns donats, ja que no entra en joc l'art. 1035 Cc.

A més, en la Sentència s'aborda una interessant qüestió processal que es pot resumir de la manera següent: una de les accions exercitades pels demandants consistia en la pretensió que s'acumulés al patrimoni relicte de la causant determinats béns, en especial les participacions socials de l'entitat D, SL donades en vida per aquella al seu fill Sr. M. La demanda va ser admesa a tràmit; però, a l'audiència prèvia, el Jutge va considerar que l'acumulació d'aquesta acció no era possible, ja que suposava un procediment de divisió d'herència, la primera passa del qual era la formació d'inventari. La part actora s'hi va oposar pel fet que es va admetre en el seu moment la demanda en totes les seves pretensions, sense que el lletrat de l'Administració de Justícia iniciés el procediment previst en l'art. 73.3 LEC per al supòsit d'acumulació indeguda, de manera prèvia a l'admissió de la demanda. Oposició que fou desestimada pel jutge *a quo*.

Plantejat novament aquest tema en l'apel·lació, la Sentència que es comenta assenyala que, en el cas que el lletrat de la Administració de Justícia no hagi advertit l'acumulació indeguda, el Jutge pot plantejar-la a les parts i apreciar-la si així ho considera procedent, donant com a fonament tota l'argumentació que es pot veure en la Sentència. Però aquesta consideració no determina que la Sentència estigui d'acord amb l'apreciació del jutge *a quo* de considerar indeguda l'acumulació, ja que l'acció exercitada no pretén la realització d'un inventari de tota l'herència, sinó que tan sols se sol·licitava que determinats béns havien de formar part del caudal relicte de la Sra. N, pronunciant que no exigeix la pràctica d'inventari ni té perquè ser dictada en un procediment de divisió d'herència. I entrant en el fons de la qüestió, es desestima la pretensió d'integració d'aquests béns en el caudal relicte per considerar vàlida la donació de les abans esmentades participacions socials que la Sra. N va fer en favor del seu fill.

Finalment s'ha de fer constar que, en matèria de llegítimes, s'ha dictat, durant l'any 2018, per la Secció Tercera de l'Audiència Provincial, la Sentència núm. 65/2018, de 9 de febrer, ponent Sr. Oliver Koppen, que recull la doctrina tradicional segons la qual la llegítima no atribueix *per se* la condició d'hereu, ja que no és *pars hereditatis* sinó *pars bonorum*, segons l'art. 47 CDCIB; per la qual cosa el legitimari és considerat cotitular dels béns de l'actiu hereditari formant amb els hereus una comunitat hereditària fins que es practiqui la partició. Això és així si no és possible fer ús de la facultat de pagar la llegítima en metàl·lic.

C. Secció Quarta de l'Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA NÚM. 204/2018, DE 14 DE JUNY. Ponent: Sr. Latorre López. PENSIÓ COMPENSATÒRIA I RÈGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS. COMPENSACIÓ ECONÒMICA DEL TREBALL PER A LA FAMÍLIA: IMPOSSIBILITAT D'APLICAR L'ACTUAL ART. 4.1 CDCIB, EN LA REDACCIÓ DONADA PER LA LLEI 7/2017, DE 3 D'AGOST, PER SER LA PRESENTACIÓ DE LA DEMANDA ANTERIOR A LA SEVA ENTRADA EN VIGOR. CONSIDERACIONS SOBRE EL MODEL DE COMPENSACIÓ ECONÒMICA ESTABLERT PER AQUESTA LLEI.

Resum dels fets: en el judici de divorci entre el Sr. A i la Sra. B, a més de las pretensions habituals, se sol·licita i es concedeix en la Sentència una compensació econòmica a favor de l'esposa de 100.000 € per la seva dedicació al treball per a la família. A més, en la Sentència d'instància es feien les oportunes declaracions sobre l'ús de l'habitatge familiar, guarda i custòdia del fill menor d'edat, pagament de les despeses causades pels fills que fan estudis universitaris i es concedia a l'esposa una pensió compensatòria de 1.200 € mensuals durant quatre anys.

Apel·lada la Sentència, la Sala confirma la pensió compensatòria però revoca la Sentència quant a la compensació econòmica del treball per a la família, deixant sense efecte la Sentència del Jutjat de Primera Instància que l'havia reconeguda.

Fonamentació jurídica: s'ha de dir, d'entrada, que tan sols es recullen de la Sentència els aspectes relacionats amb institucions del Dret civil balear.

Així, quan tracta de la pensió compensatòria fa una interessant reflexió sobre el règim de separació de béns en afirmar «diremos con la STS nº 279/2012, de 8 de mayo, que se sustenta en la del mismo Tribunal (Pleno) nº 864/2010, de 19 de enero, que el hecho de que un matrimonio haya regido sus relaciones económicas por un régimen de comunidad o de separación de bienes no es un factor que origine por sí mismo el derecho a obtener o no pensión compensatoria, porque tal derecho lo produce el desequilibrio que es consecuencia de la separación o del divorcio, si bien entre los parámetros a tener en cuenta para fijar la concurrencia de desequilibrio debe también incluirse el régimen de bienes. Sigue diciendo la misma resolución que cuando los cónyuges se encuentren en régimen de separación de bienes, deberá demostrarse que la separación o el divorcio han desencadenado el

desequilibrio, del mismo modo como se exige cuando se rigen por un régimen de bienes distinto. De ello cabe deducir que el régimen no es determinante del desequilibrio, sino que constituye uno de los factores a tener en cuenta para fijarlo y por ello cabe la pensión compensatoria tanto en un régimen de comunidad de bienes como en uno de separación. Decimos esto porque la existencia de capitulaciones matrimoniales en las que los hoy litigantes habrían acordado regirse por el régimen de separación absoluta de bienes tras contraer matrimonio, no empece en absoluto la posibilidad de otorgar pensión compensatoria.»

Quan la Sentència aborda el tema de la compensació econòmica pel treball familiar, comença dient que «conviene recordar que ya en la demanda de medidas provisionales previas interpuesta por la Sra. [B], ésta reconoce que ha sido el Sr. [A] quien ha contribuido principalmente al levantamiento de las cargas del matrimonio desde que los litigantes lo contrajeron el 14 de agosto de 1993, habiendo sido Doña [B] quien se ha ocupado del cuidado del hogar, la familia y los hijos, incluyendo el asesoramiento profesional de su esposo. Sobre dichas bases y como explicaremos a continuación, no procede la compensación y la sentencia debe ser revocada en este aspecto. Pero antes de cualquier otra consideración diremos, con la sentencia de esta Sala nº 90/2017, de 14 de marzo, que de acuerdo con el art. 4 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, en relación con los arts. 1 y 3 de la misma, no se contempla (antes de la reforma operada en 2017) ningún derecho de compensación, debiéndose tener en cuenta que el art. 1438 del Código Civil fue redactado por la Ley 11/1981, mientras que el mencionado art. 4 de la Compilación es posterior, pues se redactó conforme a la Ley 8/1990, por lo que concluimos en aquella resolución que la Compilación balear decidió no incluir la compensación económica o indemnización establecida en aquel precepto del Código Civil. La compensación económica tras el divorcio es posible en nuestra Comunidad, antes de la reforma de 2017, con respaldo en el art. 9.2 de la Ley autonómica de Parejas Estables 18/2001 de esta Comunidad Autónoma y la integración que, por aplicación analógica de dicho precepto sobre el art. 4 de la Compilación, hizo el Tribunal Superior de Justicia de Baleares en su sentencia de la Sala de lo Civil y Penal de 24 de marzo de 2010 [...]».

«Por lo tanto —segueix dient la Sentència—, la compensación pretendida por la Sra. [B] sólo podría venir respaldada por el citado art. 9.2 de la Ley autonómica de Parejas Estables 18/2001, para lo cual es necesario que la convivencia haya supuesto una situación de desigualdad patrimonial entre ambos miembros de la pareja que implique un enriquecimiento injusto y se haya dado uno de los siguientes

supuestos: que el conviviente [...] haya contribuido económicamente o con su trabajo a la adquisición, conservación o mejora de los bienes comunes o privativos del otro miembro de la pareja [...], o bien que el cónyuge solicitante de la compensación se haya dedicado en exclusiva o de forma prioritaria a la realización de trabajo para la familia. En el caso enjuiciado, no queda acreditado que la Sra. [B], ni con su trabajo o con aporte económico por su parte haya contribuido de manera alguna a la adquisición, conservación o mejora de aquellos bienes y tampoco puede decirse, a la vista de su trayectoria laboral, que se haya dedicado en forma primordial al cuidado de la familia. En este último aspecto, la sentencia de esta Sala nº 223/2014, de 2 de junio, con cita de la mencionada sentencia del TSJIB (Sala de lo Civil y Penal) nº 2/2010, de 24 de marzo, nos indica que la desigualdad patrimonial que contempla el precepto y que debe darse a la finalización de la convivencia, se articula a través de la institución del enriquecimiento injusto, lo que implica que se den los requisitos jurisprudenciales en orden a su concurrencia.»

Després de passar revista a aquests requisits, diu la Sentència que «en nuestro caso y como ya hemos dicho, aunque pueda hablarse de una mayor dedicación a la familia de la Sra. [B], no nos hallamos en el supuesto que da lugar a la compensación, porque no puede decirse que Doña [B] haya efectuado una “sobre aportación” de su trabajo para la familia que le haya producido pérdida de posibilidades de promoción laboral y profesional y de incrementar su propio patrimonio, sin olvidar que le pertenece proindiviso la mitad de la vivienda que fue familiar, de la que el Sr. [A] canceló la hipoteca que la gravaba con parte de la indemnización percibida por su empleadora [GL] y, asimismo, deben destacarse las detracciones dinerarias realizadas por Doña [B] de la cuenta común a que anteriormente hicimos mención. No existe, por tanto, enriquecimiento injusto del Sr. [A].»

És interessant la consideració final de la Sentència que és la següent: «Sólo resta decir que nos hemos basado en los argumentos anteriores a pesar que, actualmente, el primer párrafo del art. 4.1 de la Compilación, en la redacción que le ha dado la Ley autonómica 7/2017, de 3 de agosto, establece que “Los bienes propios de cada cónyuge estarán afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio. En defecto de pacto, cada uno de los cónyuges contribuirá en proporción a sus recursos económicos; se considera como contribución el trabajo para la familia y da derecho a obtener una compensación que el juez debe señalar, si no hay acuerdo cuando se extinga el régimen de separación”. Ello en consonancia con el art. 67.2 del mismo texto legal. Por lo tanto, actualmente no es menester ceñirse a la Ley de Parejas Estables de esta Comunidad, aunque en nuestro caso, la demanda accedió a Decanato el 18 de julio de 2016 y la referida

reforma entró en vigor el 6 de agosto de 2017, de modo que no se trata de una norma que pueda aplicarse en el presente litigio, si bien sigue los mismos principios ya establecidos y el resultado de esta resolución no hubiese variado, pues como se refleja en la propia exposición de motivos de este texto legal, “es imprescindible aprovechar esta ocasión para recoger en la norma escrita un principio general del derecho civil balear que ha sido claramente establecido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears 2/2010, de 24 de marzo: la proscripción que el régimen de separación de bienes pueda amparar un enriquecimiento injusto producido por la desigualdad patrimonial que supone el enriquecimiento de un cónyuge y el empobrecimiento del otro, a causa de una dedicación mayor al ‘trabajo para la familia’ en el sentido de tiempo y dedicación no remunerada a la unidad familiar, al hogar, a la maternidad”.»

Comentari: entre les reformes del nostre Dret civil introduïdes per la Llei 7/2017, de 3 d'agost, té destacada importància la que estableix la compensació econòmica a favor del cònjuge que ha realitzat el treball domèstic. Però ja he tingut ocasió d'alertar en diverses ocasions (la darrera en la *Revista Missèr*, núm. 117, abril/juny 2018) sobre el fet que la indicada Llei es limita a proclamar aquesta necessària compensació econòmica però sense regular-la, a diferència del que han fet altres legislacions autonòmiques. És en l'exposició de motius de la Llei on es fan importants consideracions sobre la institució però, òbviament, no és en l'exposició de motius, sinó en el text articulat on s'ha de fer la regulació, ja que el Tribunal Constitucional s'ha cansat d'afirmar que aquestes declaracions absents del text articulat no tenen valor normatiu (STC núm. 222/2006, de 6 de juliol; núm. 90/2009, de 20 d'abril, i núm. 173/1998, de 23 de juliol, entre moltes altres).

Segons he tingut ocasió d'escriure anteriorment, tres són les qüestions que la defectuosa Llei ens planteja: en primer lloc, què s'ha d'entendre per «treball per a la família», ja que el cònjuge que no realitza el treball domèstic però que destina la retribució del seu treball al compliment de les càrregues familiars també treballa per a la família; és de notar que la Llei no parla de «treball domèstic» o de «trabajo para la casa» (com fa l'art. 1438 Cc), ni defineix el treball que dóna dret a obtenir aquesta especial compensació, a diferència del que fan els art. 232.5 i s. de la Llei catalana 25/2010, de 29 de juliol i la Llei valenciana 10/2007, de 20 de març, anul·lada pel Tribunal Constitucional però aplicable als matrimonis celebrats sota la seva vigència. En segon lloc, el nou art. 4.1 CDCIB no exigeix que el treball que dóna dret a la compensació econòmica vagi acompanyat d'un desequilibri

patrimonial entre els cònjuges, tal com exigia per a les parelles estables l'art. 9.2 de la Llei de 19 de desembre de 2001, precepte que la Sentència núm. 2/2010, de 24 de març, de la Sala Civil i Penal del TSJ, va entendre aplicable també, per la via de l'*analogia legis*, al matrimoni. I, en tercer lloc, no es configura aquesta compensació econòmica com un dret personalíssim del cònjuge que ha treballat per a la casa —a diferència del que fa la Llei catalana—, per la qual cosa semblaria que, a la seva mort, podrien exercitar-lo els seus hereus. Malauradament, el Parlament ha deixat als Tribunals la funció d'integrar la llei donant resposta a aquestes qüestions.

I la primera que s'ha plantejat és la relativa a si la compensació econòmica de què es va parlar exigeix la incidència d'un desequilibri patrimonial entre els cònjuges. En la Sentència que es comenta, si bé no aplica la Llei actual, per ser la demanda anterior a la seva entrada en vigor, ja es fa una referència a la matèria, assenyalant la necessitat que la compensació econòmica pel treball familiar vagi acompanyada d'aquest desequilibri, raonant que l'exposició de motius de la nova Llei parla, en aquest punt, de compensar la desigualtat patrimonial que pugui emparar un enriquiment injust. I si bé aquesta interessant consideració no deixa de ser, en aquesta Sentència, un *obiter dictum*, es transforma en *ratio decidendi* en la Sentència núm. 304/2018, de 28 de setembre, de la mateixa Secció Quarta de l'Audiència Provincial, de la qual va ser ponent la Sra. Maria Pilar Fernández, la qual, en referència a l'actual art. 4.1 CDCIB, diu que «no obstante el tenor literal del precepto transcrito entendemos que la compensación económica a que se refiere no surge de forma automática, pues se parte de la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas como una obligación propia de cada cónyuge y de hacerlo con los bienes propios si es que se dispone de ellos. Para que surja la compensación económica se precisa algo más, un plus, de suerte que quien compagina el trabajo para la casa con una actividad económica o profesional fuera del hogar en principio no tendría derecho a la misma. Para que surja la compensación creemos que es preciso que el cónyuge se haya dedicado de forma exclusiva o casi exclusiva al hogar familiar y al trabajo para la casa y familia y que dicho trabajo no haya sido ya compensado durante el matrimonio de alguna manera.» Si bé la Sentència no empra les paraules «desequilibri patrimonial», la referència al mateix és claríssima en exigir, per a la procedència de la indemnització, que el treball domèstic no hagi estat compensat de cap manera.

Aquesta darrera Sentència no ha estat objecte de comentari perquè ha estat recorreguda en cassació, per la qual cosa serà la Sala Civil i Penal del nostre TSJ la

rjib17 JURISPRUDÈNCIA

Miquel Masot Miquel

que ens dirà la darrera paraula sobre la qüestió; i possiblement quan es publiquin aquests comentaris l'hagi ja dita.

III. Civil

Audiència Provincial

1. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 160/2017, DE 30 DE NOVEMBRE. Ponent: Sr. Gómez Martínez. FORMULACIÓ EXTEMPORÀNIA DE L'OPOSICIÓ PER CLÀUSULES ABUSIVES EN UN PROCÉS D'EXECUCIÓ.

Resum dels fets: la Interlocutòria de primera instància desestima l'oposició a l'execució hipotecària per haver-se interposat quan ja havia transcorregut amb excés el termini legalment establert a tal efecte. L'executat interposa recurs d'apel·lació.

Fonamentació jurídica: la STJUE de 14 de juny de 2012 va interpretar la Directiva europea 93/13/CEE sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors, en el sentit que aquesta norma s'oposa a la legislació d'un Estat membre que no permeti al jutge nacional, en un procés monitori, examinar el possible caràcter abusiu d'una clàusula d'interessos moratoris. Aquesta Resolució, dictada en qüestió prejudicial interposada per la Secció 14a de l'Audiència Provincial de Barcelona, obliga el jutge a examinar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula contractual, té un abast general, i redefineix el paper del jutge en el procés quan el demandat és un consumidor.

Per la seva part, la STJUE de 14 de març de 2013 va declarar contrari al dret de la Unió que la legislació interna d'un Estat membre no permeti, en un procediment d'execució hipotecària, que el consumidor pugui oposar-se a l'execució al·legant el possible caràcter abusiu de les clàusules del contracte de préstec hipotecari i que tampoc permeti acordar la suspensió de l'execució.

Com a conseqüència d'aquesta jurisprudència, el legislador nacional, mitjançant la Llei 3/2014, de 27 de març, va reformar l'art. 83 de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, l'actual text del qual és del següent tenor: «Les clàusules abusives són nul·les de ple dret i s'han de tenir per no posades. A aquests efectes, el jutge, prèvia audiència de les parts, ha de declarar la nul·litat de les clàusules abusives incloses en el contracte [...]».

Ara bé, aquest principi conformement al qual el control d'abusivitat d'una clàusula contractual pot fer-se en qualsevol estadi del procés, quan el jutge, en paraules del TJUE en la seva Sentència de 14 de juny de 2012, «disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello», ha de ser modulats pel

principi de cosa jutjada formal consagrat en l'art. 207 LEC. Aquest principi opera dins d'un mateix procés en relació amb una resolució prèvia, i impedeix que es pugui examinar d'ofici l'abusivitat d'una clàusula contractual si en un tràmit processal anterior el jutge ja ha conegut de l'assumpte i, per tant, s'ha pronunciat sobre la qüestió i ha declarat la no abusivitat. Admetre que el jutge pugui tornar una vegada i una altra a efectuar el control d'ofici, sense limitació, en qualsevol moment del curs processal seria contrari a la seguretat jurídica i al principi de cosa jutjada formal o de fermesa de les resolucions judicials que es proclama en l'art. 18 LOPJ.

Això és, en definitiva, el que recull la Sentència del TJUE de 26 de gener de 2017 quan assenyala que:

«la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una disposición nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato celebrado con un profesional cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas del contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada, extremo éste que incumbe verificar al órgano jurisdiccional remitente» (paràgraf 49).

Però no és aquest el cas plantejat, en el qual no consta l'existència de pronunciament sobre l'eventual caràcter abusiu de les clàusules ara impugnades i en virtut de les quals es va dictar acte d'execució, resolució respecte de la qual pugui haver operat l'efecte de cosa jutjada formal.

Per tant, encara que l'oposició es va formular extemporàniament, això no exclou el control d'ofici de les possibles clàusules abusives que haurà d'exercir el jutge no ja en virtut de l'oposició, sinó per mor de la funció que li ha atribuït el TJUE i l'art. 83 de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris en els processos que tenen per part un consumidor i per objecte un contracte de consum.

Comentari: el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha atribuït al jutge nacional, que és també jutge de la Unió, la missió de vetllar perquè els contractes de consumidors no contenguin clàusules abusives, donant-li un paper singular en els processos de consum i imposant-li una important labor de control d'ofici d'aquestes clàusules, amb superació dels principis dispositiu i de preclusió que, com a norma general, regeixen en el procés civil espanyol.

*2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 63/2018, DE 8 DE FEBRER.
Ponent: Sr. Gómez Martínez. LA CLÀUSULA QUE PROHIBEIX ELS ANIMALS
EN L'HABITATGE ARRENDAT NO ÉS CONTRÀRIA A L'ORDRE PÚBLIC.*

Resum dels fets: el contracte d'arrendament tenia una clàusula del següent tenor: «No s'autoritza a tenir en l'habitatge cap tipus d'animal, amb la finalitat de no donar molèsties als veïnats». Es va provar que l'arrendatari va ficar dos cans dins el pis, per la qual cosa l'arrendador, d'acord amb la clàusula transcrita, va exercitar acció resolutòria, a la qual es va oposar el demandat tot al·legant que aquest pacte contractual era contrari a l'ordre públic perquè no protegia els animals.

Fonamentació jurídica: l'art. 1255 Cc consagra el principi d'autonomia de la voluntat en els contractes, sense més limitacions que la que els pactes «no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público».

La noció tradicional de l'ordre públic com el conjunt de principis en els quals cristal·litzen les conviccions bàsiques d'un grup humà (Díez Picazo) o com aquells principis i directives que a cada moment integren les institucions jurídiques (De Castro), adquireix avui una necessària dimensió constitucional, de manera que l'ordre públic ha de ser entès com el que està a la base dels drets fonamentals i llibertats públiques reconegudes en la Constitució (sentències del Tribunal Constitucional de 13 de febrer de 1985, de 15 d'abril de 1986, i de 23 de febrer de 1989; sentències del Tribunal Suprem de 2 de novembre de 1990, de 19 d'octubre de 1991 i de 9 de juliol de 1992).

Només les persones són titulars de drets, en concret de drets fonamentals que, com diem, constitueixen el nucli de l'actual concepte d'ordre públic. Diferent és que els animals hagin de ser objecte de protecció i respecte i que s'hagi de minimitzar el dolor que els causi qualsevol activitat humana.

Doncs bé, no s'observa que cap de tals principis obliguin el propietari d'un pis a admetre la presència d'animals en l'habitatge que decideix arrendar i, per això, no pot ser nul·la la clàusula en la qual estableix aquesta prohibició en exercici d'una facultat derivada del seu dret d'ús i gaudi de la propietat (art. 348 Cc), no prohibida ni per la legislació sobre la matèria ni per l'ordre públic.

Comentari: malgrat el debat filosòfic actual generat per l'«antiespecisme» i la possibilitat d'ampliar la capacitat jurídica a certs animals superiors com els primats o animals domèstics (Peter Singer, «Alliberament animal») i fins i tot als robots (en la consulta E-011289/2013 la Unió Europea es va fer ressò de les discussions

doctrinals sobre l'eventual reconeixement dels robots com a subjectes de drets), tan sols les persones poden ser titulars de drets, en concret, dels drets fonamentals que integren el concepte d'ordre públic, per la qual cosa la clàusula que prohibeix la introducció d'animals en el pis arrendat no pot ser considerada com a contrària a l'ordre públic.

3. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 31/2018, DE 9 DE MARÇ. Ponent: Sr. Gómez Martínez. PETICIÓ D'EXHIBICIÓ DE DOCUMENTS COM A DILIGÈNCIA PRELIMINAR.

Resum dels fets: es demana com a diligència preliminar l'exhibició de tota la documentació comptable i fiscal d'una empresa durant un període de cinc anys. L'acte resolutori dictat en primera instància denega la petició però la part actora apel·la tot al·legant la doctrina ja establerta per l'Audiència Provincial conforme a la qual l'exhibició d'un document podria entendre's inclosa per analogia en l'art. 256.2 LEC. L'Audiència denega la petició ja que entén que no es pot demanar una diligència preparatòria del judici en termes tan amplis i generals.

Fonamentació jurídica: l'art. 256.2 LEC recull les diligències preliminars en règim de *numerus clausus* i no fa esment a l'exhibició de documents. Tot i això, l'Audiència ja havia entès (acte resolutori de 15 de març de 2005) que l'exhibició d'un document podria entendre's inclosa per analogia en aquest precepte com a exhibició de la cosa que el demandat pugui tenir en el seu poder i a la qual s'hagi de referir el judici.

Ara bé, no es pot considerar inclosa en l'àmbit d'aplicació del referit precepte una petició caracteritzada per la seva generalitat i amplitud així com pel seu caràcter indiscriminat. En efecte, l'art. 256.2 de la nostra Llei processal civil no contempla com a mesura preliminar l'exhibició de la documentació d'una empresa en termes tan generals, comprensiva de tota la seva activitat, i en un període tan ampli de temps, com el que l'actor pretén.

D'altra banda, el tribunal no aprecia quina pugui ser la rellevància de l'exhibició de documents sol·licitada per al procés que es pretén iniciar ja que l'apel·lant al·lega que el judici versarà sobre reclamació d'honoraris d'advocat i que per determinar la seva quantia li és necessari conèixer els beneficis que la seva actuació ha generat a les societats per a les quals va actuar com a misser, quan la veritat és que aquest

paràmetre no és el que s'ha de tenir en compte per a la quantificació dels honoraris de lletrat que s'estableixen, més aviat, en funció dels termes en què es va pactar el seu arrendament de serveis i, a falta de pacte, en la dificultat del treball i l'entitat de les tasques que el lletrat va assumir.

Comentari: no existeix en el nostre dret una *general disclosure* de la documentació del futur demandat com a mesura preliminar que sí que es dona en alguns supòsits en països anglosaxons, ni una mesura similar a la que allí es coneix com «Anton Piller», que permet el registre de la seu del demandat en recerca de documentació per a la interposició d'una futura demanda o preparació d'un procés civil.

4. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 58/2018, DE 8 D'ABRIL. Ponent: Sr. Gómez Martínez. ELS INTERESSOS DELS HONORARIS DE MISSER ES PODEN RECLAMAR EN EL CORRESPONENT PROCÉS ESPECIAL.

Resum dels fets: la Interlocutòria de primera instància liquida, en execució de resolució dictada en un procés de jura de compte, els interessos de demora reportats pel pagament tardà dels honoraris reclamats en aquest procediment. El demandat ho impugna tot al·legant que els interessos dels honoraris no es poden reclamar en aquest procés especial i privilegiat.

Fonamentació jurídica: No hi ha inconvenient per reclamar en el procediment de jura de compte els interessos de demora pel retard en el pagament dels honoraris de lletrat, i això per les raons següents:

- a) És cert que la jura de compte té per objecte els honoraris de lletrat (o, si escau, els drets de procurador), però l'obligació d'abonar interessos ex art. 1108 Cc és purament accessòria i, per tant, és lògic que segueixi la mateixa sort processal que l'obligació principal.
- b) Seria contrari a l'economia processal excloure la reclamació d'interessos de l'àmbit de la jura de comptes i obligar l'actor a instaurar un judici declaratiu ordinari exclusivament per al seu cobrament.
- c) En el cas concretament contemplat per la resolució, l'acte de 19 de febrer de 2016 acorda que en el si de la jura de comptes es cobren interessos, encara que difereix la seva liquidació a un moment processal ulterior, i

aquesta resolució havia adquirit fermesa i guanyat efecte de cosa jutjada formal ja que el demandat no la va impugnar oportunament.

Comentari: en definitiva, el principi d'economia processal i el caràcter accessori de l'obligació de pagar els interessos de demora permeten que aquests es puguin demanar en el procés especial de reclamació d'honoraris de lletrat.

5. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 79/2018, D'1 DE JUNY. Ponent: Sr. Baena Sierra. ÉS POSSIBLE LA SUSPENSÍO DEL LLANÇAMENT PER VULNERABILITAT DE L'EXECUTAT TAMBÉ QUAN L'EXECUCIÓ NO ÉS HIPOTECÀRIA.

Resum dels fets: es planteja la qüestió de si hi cap o no la suspensió del llançament del debitor del seu habitatge habitual quan l'execució no és hipotecària.

Fonamentació jurídica: l'art. 1 de la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social, preveu la suspensió del llançament acordat en l'execució hipotecària quan el demandat es troba en la situació d'exclusió social que aquest precepte defineix.

El tribunal entén que aquesta mateixa possibilitat es dona també quan l'execució no és hipotecària i argumenta que no es pot perdre la perspectiva teleològica de la norma perquè l'aplicació estricta de criteris purament procedimentals pot dur a un resultat contrari al fi expressament perseguit per la llei, això és, evitar el desnonament d'una persona en situació de vulnerabilitat social.

Comentari: es tracta d'un supòsit d'identitat de raó que justifica l'aplicació analògica de la norma, més que d'un cas d'interpretació teleològica, que és el que textualment diu la Interlocutòria. Però es reflexa clarament la insuficiència de la llei per donar tractament adequat als efectes devastadors de la crisi econòmica i els esforços que han hagut de fer els jutges per donar protecció als demandats quan el que està en joc és el dret a un habitatge digne.

IV. Penal

Audiencia Provincial

1. AUTO DE LA SECCIÓN SEGUNDA NÚM. 502/2018, DE 25 DE JUNIO.

Ponente: Sr. Gómez-Reino Delgado. DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y NATURALEZA DEL PLAZO LEGAL MÁXIMO.

2. AUTO DE LA SECCIÓN PRIMERA NÚM. 908/2018, DE 22 DE OCTUBRE.

Ponente: Sra. Robles Morato. DURACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN CRIMINAL Y NATURALEZA DEL PLAZO LEGAL MÁXIMO.

Resumen de los hechos:

1. Desestima el recurso contra la prórroga de la investigación criminal, acordada pese a haberse superado el plazo legal de seis meses (por haberse tramitado una cuestión de competencia), porque dicha prórroga fue solicitada con anterioridad al vencimiento del plazo y éste quedó suspendido para dar audiencia a las restantes partes.

2. Estima el recurso contra el sobreseimiento provisional, porque no se practicaron las diligencias de investigación acordadas en plazo.

Fundamentación jurídica:

1. «Para el juez instructor el citado apartado 4, en supuestos como el presente, en que por causa de una cuestión de competencia la investigación ha estado paralizada, y no se ha llegado a practicar diligencia ninguna de comprobación de los hechos objeto de instrucción, necesariamente, implica que no es posible concluir el procedimiento acordando el sobreseimiento de las actuaciones. Operar así, implicaría admitir la caducidad como una causa de extinción de la responsabilidad criminal y eso no está previsto en el CP.

Considera que el incumplimiento de los plazos puede tener su consecuencia por la vía de la atenuante analógica de dilaciones indebidas, pero nunca ha de tener como efecto la caducidad del procedimiento.

El recurso ha de ser desestimado.

[...]

En suma, los plazos procesales de instrucción, si bien se hallan delimitados en cuanto a su duración, son prorrogables.

Al referirse a la prórroga de los plazos el artículo 202 de la Lecrim, nos indica que los plazos serán prorrogables solo cuando expresamente se disponga y admite la posibilidad de que el transcurso de estos plazos se pueda suspender por causa justificada y demostrada.

[...] Cabría pensar que esa solicitud de prórroga no suspendió el plazo, por cuanto su dictado dependía de la juez instructora. A tal efecto el artículo 202 señala que se reputará justa causa la que hubiera hecho imposible dictar la resolución o practicar la diligencia judicial, independientemente de la voluntad de quienes hubiera de hacerlo, pero la juez no podía decidir la prórroga sin antes cumplir ese trámite de audiencia, al menos, a la Acusación particular puesto que los querellados se personaron después. [...]»

2. «Por tanto, no compartimos el argumento de la juez de instrucción, al indicar que ni tan siquiera se podría tomar declaración al investigado puesto que no se le ha llamado porque en esta providencia lo que se está acordando no es otra cosa que escucharle en declaración. La interpretación contraria resultaría ilógica. Estas diligencias se acuerdan dentro de los 6 meses, en febrero de 2017, y por tanto sería de aplicación lo dispuesto en el apartado séptimo del 324. Se remite nuevo oficio el 21/04/2016 a la Inspección de Trabajo. El 23 de mayo se le hace al perjudicado el ofrecimiento de acciones y declara que el administrador de la empresa es [...]. Como hemos indicado ya en el atestado constaba el nombre, DNI y número de contacto del encargado de la entidad [...] (hermano del administrador, por lo que deducimos), el CIF de la empresa y el número de teléfono de contacto. [...] A mayor abundamiento y, en aplicación del último apartado del 324 antes transcrito, no cabe el sobreseimiento puesto que no estamos ante ninguno de los supuestos del artículo 637 y 641. La juzgadora sobresee provisionalmente, pero no concurre ninguno de los supuestos que el artículo 641 LECRIM recoge. El nº 1 por cuanto de la declaración del perjudicado y del atestado se deriva la existencia de indicios sobre la falta de cumplimiento o inobservancia de las normas de prevención y seguridad en el trabajo. Tampoco concurre el supuesto previsto en el nº 2, no es que no se conozca al posible autor o no existan motivos para acusarle. Se conoce su identidad, es el administrador de una determinada sociedad y eso ya le identifica. En segundo lugar, se ha acordado en plazo una diligencia para su toma de declaración en la providencia antes indicada. No estamos ante ninguno de los supuestos del 641».

Comentario: la fijación de plazos para finalizar la investigación criminal se añade a las interminables modificaciones parciales en la regulación del proceso penal, aquejado de desestructuración e incoherencia sistémica.

Cualquier investigación criminal es refractaria a la predictibilidad por su propia naturaleza, pero el legislador se ha empeñado en limitar su duración en lugar de articular medidas organizativas o estructurales para acelerarla.

Las sucesivas iniciativas tendentes a una reforma integral del enjuiciamiento criminal incorporaron disposiciones que limitaban su duración:

El art. 481 del Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal presentado en 2011 señalaba que: «El procedimiento de investigación no podrá durar más de doce meses contados desde la fecha de la primera comparecencia de la persona investigada [...]» (art. 481).

Y la Propuesta de Código procesal Penal, presentada en 2013, limitaba a seis meses la duración de la investigación a cargo del Ministerio Fiscal (art. 127).

Ninguno de estos dos intentos de regulación procesal integral atribuyó carácter taxativo a la duración máxima de la investigación criminal:

- a) El Anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal presentado en 2011 preveía un segundo período (de igual duración que el inicial), cuyo carácter improrrogable quedaba relativizado porque el inicio del cómputo no arrancaba con la puesta en marcha de la investigación, sino a partir de la «primera comparecencia» del investigado, concebida «para el traslado de cargos», y únicamente exigible «desde que resulten de las actuaciones indicios que permitan atribuir la realización del hecho punible» (art. 464), momento en que la investigación podía estar ya considerablemente avanzada.
- b) En la Propuesta de Código Procesal Penal presentada en 2013, la duración de la investigación a cargo del Ministerio Fiscal se contaba «desde la fecha del decreto de apertura», pero el «tribunal de garantías» podía fijar «un plazo máximo para la clausura de la investigación» que no estaba sujeto a limitación legal de tiempo.

Ambas fórmulas contemplaban una limitación relativa y flexible, en función de las circunstancias inherentes a cada investigación en curso.

En cuanto al derecho positivo, el texto original del art. 324 LECrim sometía la duración de los sumarios a un mes bajo el control de los tribunales correspondientes, que podían acordar «lo que consideren oportuno para la más pronta terminación».

Pero con la Ley 41/2015, de 5 de octubre, que configuró el vigente art. 324 LECrim, la duración de las «diligencias de instrucción» (en realidad la investigación, y no los trámites instructores que están legalmente tasados) se sujeta a una limitación que, en principio, aparece como taxativa.

Esta limitación, ahora vigente, contempla:

- a) Un plazo general de 6 meses (a contar desde el auto de incoación).
- b) Un plazo especial no superior a 18 meses por complejidad, prorrogable hasta otros 18 meses.
- c) Una prórroga excepcional sin predeterminación legal de tiempo (que será fijado por el juez), haya sido o no declarada compleja la instrucción.

Así se formulan varias previsiones que pueden resultar sobrevenida y justificadamente superadas por la necesidad de seguir instruyendo, posibilidad que finalmente se sujeta a plazo máximo:

- a) La declaración de que la instrucción es compleja o presenta complejidad debe verificarse antes de que finalice el plazo general (6 meses).
- b) La instrucción declarada compleja puede prorrogarse por otros 18 meses siempre que se solicite, no que se autorice, al menos 3 días antes de que finalice su correspondiente plazo.
- c) La prórroga excepcional de una instrucción (haya sido declarada compleja o no), no queda claro si debe pedirse antes de que finalice el plazo correspondiente a la primera prórroga, o si debe acordarse antes de dicho momento límite, porque es dudoso si el vocablo «antes» va referido a la solicitud o a la posibilidad de acordarla; en esta situación el principio de favorecimiento del proceso parece apoyar la posibilidad de acordarlas después, con tal de que se hubiesen solicitado antes.

Resulta llamativo y altamente inconsecuente que, estando atribuida la investigación al juez, la posibilidad de prolongación se supedite:

- A la iniciativa del Ministerio Fiscal (lo que apunta a una desigualdad de armas injustificada) con audiencia de las restantes partes, para la declaración de que la instrucción es compleja o presenta complejidad, así como su eventual prórroga.
- A la iniciativa de cualquiera de las partes (para la prórroga excepcional de la instrucción, haya sido declarada compleja o no).

Pero la nota distintiva de esta nueva regulación radica en lo que dispone el apartado séptimo del mencionado precepto: «Las diligencias de investigación acordadas antes del transcurso de los plazos legales serán válidas, sin perjuicio de su recepción tras la expiración de los mismos» (art. 324.7 LECrim).

Tal disposición, plagada de aristas interpretativas, podría apuntar a una duración máxima taxativa que pugna con la impredecibilidad natural de toda investigación

(derivada de su dinámica evolutiva) y con la interpretación sistemática de los preceptos aplicables.

Es innegable que en todos los supuestos, y no solo en caso de prórroga excepcional, el apartado 7 autoriza la práctica o la recepción de las diligencias más allá de los plazos legales, con tal de que se hubieran acordado antes.

Y queda claro que la posibilidad legal de acordar las diligencias se sujeta en todo caso a los plazos legalmente señalados.

Lo dudoso es si este apartado 7 establece la nulidad de las diligencias que se acuerden tras la finalización de los plazos legales.

Puede defenderse que una interpretación literal —y en sentido contrario al del art. 324.7 LECrim— puede conducir a la nulidad de las diligencias acordadas tras los respectivos plazos máximos, aunque esta interpretación no está exenta de objeciones.

La primera obedece a la interpretación sistemática de las disposiciones aplicables:

- a) Dar validez —en el apartado 7— solo a las diligencias acordadas antes de que transcurran los plazos podría chocar con lo señalado en el apartado 4, cuya ambigua redacción permite defender (aplicando el principio de favorecimiento del proceso) que la finalización del plazo marca el límite para pedir la prórroga excepcional pero no para acordarla.
- b) Además, una interpretación sistemática de las cláusulas limitativas revela que su posibilidad de prórroga o prolongación deriva, o se hace depender, de que sobrevenga la necesidad de nuevas indagaciones, lo que puede suceder incluso cuando ya no quepa acordarlas dentro de los plazos máximos previstos. No es inimaginable que, por las diligencias de averiguación «acordadas antes» pero practicadas después (de los plazos máximos establecidos en cada caso), se descubran nuevos datos, elementos, o circunstancias, que apunten —por ejemplo— hacia una participación concertada y más amplia sobre los mismos hechos, o hacia hechos nuevos conexos con los investigados, cuyas pesquisas parece que, en principio y literalmente, no podrían ser acordadas por extemporaneidad, pues su descubrimiento habrá sobrevenido ya fuera de los plazos máximos para poder acordarlas. Semejante inconveniente no es sorteable mediante sucesivas prórrogas de esta clase (excepcional), dado que tal posibilidad aparece como única: («un nuevo plazo máximo para la finalización de la instrucción», según el art. 324.4 LECrim, *in fine*), conforme al propio carácter

que de ella se predica: «excepcional». Y la deducción de un testimonio de particulares para la incoación de un nuevo procedimiento seguido de acumulación, podría destilar trazas de fraude a la mencionada previsión legal, aparte de ser procesalmente antieconómico.

La segunda objeción deriva de que, para establecer la nulidad, se requiere una norma legal expresa, pues el art. 238.6 LOPJ exige que «las leyes procesales así lo establezcan», y el apartado 7 valida las diligencias recibidas tras el vencimiento de los plazos legales máximos cuando se hubiesen acordado antes, pero no declara expresamente la nulidad de las diligencias acordadas después, salvo que se considere implícito *a sensu contrario*, interpretación que se enfrenta a la exigencia de una norma que efectivamente lo establezca.

Por tanto, la posibilidad de acordar diligencias de investigación fuera de los plazos podría ser respaldada, al menos en los casos de necesidad sobrevenida.

Para apoyar que los plazos legales máximos de investigación no son de caducidad sino de carácter impropio, en las resoluciones que se comentan es invocada la STS (Sala 2ª) núm. 470/2017, de 22 junio, aunque la *ratio decidendi* exhibida en su fundamento cuarto parece limitarse al «reducido alcance de la atenuación de dilaciones indebidas a partir de la vigencia del art. 324 de la Ley procesal», aparte de que seguida y simplemente se afirma que «transcurridos dichos plazos no pueden practicarse más diligencias de prueba, sin perjuicio de incorporar a la causa las acordadas con anterioridad al transcurso del plazo», pero sin más añadidos interpretativos a esta controvertible fórmula legal.

Para afianzar la interpretación favorable a que los plazos son impropios (y no de caducidad), las resoluciones comentadas también se refieren al ATC 100/2017, de 4 de julio, pese a que éste no se pronuncia sobre la cuestión de fondo, sino que se detiene en su inadmisibilidad en vista de que:

- a) la cuestión se planteó inadecuadamente, en trance de dar por concluida la instrucción, en lugar de formularla previamente;
- b) no se informó de sus derechos a quienes (denunciante y denunciado) tenían interés legítimo en el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, por lo que el preceptivo trámite de audiencia no fue debidamente cumplimentado;
- c) los juicios de aplicabilidad y relevancia de la norma no aparecen correctamente verificados, en cuanto al primero porque se otorgó exclusiva legitimación al Ministerio Fiscal en orden a la cuestión de inconstitucionalidad planteada, y en cuanto al segundo porque se efectuó una «lectura parcial del

precepto cuestionado», ya que no «se explica en absoluto qué impide a la parte que desee que se practiquen más diligencias instructoras dirigirse al juez conforme a lo prevenido en el apartado 4 del citado artículo», i

- d) la duda sobre su constitucionalidad deriva de interpretar que el plazo es de caducidad, pero sin incluir una posible interpretación alternativa que apoye la naturaleza impropia del plazo, con lo cual la resolución que plantea esta duda «no ha levantado la carga de colaborar con la justicia del Tribunal que se le exige cuando insta la depuración del ordenamiento jurídico, déficit que determina también la inadmisión de la presente cuestión de inconstitucionalidad».

En definitiva, el TC viene a señalar que, si caben dos interpretaciones posibles de legalidad ordinaria, ello no merece examen de constitucionalidad, pero que —si se plantea esta cuestión— ha de acompañarse del adecuado esfuerzo interpretativo o argumentativo.

3. A) *SENTENCIA DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BALEARES NÚM. 172/2017, DE 20 DE ABRIL. Ponente: Sr. Gómez-Reino Delgado. DELITOS SOCIETARIOS. I. PERSEGUIBILIDAD POR DENUNCIA DEL AGRAVIADO. II. DELITO DE PROPIA MANO E INTERVENCIÓN DEL «EXTRANEUS». III. LEGITIMACIÓN CIVIL PARA RECLAMAR LOS PERJUICIOS.*

B) *SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO NÚM. 512/2018, DE 29 DE OCTUBRE. Ponente: Sr. Llerena Conde. DELITOS SOCIETARIOS. I. PERSEGUIBILIDAD POR DENUNCIA DEL AGRAVIADO. II. DELITO DE PROPIA MANO E INTERVENCIÓN DEL «EXTRANEUS». III. LEGITIMACIÓN CIVIL PARA RECLAMAR LOS PERJUICIOS.*

Resumen de los hechos:

I. Ambos acusados fueron condenados por un delito societario del art. 293.1 del Código Penal (CP), pues cuando Jon había judicializado la gestión de la sociedad «JUM», y ante el inminente vencimiento dos días después del cargo de administrador que ostentaba Cristóbal, día 13 de noviembre de 2007 éste otorgó un

amplio poder de actuación y representación de «JUM» a favor de Claudio. Ocultando el otorgamiento del poder a Jon, el día 25 de enero de 2008 Claudio compareció en la Junta General de la entidad promotora «SAR» y, asumiendo la representación de «JUM» (que participaba en un 60 % del capital de «SAR»), y en contra del parecer de su socio Jon, impuso el acuerdo de que «SAR» se disolviera, nombrándose liquidador al propio Claudio.

II. También fueron condenados por un delito de administración desleal por otra actuación paralela. Escasos días antes del acuerdo de disolución, concretamente el día 19 de diciembre de 2007, la entidad «SAR», representada por su administrador Cristóbal, vendió cuatro locales a la entidad constructora RDH, conociendo que Jon (por las desavenencias que tenía por la gestión de «JUM» que le habían llevado a reclamar la intervención judicial), estaba en pleno desacuerdo con la venta de activos. Cuando se produjo esta venta de inmuebles, el administrador acusado era consciente de que «RDH» no pagaría su precio, o de que había una elevada probabilidad de que fuera así, pues como administrador también de «RDH» era consciente de que la promotora «DOC» debía una importante cantidad de dinero a «RDH», y sabía además que el administrador de «DOC» había advertido que si no recibían una importante aportación de capital, tendrían que disolverse. Lo que efectivamente ocurrió. Un mes después de que «RDH» adquiriera los inmuebles de «SAR», «RDH» vendió los locales a la entidad «Ib---» y, tras cobrar el importe del precio en metálico, no pagó el importe adeudado a la entidad a la que se les había comprado.

III. La indemnización por perjuicios fue desestimada, ya que exclusivamente la había postulado —como acusación particular— una de las sociedades con participación minoritaria, pero no la sociedad cuyos activos patrimoniales fueron vendidos.

Fundamentación jurídica:

I.A) SAP Baleares (Sección Segunda) núm. 172/2017, de 20 de abril: «La criminalización de la conducta societaria se produce en este caso porque, de modo abusivo, los acusados si bien no negaron a “DOC” la posibilidad de oponerse a la disolución de SAR, sí que obstaculizaron su derecho a participar en la gestión social [...] porque el citado poder se había otorgado, no en beneficio de la entidad administrada por el administrador poderdante, sino para beneficiar a un socio frente a otro cuando ambos ostentaban en la entidad [...] idéntica participación en el capital social [...]».

I.B) STS (Sala Segunda) núm. 512/2018, de 29 de octubre: «Destaca el recurrente que los delitos societarios sólo son perseguibles por denuncia del agraviado o de su representación legal. A partir de ello, argumenta que han sido condenados por impedir a un socio el ejercicio de participar en la gestión o control de la actividad social (art. 293 Código Penal), sosteniendo que al haberse perpetrado el delito respecto a la participación del querellante en la junta de accionistas de “SAR” celebrada en enero de 2008, la persecución del delito precisaría de la previa denuncia, no de la querellante (la sociedad “SVA”), sino de cualquiera de los socios de “SAR”, que no son otros que las entidades “JUM” y “DOC”.

Con respecto al delito de administración desleal del artículo 295 del Código Penal (en su redacción anterior a que la LO 1/2015 lo dejara sin contenido, recogiendo su previsión en el artículo 252 del Código Penal), los recurrentes sostienen que los perjudicados por la venta de bienes patrimoniales de “SAR” serían los socios de la entidad (“JUM” y “DOC”), los depositarios, los cuentapartícipes en sus proyectos o los titulares de bienes, valores o capital, pero en modo alguno puede serlo la entidad querellante “SVA”.

El poder [...] se manifestó por primera ocasión en la Junta de accionistas de la entidad “SAR” [...]. Empero, no fue en el seno de esa junta en el que se perpetró el delito que se sanciona y persigue, sino que el mismo aconteció rompiendo las reglas de información y control que habían de regir el desarrollo empresarial en “JUM”.

[...] Fue precisamente el quebranto del deber de informar y de posibilitar el control que sufrió “SVA” (partícipe al 50 % del capital social de “JUM”), lo que condujo a esta entidad a reclamar al administrador único de “JUM” que convocara una Junta General de la sociedad con objeto de cambiar el sistema de administración, aprovechando que era inminente la caducidad de su cargo. [...] De este modo, la capacidad de control que en ese contexto tenía “SVA” para que la sociedad no realizara operaciones contrarias a los intereses colectivos, pudo superarse merced al poder que el administrador —dos días antes de su cese— había otorgado a favor de Claudio, y que fue ocultado a “SVA” para que pudiera ser ejercido sin restricciones.

[...] Esta Sala ha expresado en otras ocasiones que la referencia al *agraviado* que se recoge en el artículo 296 del Código Penal, no tiene porqué coincidir necesariamente con los perjudicados (STS 620/2004, de 4 de junio), sino que lo que la regla procesal impone es la existencia de una denuncia o querrela de quienes soportan efectivamente los perjuicios (STS 425/2016, de 19 de mayo), lo que no es sino el concreto reflejo de una protección penal orientada a aquellos que ostentan posiciones minoritarias en el capital o el entramado social».

II.A) SAP Baleares (Sección Segunda) núm. 172/2017, de 20 de abril: «No hay constancia ninguna de que “SAR” tuviera necesidades de tesorería que hiciera perentorio proceder a la venta de estos locales y, menos aún, que dicha venta se verificase precisamente en un momento en que existe discusión entre los socios acerca de la disolución de la sociedad y el reparto de dividendos.

La única explicación económica que tiene esta operación y en el contexto en que se produjo, era beneficiar a “RDH” y a su socio “Claudio” en perjuicio de “SAR”, pues como hemos dicho todo hacía presagiar que ese precio aplazado no iba a ser satisfecho, de facto no se suscribió ni se estableció garantía ninguna para asegurar el cobro de la parte aplazada del precio.

La operación ni tan siquiera benefició al grupo de empresas, ya que no se contempló como compensación respecto a la deuda de “JUM” —precisamente porque “RDH” no forma parte del grupo de sociedades— y en el concurso de “JUM” ni tan siquiera se tomó en consideración para reducir el importe del crédito, ya que la acreedora era “SAR”.

[...] De este delito han de responder también ambos acusados en calidad de autores por haberse concertado y puesto de consuno al efecto».

II.B) STS (Sala Segunda) núm. 512/2018, de 29 de octubre: «Los delitos societarios que analizamos tienen la consideración de delitos especiales propios, puesto que la ley delimita el círculo de sus posibles autores a quienes tienen la consideración de administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad, y considerando además que el Código Penal no incluye un delito equivalente y común para quienes participen en la ejecución de los hechos y carezcan de tal condición. No obstante, y en lo que hace referencia al delito de impedir a un socio participar en el control de la actividad social (art. 293 del Código Penal), ya se ha expresado con anterioridad que el mecanismo consintió en que el acusado Cristóbal, como administrador de la entidad, otorgó un poder de representación de la entidad “JUM” a favor del acusado Claudio y sin dar cuenta de ello a la Junta General. Ello permitió que este segundo acusado actuara por representación de la entidad y, aprovechando la participación mayoritaria que “JUM” tiene en la entidad “SAR”, se acordara la liquidación de ésta última sociedad, sin que ninguno de los socios de la propietaria supiera y pudiera actuar en contra de tal decisión. El comportamiento social sólo respondió al posicionamiento particular de Claudio, quien eludió así la discrepancia y las posibilidades de oposición de los socios, sin que pueda sustentarse —como hace el recurso— que las facultades de control de la actividad

social que corresponden a los partícipes se perjudicaran exclusivamente por el poderdante, y no por el apoderado, pues éste también asumió una representación de hecho de la entidad y la ejerció con iguales consecuencias que el primero.

[...] De este modo, aunque el acusado Claudio careciera de la condición de administrador de la entidad vendedora, intervino como cooperador necesario en la compra de los activos, reflejando la sentencia que lo hizo con voluntad, y con pleno conocimiento del perjuicio, o probable perjuicio, que iban a infligir a la sociedad vendedora. Debe así responder como “extraneus” conforme con el principio de accesoriedad, lo que no comporta una rebaja de penológica que el artículo 65.3 del Código Penal, introducido por LO 15/2003, contempla como potestativa. El precepto dispone que “Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurren las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la ley para la infracción de que se trate”, considerando la jurisprudencia de la Sala que respecto del “extraneus” sólo se justifica una punición equivalente a la del autor, cuando la intervención del partícipe venga acompañada de elementos o circunstancias que permitan establecer una semejanza entre la antijuridicidad de ambas conductas (STS 765/13, de 22 de octubre), en un juicio de valoración que se entiende concurrente en el presente caso, pues Claudio no sólo tenía una participación en la entidad propietaria de los bienes que era semejante a la de la entidad perjudicada, sino que fue su empresa la que directamente se benefició de la gestión desleal, y lo hizo merced a un administrador que precisamente gestionaba además los intereses particulares de Claudio y que había sido propuesto por él para que se encargara de la gestión del patrimonio de la entidad defraudada».

III.A) SAP Baleares (Sección Segunda) núm. 172/2017, de 20 de abril: «Por vía de responsabilidad civil ambos acusados deberán de indemnizar a la entidad “SAR”, de modo conjunto y solidario, en el importe del precio aplazado por la venta de los cuatro locales a “RDH” [...]».

III.B) STS (Sala Segunda) núm. 512/2018, de 29 de octubre: «Sin perjuicio de que el ejercicio de acciones cambiarias no produce necesariamente los efectos de la cosa juzgada material (art. 827.3 de la LEC), el motivo debe de ser resuelto desde una pluralidad de exigencias y circunstancias determinantes del pronunciamiento que se combate:

1. El artículo 110 de la LECRIM faculta que los perjudicados por un delito que no hubieren renunciado a su derecho, puedan mostrarse parte en la causa antes del trámite de calificación del delito y ejercitar las acciones civiles que procedan; añadiendo que aun cuando 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 pueda acordarse en sentencia firme, dado que la renuncia ha de ser expresa y terminante (clara y terminante en la redacción dada por la Disposición Final 1.3 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito).

2. En todo caso, los artículos 108 y 112 de la Ley procesal, disponen que la acción civil se ha de entablar juntamente con la penal por el Ministerio Fiscal, haya o no en el proceso un acusador particular, salvo que el ofendido haya renunciado expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización o haya reservado expresamente posponer su ejercicio a la terminación del proceso penal.

3. La reparación indemnizatoria está sometida al principio de justicia rogada, que conduce la acción civil acumulada (SSTS 932/11, de 22 de junio o 1710/11, de 20 de octubre, entre otras).

4. El Ministerio Público, en el caso presente y en el ejercicio de la acción civil resarcitoria, no efectuó pedimento ninguno y

5. Fue la acusación particular personada, esto es, la representación de la entidad "SVA", la que reclamó la indemnización a favor de la entidad "SAR".

Evidenciado así que el pronunciamiento de reparación se asienta sólo en el pedimento de la acusación particular personada, carente de legitimación para reclamar unos perjuicios económicos irrogados a la entidad "SAR", tanto en consideración a que se trata de entidades con una personalidad jurídica diversa y socios no coincidentes, como porque la propia sentencia de instancia indica que la sociedad perjudicada se encuentra en liquidación, de modo que correspondería la reclamación indemnizatoria a sus eventuales liquidadores (artículos 374 y 375 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital), el motivo debe ser acogido. Una cosa es que la tutela penal respecto de la actividad empresarial o societaria otorgue legitimación para el ejercicio de la acción penal a socios minoritarios o a quienes de manera efectiva soporten los perjuicios irrogados por actuaciones abusivas que comprometen de manera estructural y profunda las reglas de gestión corporativa, y otra es que cualquier partícipe —directo o indirecto— en el capital

social, pueda asumir la representación de la sociedad en orden a reclamar en su nombre aquello a lo que considera que tiene derecho».

Comentario: I. El Tribunal Supremo remarca que concurre legitimación porque la denuncia por infracción de los derechos de información y control provino de uno de los socios de la mercantil en la que tales derechos fueron defraudados, en este caso una de las partícipes minoritarias en el capital de aquella otra cuya junta de accionistas acordó la venta de los activos patrimoniales, y añade que «el precepto [art. 296 CP] convierte en semipública la persecución de estas conductas, salvo cuando la actuación prevista por el legislador en los distintos tipos delictivos societarios tenga una amplia proyección lesiva».

La Sentencia comentada insiste en que, a efectos de legitimación, la referencia a la «persona agraviada» del mencionado art. 296 CP actual debe interpretarse en el sentido de persona que efectivamente soporta los perjuicios, porque «no es sino el concreto reflejo de una protección penal orientada a aquellos que ostentan posiciones minoritarias en el capital o el entramado social», y para ello cita la STS (Sala Segunda) núm. 620/2004, de 4 de junio, relativa a un delito de apropiación indebida, y la STS (Sala Segunda) núm. 425/2016, de 19 de mayo, referente a los delitos de apropiación indebida y administración desleal.

El art. 295 CP derogado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (sobre disposición fraudulenta de bienes de la sociedad o contracción de obligaciones con perjuicio económico), mencionaba como sujetos perjudicados por el delito de administración desleal a los «socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital», pero sin incluir a la sociedad, lo que no impidió considerarla comprendida: «Tanto desde el plano del delito societario, como desde la estructura genérica de la administración desleal, como faceta pluriforme del delito de apropiación indebida, ambos comportamientos punibles requieren la existencia de un perjuicio a la sociedad, que en el caso del primero, se ha de añadir la nota (que siempre fue sobreentendida así), de un perjuicio económicamente evaluable a los socios o a los terceros comprendidos en la norma penal» (STS (Sala Segunda) núm. 841/2006, de 17 de julio), doble lesión que asimismo llegó a ser entendida como posible incluso de forma alternativa y no necesariamente cumulativa o conjunta: «El sujeto pasivo de la acción es la sociedad o, si se prefiere y hablando entonces de objeto material, su patrimonio [...] resultando paradójico que la sociedad no aparezca en cambio como expreso sujeto pasivo del delito, pues “el perjuicio” resultado del mismo, ha de afectar en régimen alternativo “a sus socios, depositarios (parece que debiera decir ‘depositantes’), cuenta partícipes o titulares

de los bienes, valores o capital que se administre» (STS (Sala Segunda) núm. 655/2010, de 13 de julio), aunque en sentido distinto se entendió inevitablemente concurrente ese doble perjuicio porque «no puede comprenderse un perjuicio social que no abarque a los intereses individuales de los socios que conforman la masa en coparticipación» (STS (Sala Segunda) núm. 91/2010, de 15 de febrero).

El nuevo art. 252 CP, sobre administración desleal, señala que el perjuicio habrá de recaer sobre «el patrimonio administrado», y con ello parece relegar como sujetos pasivos a terceros perjudicados que no sean titulares de ese patrimonio administrado, lo que quizá no permita resolver —al menos en cuanto al ámbito estrictamente societario— si el bien jurídico protegido por el delito de administración desleal es el patrimonio exclusivamente, o si además se tutela algún otro aspecto (del modo señalado por la precedente jurisprudencia) cuando la administración desleal tenga lugar en —precisamente— ese ámbito societario: «es posible distinguir dentro de esta figura penal, a su vez, dos bienes jurídicos especialmente protegidos: el individual, formado por el concreto patrimonio social, y el colectivo, dirigido a la permanencia de toda sociedad mercantil en el tráfico jurídico-económico.» (STS (Sala Segunda) núms. 769/2006, de 7 de junio y 279/2007, de 11 de abril).

II. Sabido es que en los delitos especiales propios la calidad exigida al autor es inherente a la correspondiente figura penal (cuya ausencia torna atípica la conducta), mientras que en los delitos especiales impropios esta calidad solo repercute en la gravedad de la sanción, de modo que —a menudo— el problema radica en discriminar si la actuación ha sido de auténtica autoría o solo de participación. El art. 65.3 CP autoriza a rebajar la pena al inductor o al partícipe, facultad jurisprudencialmente ligada a la antijuridicidad apreciable en la conducta, aspecto en que la Sentencia del Tribunal Supremo menciona el aprovechamiento propio derivado de la gestión desleal propiciada por una representación dolosamente generada, lo que viene a suponer la intervención de un inductor cualificado (autor), que en realidad carece de dominio material (aunque sí normativo o jurídico) sobre el hecho, que es encomendado al extraño (partícipe) como instrumento doloso. Casos en que la virtualidad de la autoría mediata resulta dogmáticamente controvertida.

III. La STS diferencia, en este extremo, entre la legitimación para accionar en persecución del delito (en los términos del comentado apartado I, que se extiende a quienes «ostentan posiciones minoritarias en el capital o el entramado social»; y

Penal

legitimación para reclamar civilmente los perjuicios, que se limita a la persona perjudicada por ellos.

V. Contenciosa administrativa**A. Tribunal Suprem**

1. SENTÈNCIA NÚM. 1999/2018, DE 28 DE MAIG. RECURS DE CASSACIÓ NÚM. 2443/2016. Ponent: Sr. Trillo Alonso. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL PER ACTE LEGISLATIU. DESCLASSIFICACIÓ DE TERRENYS.

Resum dels fets: mitjançant la Llei del Parlament balear 4/2008, de 14 de maig, de mesures urgents per a un desenvolupament territorial sostenible a les Illes Balears, es van incloure com a sòl rústic protegit determinades zones fins llavors classificades com a sòl urbà.

Els propietaris varen fer reclamació de responsabilitat patrimonial davant el Govern de les Illes Balears per acte legislatiu que els suposa alteració de «les condicions d'exercici de l'execució de la urbanització, o de les condicions de participació dels propietaris en ella, per canvi de l'ordenació territorial o urbanística» en els termes de la Llei estatal 8/2007, de 28 de maig, de sòl (LS/2007).

Davant la desestimació presumpta de les reclamacions, es varen interposar recursos contenciosos administratius que foren estimats per sentències del TSJIB.

El TS inicialment va casar les primeres sentències (vegeu la STS de 29 octubre de 2014 al recurs de cassació núm. 4509/2012). Però durant l'any 2018 el TS ha dictat un grapat de sentències confirmatòries del criteri de la Sala territorial. Entre d'altres, les STS de 4 de juny de 2018 (rec. 2493/2016), de 12 de juny de 2018 (rec. 2439/2016) i de 3 de juliol 2018 (rec. 2440/2016).

Fonamentació jurídica: «[...] Resta añadir, en respuesta a la alegación de la administración recurrente relativa a que la única administración responsable es el Ayuntamiento de Santa Eulària des Riu o, en su defecto el Consell Insular de Ibiza, que la responsabilidad demandada en los presentes autos deriva de una modificación legislativa o, dicho de otra forma, se trata de la llamada responsabilidad del estado legislador, de la originada por un acto legislativo.

Además de confundir la administración recurrente el acto causante del derecho a indemnizar, que es la alteración de las condiciones urbanísticas, en este caso por la ley balear 4/2008, con uno de los requisitos establecidos al efecto, como es el cumplimiento de los plazos de ejecución de la urbanización y la responsabilidad en su incumplimiento, que es lo que se examina en la sentencia recurrida y a cuyo

efecto se añaden, al sistema de ejecución de cooperación, otras disposiciones administrativas que impidieron el desarrollo de la urbanización en plazo, [...].»

Resum dels fets: l'aplicació del nou sistema d'apreciació i valoració de la responsabilitat patrimonial de l'Administració per alteració del planejament —iniciat amb la Llei 8/2007, de 28 de maig, de sòl— ha trigat a consolidar-se en el Tribunal Suprem.

En les primeres sentències (per totes STS de 23 de juliol de 2010, de 21 de febrer de 2011 i de 9 de desembre de 2011) s'afirmava que la nova Llei de sòl no havia alterat el criteri respecte que el reconeixement de responsabilitat passava per la prèvia patrimonialització dels aprofitaments urbanístics, la qual cosa només era possible una vegada que s'han aprovat els plans de desenvolupament i s'han complert els deures urbanístics bàsics. Aquesta afirmació suposava ignorar el sistema d'indemnització gradual en funció del nivell d'execució de la urbanització establert per la nova Llei, en la qual el que s'indemnitza és «La alteración de las condiciones de ejercicio de la ejecución de la urbanización, o de las condiciones de participación de los propietarios en ella, por cambio de la ordenación territorial o urbanística». Per tant, encara que no s'hagin completat les condicions per a la patrimonialització de l'aprofitament, pot haver-hi dret a indemnització si es donen les circumstàncies dels art. 30 i 24 a 26 LS/2007.

En les posteriors sentències (per totes STS de 29 d'octubre de 2014 en rec. 4509/2012) ja es reconeix que aquesta falta de patrimonialització dels aprofitaments «no excluye la contemplación en el caso que enjuiciamos de la progresiva adquisición indemnizable de expectativas urbanísticas como consecuencia de las sucesivas actuaciones de urbanización o de edificación que se regula en el artículo 25 de la Ley 8/2007 para los supuestos en que aquellas devengan inútiles por efecto de la pertinente disposición». No obstant això, en aquesta Sentència es va apreciar que s'havia produït un incompliment de terminis en el desenvolupament del procés urbanitzador per causes imputables als promotors i, en lloc de denegar la indemnització, s'opta per alterar el sistema de valoració. Ens remetem als comentaris d'aquesta Sentència en el núm. 13 de la RJIB.

La Sentència aquí comentada, juntament amb altres coetànies, conformen una tercera fase en l'evolució de la doctrina jurisprudencial. En les mateixes es confirma el criteri interpretatiu del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears que s'havia iniciat amb la STSJIB núm. 805, de 21 de novembre de 2012, i mantingut fins a les sentències ara confirmades pel TS. En elles afirmem que el dret a la indemnització per part dels propietaris no podia veure's alterat per l'incompliment

dels terminis en el desenvolupament de la urbanització que fossin imputables a l'Ajuntament, la qual cosa ocorre quan el sistema de gestió ho és el de cooperació.

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. INTERLOCUTÒRIA NÚM. 165/2018, DE 20 DE JUNY. RECURS DE CASSACIÓ AUTONÒMIC NÚM. 190/2018. ÀMBIT DEL RECURS DE CASSACIÓ AUTONÒMIC. LIMITACIÓ A SENTÈNCIES CONTRADICTÒRIES DE LA MATEIXA SALA.

Resum dels fets: dictada una sentència pel TSJIB aplicant dret autonòmic, s'interposa recurs de cassació davant la Secció de Cassació del mateix TSJIB. Tot això en aplicació del nou sistema introduït per la Llei 7/2015, de 21 de juliol.

Fonamentació jurídica: «La admisión del recurso de casación solo procede si el mismo presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia (art. 88.1º LRJCA).

El supuesto de presunción de interés casacional objetivo del art. 88.3.a —cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia— aplicado sobre el recurso de casación por infracción de Derecho estatal o de la Unión Europea, presupone la inexistencia de sentencias del TS sobre la cuestión y que son las que conforman jurisprudencia. Pero cuando se proyecta sobre una sentencia del TSJ no se puede invocar falta de pronunciamiento de dicho Tribunal pues precisamente la que se impugna procede del mismo.

El criterio interpretativo sobre la norma autonómica [en este caso el art. 2 y art. 8.2 apartado c) de la Ley 9/1991, de 27 de noviembre, reguladora del canon de saneamiento] corresponde al TSJIB y expresada dicha interpretación en la sentencia contra la que se prepara casación, no hay interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia pues dicha jurisprudencia ya la conforma la sentencia recurrida.

Esta Sección de Casación del TSJIB tiene como misión fijar la interpretación de las normas de derecho autonómico cuando haya interés casacional para ello, y no lo hay cuando ya hay uno o varios pronunciamientos interpretativos del TSJ sobre la norma en cuestión. Esta afirmación cuenta con la excepción del supuesto en que,

ante controversias sustancialmente iguales, el mismo Tribunal hubiera efectuado interpretaciones dispares de la misma norma autonómica. Entonces sí concurre un interés casacional objetivo en unificar el criterio, pues precisamente la falta de línea jurisprudencial uniforme por parte de la Sala a quien le corresponde fijarla justifica el acceso a la Sección de Casación para que determine definitivamente la interpretación correcta de la norma de Derecho autonómico.

Incluso este supuesto excepcional y único que permite el acceso a la casación de Derecho autonómico —la existencia de sentencias con interpretación contradictoria sobre la misma norma— contaría a su vez con una excepción de no acceso a la casación: el supuesto en que la sentencia del TSJIB que se pretende recurrir en casación haya sido dictada con la composición prevista en el art. 197 LOPJ precisamente con el objeto de fijar la doctrina interpretativa correcta poniendo fin a las contradicciones anteriores. Esta sentencia tampoco podría ser recurrida en casación al no concurrir interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, pues el propio TSJIB ya ha fijado la interpretación jurisprudencial que estima correcta.»

Comentari: en el núm. 16 de la RJIB ja es van assenyalar algunes de les deficiències sistemàtiques que ofereix el nou recurs de cassació per vulneració del dret autonòmic. Com ja es va indicar, el nou recurs de cassació autonòmic està pensat per a sentències de les sales contencioses administratives dels TSJ que disposin de diverses sales o de diverses seccions i, especialment, quan hi hagués pronunciaments contradictoris entre aquestes diferents sales o seccions en matèria de dret autonòmic. Aquest esquema provoca disfuncions en els territoris amb sales de secció única i amb escàs nombre de magistrats (5 magistrats a les Illes Balears). Ens remetem als comentaris expressats en aquell número de la *Revista*, respecte a les indicades disfuncions organitzatives.

En la Interlocutòria aquí ressenyada es fa un pas més i des del criteri que l'admissió del recurs de cassació només s'ha de produir si presenta interès «per a la formació de jurisprudència», s'afirma que manca de sentit aquesta admissió quan precisament la sentència recorreguda en cassació conforma aquesta jurisprudència en dret autonòmic. El recurs de cassació autonòmic no té per objecte que la Secció de Cassació del TSJ revisi la jurisprudència del TSJ, perquè la jurisprudència sobre dret autonòmic es forma amb les sentències dictades per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia.

Per l'anterior, s'entén que només cap un únic supòsit d'admissió del recurs de cassació per vulneració del dret autonòmic: quan la mateixa Sala Contenciosa

Administrativa del TSJIB hagués dictat sentències amb una interpretació dispar de la mateixa norma autonòmica i que cal unificar.

2. SENTÈNCIA NÚM. 42/2018, DE 31 DE GENER. RECURS APEL·LACIÓ NÚM. 378/2017. Ponent: Sr: Socías Fuster. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL PER ANUL·LACIÓ DE LLICÈNCIA. RESPONSABILITAT DEL CONSELL INSULAR PER INFORME FAVORABLE PRESUMPTE.

Resum dels fets: anul·lada una llicència de construcció d'habitatge en sòl rústic, per la qual amb caràcter previ s'havia sol·licitat informe previ i vinculant al Consell Insular conforme a l'art. 36.2 de la Llei 6/1997, de 8 de juliol, del sòl rústic de les Illes Balears, es va sol·licitar indemnització de danys i perjudicis enfront de: i) l'Ajuntament que havia concedit la llicència, i ii) el Consell Insular que havia deixat transcórrer el termini per emetre l'informe previ i vinculant. Resolta la reclamació contra l'Ajuntament, en la Sentència esmentada s'analitza exclusivament la possible responsabilitat del Consell per deixar transcórrer el termini sense informar —negativament— el projecte i amb això afavorir la concessió de llicència després anul·lada.

Fonamentació jurídica: «No ofrece dudas que en el supuesto de anulación de licencias que estuvieron sometidas a autorización previa o a informe previo y vinculante de otra administración distinta, puede derivarse responsabilidad patrimonial solidaria de las dos administraciones si el motivo de nulidad está relacionado con las razones por las que se emitió en sentido favorable aquel informe previo externo.

Para el caso que nos ocupa, la eventual responsabilidad del Consell Insular derivaría —según la parte reclamante— de haber otorgado un informe previo y vinculante en sentido favorable a la construcción de la vivienda, por efecto del silencio, esto es, por haber dejado transcurrir el plazo máximo para emitir el informe sin hacerlo. Sería por tanto la inactividad durante el plazo normativamente fijado para la emisión de tal informe (3 meses según el art. 36,4º de la LSRIB) lo que generaría la supuesta responsabilidad patrimonial del Consell. Responsabilidad que por ello se concreta en no haber advertido al Ayuntamiento en el indicado plazo que la construcción de la vivienda no podía tener lugar, es decir, por no haber emitido informe desfavorable expreso en el plazo establecido.

[...]

Un eventual informe expreso favorable del Consell Insular que declarase que el uso de vivienda unifamiliar aislada era uso no prohibido, sino condicionado, y que tras ello informase favorablemente sobre los parámetros del art. 36,2º LSR (parcela mínima y aprovechamiento máximo) sin duda sería elemento que habría contribuido a la equivocada resolución municipal y a la ilegal concesión de la licencia, por lo que supondría una aportación más a la situación que derivó en los daños y perjuicios reclamados.

No obstante, cuando el pronunciamiento favorable es presunto, el contenido vinculante del mismo no puede tener mayor alcance que aquel que le otorga el art. 36,2º LSR conforme al cual dicho informe previo y vinculante lo será sobre “el cumplimiento de los requisitos de parcela mínima exigidos en el art. 25 de esta Ley y aprovechamiento máximo señalado en el art. 28 de la presente Ley”. Pero como resulta obvio, el vicio que conllevó la anulación judicial de la licencia no está vinculado al supuesto incumplimiento de la parcela mínima o aprovechamiento máximo, sobre los cuales sí había de pronunciarse el Consell en el plazo de tres meses, sino que está relacionado con el hecho de ser un uso prohibido al serle de aplicación el Plan Territorial de Menorca. Y ello debía verificarlo el Ayuntamiento sin poder excusar dicha comprobación en el carácter vinculante del informe externo presuntamente favorable, por silencio.»

Comentari: l'esmentada Sentència parteix de la idea que són qüestions diferents que el silenci de la Comissió Insular d'Urbanisme faci inútil l'informe i amb això es presumeixi favorable, i una altra que l'Ajuntament hagi de resoldre, necessàriament, conforme al sentit presumpte de l'informe. S'entén que si l'acte és presumpte, això no allibera l'Ajuntament de comprovar si la llicència és o no conforme a dret. El silenci, per tant, no equival a indicació prèvia i vinculant sobre la total legalitat de l'actuació sotmesa a informe, sinó simplement que no cal esperar l'informe, que esdevé així innecessari i inútil pel transcurs del temps. Però l'Ajuntament únicament ha de concedir la llicència sol·licitada si és conforme a dret.

Encara més: l'eventual responsabilitat del Consell per haver contribuït a l'error municipal es limitaria a allò que té de vinculant l'informe presumpte, però no respecte aquelles altres qüestions, com la legalitat de l'ús a implantar.

En relació amb la indemnització derivada de l'anul·lació de llicències urbanístiques, interessa esmentar el supòsit analitzat en la Sentència del mateix TSJIB núm. 587/2018, de 12 de desembre, en el recurs d'apel·lació núm. 310/2018, en el qual es matisa la indicada responsabilitat patrimonial en el supòsit d'anul·lació de llicències de legalització. S'argumenta: «En las mismas, se presupone que los

actos de transformación del uso del suelo se han realizado ilegalmente y que, una vez completados dichos actos y sin perjuicio de las eventuales sanciones, se pretende restablecimiento de la legalidad urbanística restaurando el orden jurídico infringido, es decir, otorgando la cobertura posterior de la licencia de legalización a aquello que se ejecutó sin la misma.

La anulación posterior de la licencia de legalización y la imposibilidad de obtenerla —porque las obras son ilegalizables— sitúa al particular en la misma posición en la que se encontraba con anterioridad a su obtención, es decir, con unas obras ilegales porque las ha realizado sin el previo amparo de una licencia municipal y que, además, son contrarias al ordenamiento urbanístico. Que es lo que le impide legalizarlas.

Desde esta perspectiva, los perjuicios que se reclaman (demolición de aquellas obras realizadas sin licencia, luego legalizadas y luego con anulación de la legalización) no tienen su causa directa en la nulidad de la licencia de legalización, sino en la ejecución previa de obras sin licencia.»

3. SENTÈNCIA NÚM. 105/2018, DE 27 DE FEBRER. RECURS NÚM. 332/2017. PONENT: Sra. Frigola Castellón. SUPRESSIÓ DEL COMPLEMENT DE DESTINACIÓ DE GRAU PERSONAL PER A ANTICS ALTS CÀRRECS DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS.

Resum dels fets: la Llei 12/2015, de 29 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2016, va suspendre la percepció del complement de destinació que la Llei balear 3/2007 havia reconegut als funcionaris que haguessin ocupat durant més de dos anys un lloc d'«alt càrrec» dels allà definits. La suspensió es va traduir en supressió per la Llei 9/2016, de 13 de juny. En el supòsit comentat, el funcionari afectat per la supressió del citat complement de destinació va interessar acte administratiu que li reconegués el dret a continuar percebent el complement, perquè el contrari suposava vulneració dels drets adquirits i vulneració de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (Llei 7/2007, de 12 d'abril).

Fonamentació jurídica: «la Disposición Adicional Octava del EBEP de 2015 señala: “Los funcionarios de carrera tendrán garantizados los derechos económicos alcanzados o reconocidos en el marco de los sistemas de carrera profesional establecidos por las leyes de cada Administración Pública”.

Pues bien, volviendo al artículo 87-3 del RD Legislativo 5/2015 ese precepto remarca y señala que, quien reingrese de los servicios especiales, lo hará “[...] de acuerdo con el sistema de carrera administrativa vigente en la Administración Pública a la que pertenezcan”. Y ello se refuerza además con la DA Octava que se ha transcrito en el párrafo anterior. Por lo tanto y con arreglo a lo establecido en el artículo 6, al tener la CAIB competencia para el desarrollo normativo en materia de función pública, al fin pues el artículo 87-3, en su aplicación, nos remite a la normativa autonómica de desarrollo de la función pública. [...] Llegados a este punto debemos recordar que la Jurisprudencia ya ha resuelto que el complemento de altos cargos previsto en el artículo 33 de la ley 31/1990 no tiene carácter básico. [...]

Ese complemento tiene exclusivamente unos efectos económicos, o sea, establece una compensación económica a aquellos funcionarios que, bajo determinadas condiciones, hubieren desempeñado altos cargos en la Administración, pero no modifica su grado personal, ni supone para aquéllos ninguna promoción profesional, de forma que su grado personal, seguirá siendo el que tuvieran consolidado, y el complemento de destino que les corresponde será aquel acorde al grado consolidado aunque mejorado en la diferencia hasta el nivel 30.

Ese complemento no forma parte del núcleo esencial del régimen estatutario de los funcionarios, que lo forman las retribuciones básicas y las complementarias de general percepción por todos los funcionarios, y no lo es esa mejora el complemento de destino, que es el conocido como complemento nivel 33. Y porque no afecta al contenido del núcleo estatutario el legislador autonómico, en el desarrollo de su normativa, puede legítimamente y en el ejercicio de sus competencias, reconsiderar la decisión de mantener o no ese complemento de destino mejorado.

Así pues, al remitirnos el artículo 87-3 del EBEP a la normativa de desarrollo que la Comunidad Autónoma establezca, y no siendo el complemento cuestionado un complemento de los que integran las retribuciones básicas y complementarias de los funcionarios, cualquier argumento en torno a la inaplicabilidad de las leyes 12/2015 y 9/2016 que la parte recurrente y apelante sugiere, debe desestimarse.»

Comentari: davant un complement retributiu creat per Llei autonòmica, una altra norma de mateix rang i àmbit competencial pot suprimir-l’ho. Els límits estarien en la vulneració de preceptes constitucionals, que la Sentència comentada no adverteix perquè no hi ha tals drets adquirits constitucionalment reconeguts en el que es configura com una relació estatutària. O en la vulneració de normativa bàsica estatal, que la Sentència tampoc no adverteix perquè precisament la legislació

bàsica (EBEP) es remet a la normativa de desenvolupament de la Comunitat Autònoma en allò que afecta a la configuració d'aquesta retribució complementària.

4. SENTÈNCIA NÚM. 182/2018, DE 17 D'ABRIL. RECURS APEL·LACIÓ NÚM. 366/2017. PONENT: Sr. Delfont Maza. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL PER RETARD EN LA CONCESSIÓ DE LLICÈNCIA.

Resum dels fets: sol·licitada llicència d'obres per a la construcció d'habitatge unifamiliar, l'Ajuntament va comunicar que el projecte presentava deficiències en relació amb la planimetria del solar. Realitzades al·legacions pels sol·licitants i aportant informes acreditatius que no existien tals deficiències, l'Ajuntament va resoldre denegant la llicència tres anys més tard. Interposat recurs contenciós administratiu contra la denegació, en el mateix es va acordar la retroacció del procediment perquè l'Ajuntament realitzés les comprovacions pertinents. Realitzades les mateixes, l'Ajuntament reconeix, a la fi, haver utilitzat una cartografia errònia i, 8 anys més tard, es concedeix la llicència municipal. Els promotors presenten reclamació de responsabilitat patrimonial sol·licitant indemnització per retard en la concessió de la llicència.

Fonamentació jurídica: «En el curso del expediente existen documentos, planos, alegaciones y referencias de todo orden que demuestran que la discrepancia se podría haber resuelto si realmente se hubiera realizado una labor de averiguación e instrucción en los términos de valoración y contraste de la propia información que los interesados aportaban y que, en muchos casos era además, información oficial.

Desde nuestra consideración no puede admitirse en el plano jurídico que la instrucción del expediente dure cuatro años para acabar por donde se empezó y sin valoración de los documentos y pruebas aportados y que, en cómputo final, la respuesta al ciudadano se sitúe en el entorno de los ocho años.

Se trata de una organización del servicio público que excede de lo que es razonable esperar y, por tanto, genera unos daños que el interesado no tiene la obligación de soportar y sin valorar las molestias y la perseverancia —cuantificada en tiempo— que ha precisado para conseguir la licencia que, por otro lado, desde el principio se presenta como acorde con el Ordenamiento Jurídico.

En consideración a lo anterior cabe analizar si los daños reclamados son acordes con la efectividad del daño y directa consecuencia de la actuación de la Administración en este procedimiento. La respuesta es que, efectivamente, los ocho años suponen una pérdida de valor del inmueble que está cuantificada con Informe Pericial y de la que la Administración discrepa sin que la discrepancia sea más que una alegación sin prueba en contrario alguna. En punto a los intereses de las inversiones, parecen, igualmente, fundados en un esquema racional mínimamente admitido.

[...]

Al respecto hay que señalar que Ayuntamiento dispuso en su momento de información incontestable sobre el estado cartográfico y catastral del solar del caso al tiempo de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Palma. Pero se cometió el error de no proceder a actualizar la situación cartográfica del solar a su situación real. Y, arrastrado ese error, la actuación municipal en la tramitación de la licencia solicitada por los aquí apelados tampoco fue diligente.

[...]

Así, pues, la adecuación de la indemnización señalada en la sentencia a lo que al caso corresponde tampoco se ha desvirtuado, comprendiendo (i) la diferencia de valor de mercado del inmueble entre el 24 de octubre de 2005 y el 30 de octubre de 2012, que se acreditó que era de 370.000 euros, y (ii) el interés legal de las inversiones realizadas desde el 24 de octubre de 2005 hasta el 30 de octubre de 2012, que fueron de 137.899 euros, inmovilizados por no haber permitido el Ayuntamiento desarrollar el proyecto previsto.»

Comentari: no són freqüents les reclamacions de responsabilitat patrimonial derivades de la indeguda denegació de llicència o de la demora injustificada en la seva concessió, raó per la qual es comenta la del cas.

La primera anotació a realitzar és la inutilitat de la figura del silenci administratiu positiu com a títol habilitant per a l'execució de les obres. Per tant, enfront de l'eventual invocació de l'administració pública en el sentit que no hi ha cap responsabilitat patrimonial perquè davant la falta de resposta en termini, res no impedia al promotor entendre estimada presumptament la seva sol·licitud i iniciar les obres; ha de respondre's que aquesta exigència és desproporcionada i parteix de l'incompliment de l'Administració de la seva obligació de resoldre en termini. Per tant, un incompliment propi no pot constituir títol d'exoneració de responsabilitat, enfront del que és un dret del promotor: el fer ús (o no) de l'estimació presumpta.

La segona anotació ho és en relació amb la necessitat que la demora sigui injustificada. El que no succeeix quan la mateixa esdevé de deficiències del projecte o de qualque manera imputable al promotor, o del retard que provoquin les administracions que han d'evacuar informes concurrents. Encara que en aquest últim cas, la superació dels terminis obligui a la continuació de l'expedient, ha d'analitzar-se la seva rellevància en atenció al fet que el retard ha de ser «injustificat».

Finalment, i més casuística, és la determinació de l'import de la indemnització en el supòsit en què s'apreciï la responsabilitat. No existeixen regles precises i dependrà dels perjudicis que en cada cas hagi provocat el retard. És habitual invocar la diferència entre el valor del cost de construcció entre la data en què degué poder-se construir en termini, i la data en què finalment s'ha pogut construir (vegeu STSJIB núm. 315/2010, de 23 d'abril). A vegades es reclama per la devaluació del valor de l'immoble, en supòsits d'èpoques en què el mercat immobiliari és deflacionari, com en el cas comentat. Més freqüent és la petició d'interessos per les despeses assumides (taxes, impostos costos de projectes) i que no s'han pogut materialitzar fins a anys després.

Respecte a reclamació similar, vegeu Sentència núm. 167/2018, de 28 de març, en recurs d'apel·lació núm. 399/2017.

I en relació amb el supòsit de responsabilitat patrimonial per improcedent denegació de llicències urbanístiques, vegeu la STSJIB núm. 496/2018, de 24 d'octubre, en recurs d'apel·lació núm. 198/2018, en la qual es raona: «no es suficiente con que la decisión administrativa (denegación de licencia) se declare luego disconforme a derecho, sino que hace falta un plus de antijuridicidad. Ello se aprecia en las SsTS de 17.11.1989 y 23.11.1993, referidas a supuestos de anulación judicial de acuerdos denegatorios de licencias. La sentencia TS de 15.11.1989 exige que la decisión administrativa denegatoria de la licencia responda a supuesto de "carácter manifiesto de la torpeza del criterio mantenido por la Administración, y máxime en materia de licencias municipales, en que la tesis liberatoria de la responsabilidad patrimonial se impone de no concurrir una flagrante desatención normativa, situación que no se da en el supuesto que nos ocupa". En consecuencia, no toda denegación de licencia disconforme a derecho es susceptible de incurrir, automáticamente, en supuesto de responsabilidad patrimonial, sino que es preciso que la presencia de una "flagrante desatención normativa" (SsTS 13.04.1999 y 01.02.2000). En la misma línea la STS 27.12.2005.»

5. SENTÈNCIA NÚM. 296/2018, DE 5 DE JUNY. RECURS APEL·LACIÓ NÚM. 486/2017. PONENT: Sr. Delfont Maza. RESPONSABILITAT PATRIMONIAL. LESIONS PER CAVALLS A LES FESTES DE SANT JOAN, A CIUTADELLA DE MENORCA.

Resum dels fets: un particular va sofrir lesions en ser arrossegat per un cavall en les festes de Sant Joan de Ciutadella i concretament a les «Corregudes a Sa Plaça». La Sentència d'instància va desestimar el recurs enfront de la desestimació presumpta de la reclamació de responsabilitat patrimonial considerant que al cas li era aplicable de la doctrina del TS (sentències de 2 d'octubre de 2009 i de 7 de novembre de 2007) que exclouen la responsabilitat municipal en supòsits en què el lesionat, en lloc d'estar assegut en les graderies existents, per la seva pròpia voluntat estava situat en l'espai destinat al pas dels animals. La Sentència d'apel·lació conclou que sí que existeix responsabilitat patrimonial del municipi organitzador dels festejos.

Fonamentació jurídica: «En nuestro caso, es decir, el caso de la fiesta denominada “Corregudes a Sa Plaça”, no existe una específica instalación para preservar una separación entre espectadores e intervinientes en la fiesta. Los caballos no galopan sino que, con sus jinetes, pasean y, de cuando en cuando, espoleados por sus jinetes o por otros participantes en el festejo, los caballos se yerguen a dos patas. Los espectadores están o en los lados de las calles o en las casas del recorrido; y los intervinientes, que son los caballos con sus jinetes y quienes a los caballos se acercan para espolearlos, están también en las calles, pero en el centro de las calles. La fiesta no tiene sentido sin espectadores, tampoco existe para ellos una instalación específica y separada de los intervinientes y, en buena lógica, el Ayuntamiento de Ciutadella de Menorca, organizador de esa fiesta, debe responder de los daños que ocasione a los bienes y a los espectadores, [...]».

Comentari: la Sentència de la Sala no és particularment nova, perquè va en la línia d'altres similars per accidents ocorreguts en les mateixes festes de Sant Joan. Vegeu sentències núm. 331/2002, 882/2003, 538/2012 i 161/2013. La seva selecció per a aquests comentaris rau que realitza una acurada distinció dels supòsits en què l'Administració delimita amb tanques o graderies la zona de festa amb animals de la zona d'espectadors, respecte a aquelles altres festes en què aquesta delimitació no existeix. La Sentència rebutja el clàssic argument que invoquen les administracions

que organitzen les festes per excloure la seva responsabilitat: que el lesionat va participar voluntàriament de la festa coneixent els riscos.

6. *SENTÈNCIA NÚM. 456/2018, DE 28 DE SETEMBRE. RECURS NÚM. 367/2016. PONENT: Sra. Ortuño Rodríguez. FUNCIÓ PÚBLICA. RECLAMACIÓ DE COMPLEMENTES RETRIBUTIUS EN APLICACIÓ DEL PRINCIPI D'IGUALTAT.*

Resum dels fets: un funcionari, que percep els complements de destinació i específics assignats al seu lloc de treball, acredita que ve exercint de forma efectiva unes funcions idèntiques a les que realitza un altre funcionari de la mateixa unitat, que no obstant això té assignats al seu lloc de treball uns complements retributius de quantia superior. Es reclamen les diferències retributives.

Fonamentació jurídica: «Como viene estableciendo esta Sala de modo reiterado, el régimen retributivo de los funcionarios públicos, que tiene que ser justo, adecuado a su trabajo y digno, repercute sin duda en la relación de servicios.

Si la retribución del funcionario público no es apropiada, tampoco lo será el grado de su compromiso, con sensible reducción de su motivación y riesgo de disfunciones.

Como es natural, la determinación de qué es una retribución justa, apropiada y digna no es sencilla, pero, en todo caso, esa determinación, que en el caso de los funcionarios públicos es por Ley, bien que con algún elemento de negociación colectiva, difiere significativamente de la determinación en el sector privado, donde priman las leyes del mercado.

El presente contencioso versa sobre si en el ámbito de los derechos económicos de los empleados públicos y, en concreto, en lo referente a las retribuciones complementarias de los funcionarios públicos, tiene algún significado el principio constitucional de igualdad —artículo 23.2 de la Constitución—.

La cuestión se centra en qué ocurre en el caso de que un funcionario de la Administración del Estado (Policía Nacional, personal operativo policía) haya desempeñado de forma efectiva unas funciones idénticas a las que desempeña otro funcionario del mismo Cuerpo de la Administración del Estado que percibe una retribución superior, como los policías investigadores, en referencia al componente singular del complemento específico.

El componente singular del complemento específico retribuye las condiciones particulares o singulares de algunos puestos de trabajo, en atención a su especial dificultad técnica, responsabilidad, peligrosidad o penosidad, en las cuantías que, a propuesta del Ministerio del Interior, se autoricen conjuntamente por los Ministerios de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas a través de la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (artículo 4 del Real Decreto 950/2005 de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado).

Pues bien, ante todo, nos parece necesario recordar que la jurisprudencia acepta que el principio de igualdad opera a efectos de las retribuciones de los funcionarios públicos, pero siempre que, primero, se parta de que las funciones desarrolladas sean idénticas a las de aquel otro funcionario que se toma como punto o término de comparación; y, segundo, que esas funciones se lleven a cabo con sujeción a norma, es decir, de acuerdo en último extremo con las instrucciones y encomiendas recibidas del superior correspondiente.

En todo caso, si se prueba que las funciones son idénticas, es decir, si las funciones no son meramente similares y se desarrollan por sujeción a disposiciones normativas o encomiendas del superior correspondiente, en definitiva, el principio constitucional de igualdad determina que las retribuciones se igualen.

La identidad de trabajo, esto es, la igualdad de funciones tiene que suponer la igualación de retribuciones, y ello independientemente de que se ocupe formalmente un puesto de trabajo de nivel inferior.

La prueba de la identidad incumbe al funcionario, debiendo darse o cobertura normativa o un acto de encomienda de las funciones cuyo ejercicio se invoca.»

Comentari: cada vegada amb més freqüència la Sala coneix de reclamacions retributives com l'aquí analitzada, raó per la qual s'incorpora en aquesta crònica.

La premissa bàsica és que el funcionari que percep complements inferiors (els assignats al seu lloc i nivell) i pretén els d'un altre funcionari que els percep en quantitat superior ha d'acreditar que realitza idèntiques funcions que les d'aquest. No és suficient amb que realitzi algunes de tals funcions, sinó que és necessari acreditar que en realitat exerceix materialment un altre lloc que no és el seu mitjançant el real exercici de la totalitat de les funcions de l'altre o dels seus continguts essencials o substantius.

Aquesta doctrina jurisprudencial (per totes, STS de 17 de desembre de 2009, ROJ: STS 7833/2009) ha pretès corregir-se mitjançant les successives lleis de pressupostos generals de l'Estat. Vegeu l'art. 23 de la Llei 48/2015, de 29 d'octubre,

de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2016, o preceptes d'idèntica redacció en les anteriors i successives lleis pressupostàries. Aquestes normes venen a establir que «Las retribuciones que en concepto de complemento de destino y complemento específico perciban los funcionarios públicos serán, en todo caso, las correspondientes al puesto de trabajo que ocupen en virtud de los procedimientos de provisión previstos en la normativa vigente, sin que las tareas concretas que se realicen puedan amparar que se incumpla lo anterior [...]». Malgrat això, la STS núm. 52/2018, de 18 de gener (rec. 874/2018) ha interpretat que tals preceptes no alteren el criteri jurisprudencial doncs «la realización de tareas concretas, se supone que de otro puesto mejor retribuido, no es el presupuesto a partir del que se ha formado la jurisprudencia de la que se viene hablando. El dato que ha considerado es, en realidad, el ejercicio material de otro puesto en su totalidad o en sus contenidos esenciales o sustantivos —es la identidad sustancial la relevante— pero a eso no se refiere la norma presupuestaria porque tal desempeño es algo diferente a llevar a cabo tareas concretas. Así, pues, mientras que ningún reproche parece suscitar que un ejercicio puntual de funciones de otro puesto no comporte el derecho a percibir las retribuciones complementarias de este último, tal como dicen esos artículos, solución diferente ha de darse cuando del ejercicio continuado de las funciones esenciales de ese ulterior puesto se trata. Mientras que el primero no suscita dudas de que cae bajo las previsiones de los preceptos presupuestarios, el segundo caso, contemplado desde el prisma de la igualdad, conduce al reconocimiento del derecho del funcionario en cuestión a las retribuciones complementarias del puesto que ejerce verdaderamente con el consentimiento de la Administración».

La disfunció que origina tals reclamacions prové d'una indeguda disposició dels recursos humans al servei de l'Administració, de manera que aquesta troba dificultats perquè cada funcionari assumeixi exclusivament les funcions pròpies del seu lloc segons la planificació que es deriva de les relacions de llocs de treball. Aquesta planificació prèvia preveu que cada unitat administrativa compti amb llocs de treball diferents amb funcions diferents i, en conseqüència, amb complements retributius diferents. No obstant això, en la pràctica, aquestes previsions teòriques no es compleixen i raons d'eficàcia organitzativa, generalment imposades per les prefectures de les unitats, fan que funcionaris realitzin tasques que no són les seves i que llocs de treball amb el mateix contingut funcional real, tinguin assignats complements diferents. En definitiva, tota la problemàtica sorgeix perquè l'Administració —amb més freqüència l'estatal— no és capaç d'aconseguir que la distribució de tasques diferents entre els distints funcionaris que ocupen diferents

llocs en la mateixa unitat, previstes en les RPT o instruments d'assignació de funcions, sigui real.

En principi, el reconeixement retributiu hauria de limitar-se als complements de destinació i específic, però mai al de productivitat. Complement de caràcter subjectiu i vinculat a l'especial rendiment, l'activitat extraordinària i l'interès o iniciativa amb el qual el funcionari exerceixi el seu treball. Malgrat això, en una altra manifestació de la disfunció administrativa, no són estranys els supòsits en què l'Administració assigna aquest complement en referència al nivell del lloc de treball. Raó per la qual el reconeixement a la percepció de les diferències retributives en aplicació del principi d'igualtat podria estendre's a aquest complement.

VI. Laboral**A. Tribunal Suprem**

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 765/2018, DE 17 DE JULIOL, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE DOCTRINA. Ponent: Sra. Arastey Sahun. SUCESSIÓ DE SERVEIS PÚBLICS. ES PRODUEIX SI L'ADMINISTRACIÓ PÚBLICA ASSOLEIX ELS SERVEIS QUE HAVIA EXTERNALITZAT AMB EL SEU MATEIX PERSONAL I AMB ELS MITJANS RELLEVANTS QUE PRÈVIAMENT HAVIA POSAT A DISPOSICIÓ DE L'ADJUDICATARI.

Resum dels fets: les demandants, nou en total, treballaven en el servei de cuina i menjador que el Ministeri de Defensa tenia contractat per a l'alimentació del personal d'una base militar i dos aquarteraments. Hi havia servei de cuina en dos dels establiments militars i el tercer es servia de la cuina ja preparada dels altres dos. L'empresa adjudicatària comprava el producte, el cuinava i el posava a taula fent servir els locals, mobiliari i estris dels centres militars, mitjançant un preu cert. Figuraven repetides contractacions, essent la darrera d'elles la convinguda formalment en data 1 de gener de 2015, amb terminació el 12 de desembre del mateix any 2015. Arribada la data de terminació de l'adjudicació formulària, el Ministeri de Defensa dona per extingida la contracta de prestació de serveis i posa en marxa el seu propi servei, que passa a desplegar el personal de tropa i marineria de l'exèrcit i també —en part— personal civil no funcionari del Ministeri de Defensa. Així les coses, l'adjudicatari desposseït adreça carta formal a les treballadores donant a entendre que, finalitzada la seva obligació, s'han de posar a disposició de l'Administració militar, que les rebutja. Es planteja demanda per acomiadament sense causa en contra del Ministeri de Defensa, que prospera en instància i també en Suplicació, amb lleugeres mutacions de la declaració de Provats, no rellevants per a una revocació. L'advocat de l'Estat, representant el Ministeri de Defensa, interposa recurs de cassació per a unificació de doctrina, que confirma la bona doctrina de la Sentència de suplicació.

Fonamentació jurídica: «SEGUNDO. [...] 2. [...] B) Es también jurisprudencia reiterada que el hecho de que una Administración recupere la prestación del servicio, anteriormente externalizado —bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista, o bien con

ambos elementos— determina que, normalmente, estemos ante un supuesto de transmisión de empresa que está situado en el ámbito de aplicación del art. 44 ET.

C) El dato de que las infraestructuras o los medios materiales pertenezcan a la Administración que descentraliza, y los hubiera entregado a la empresa contratista para que llevara a cabo la actividad o el servicio encomendado, no impide que pueda apreciarse una sucesión empresarial incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva. Así se pone de relieve en la STJUE de 26 de noviembre de 2015, Aira Pascual, C-509/2014, que resuelve una cuestión prejudicial planteada igualmente por un órgano judicial español. Para el Tribunal de Justicia de la Unión, no hay duda de la aplicación de la Directiva cuando en un supuesto de reversión de contrata la asunción de la actividad por parte de la Administración vaya acompañada de la transmisión de los elementos necesarios para desarrollar la actividad. Tales elementos han de ser entendidos en un sentido amplio, de manera que incluye los activos materiales, inmateriales o la clientela... Asimismo, resulta un elemento a tener en cuenta, para la afirmación de la existencia de sucesión, la analogía o similitud de la actividad desarrollada. Además, la circunstancia de que los elementos materiales asumidos por el nuevo empresario no pertenecieran a su antecesor, sino que simplemente fueran puestos a su disposición por la entidad contratante, no puede excluir la existencia de una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva.

TERCERO. 1. La aplicación de la doctrina expuesta debe conllevar la desestimación del presente recurso. Como se ha visto, estamos en presencia de una actividad, primeramente externalizada y después recuperada, que no se basa exclusiva o fundamentalmente en la mano de obra. Antes al contrario, para prestar el servicio encomendado hacían falta —en realidad, eran absolutamente imprescindibles— unas instalaciones que tuvieran un equipamiento importante y un utillaje adecuado, sin los cuales era imposible la realización del servicio encomendado.»

Comentari: la Directiva europea 2011/23 avala que en els casos de reversió de la prestació d'un servei públic adjudicat per contracta pública a un particular, i un cop extingida la contracta amb reversió de l'activitat a l'Administració pública, es produirà un supòsit de «successió d'empresa», tot i que l'empresari en tal cas sigui una administració pública que, com tots sabem, té capacitat per contractar en règim de subordinació a la normativa laboral. La regla general queda supeditada a l'efectiva transmissió d'una unitat productiva que conservi la seva autonomia i perfil diferenciat, és a dir a la concurrència del fenomen previst en l'actual art. 44.2 de l'Estatut dels treballadors, redactat en transposició de la Directiva 2011/23 [identidad

entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio]. La Sentència comentada es fa ressò de la doctrina vigent, sempre i quan la prestació del servei operi «[...] bien con los mismos trabajadores que tenía la empresa que prestaba el servicio, bien con las mismas instalaciones, maquinaria, infraestructura que las que utilizaba la empresa contratista». El més polèmic d'aquesta obligada subrogació es troba en la superació de l'aparent escull que representa l'actual redacció de l'art. 308.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic. La seva dicció literal escriu que «a la extinción de los contratos de servicios no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal». Com ha vist agudament Carlos Alfonso Mellado, la dicció literal no afecta a les prestacions, per exemple, del contracte «de concessió de serveis»; i a més a més, no hi ha autèntica contradicció amb la regulació de l'escalafó del personal laboral, definit per les corresponents relacions de lloc de treball, pel fet que el personal subrogat per la reversió del servei no queda incorporat al lloc i a la classe o taxonomia perfilada en aquelles relacions, sinó que accedirà en compliment de normativa laboral eminent, conjuminada i compatibilitzada amb les especialitats de la contractació pública, a una plaça supernumerària [a extingir, amb la pèrdua de la relació laboral individualitzada] en qualitat de treballador «indefinit no fix», lluny del concepte dogmàtic del que significa una consolidació de plaça. No podrà concursar, en una paraula, per a l'obtenció d'un lloc de treball distint, sinó que romandrà «petrificat» com a treballador de condició «indefinida no fixa».

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 842/2018, DE 18 DE SETEMBRE, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE DOCTRINA. Ponent: Sr. Sempere Navarro. RECÀRREC DE PRESTACIONS EN CONTRACTES I SUBCONTRACTES. L'EMPRESA PRINCIPAL POT RESULTAR RESPONSABLE (SOLIDÀRIA) DEL RECÀRREC DE PRESTACIONS (ARTICLE 164 LGSS) JUNTAMENT AMB L'EMPRESA AUXILIAR, TOT I QUE NO ES TRACTI DE CONTRACTA DE LA PRÒPIA ACTIVITAT.

Resum dels fets: la dinàmica d'un accident de treball: l'operari es trobava, en temps i lloc de treball, desenvolupant tasques pròpies de la seva categoria professional, damunt de la teulada de la nau industrial on es duien a terme tasques de reparació de la coberta. Havia accedit mitjançant una escala de mà estalonada a una

paret lateral, no fixada en la part superior ni superant el nivell d'alçada de la mateixa paret. Es trobava sol. Caminava sobre una placa de «fibrociment», moment en el qual —o bé per caiguda accidental de l'operari sobre la placa o per fer figa la coberta degut al desgast— la susdita placa fallí i el treballador va caure a un fals sostre i, d'aquí, a l'espai buit des de uns 7 metres d'alçada. Pel que interessa al debat que resol la Sala Quarta, la col·locació de planxes sobre la teulada preexistent constava de tres fases: una primera, de col·locació de tub de ferro de 40 x 40 mm en tota la coberta; a continuació, implantació de «llana de roca», i finalment, l'aplicació de les plaques. El procediment consistia en la col·locació del primer tub soldat als esperons de les bigues de ferro de l'estructura primària, i a partir del primer tub, anar situant la resta, realitzant el propi desplaçament pels canalons d'obra de 60 cm i per la teulada damunt de les bigues de ferro. Per a l'execució de les tasques exigides no existia cap mena de mesura preventiva, ni individual (no portava arnès) ni col·lectiva (xarxes d'emparar), ni existia en l'empresa contractista —ni en la subcontractista— pla de seguretat, ni avaluació dels riscos de l'activitat concreta que es desenvolupava. Tampoc no havia vigilància ni instruccions programades sobre la forma d'execució. Són fets determinants que l'empresa principal, contractant de la nova instal·lació o reparació, és una fàbrica de xocolata; que la contractista per col·locar les noves planxes era IMYS, la qual va subcontractar l'execució (s'entén que tota la nova col·locació, no un sector o una part diferenciada) a l'empresa CR. Apreciada la manca de mesures de seguretat i la procedència d'imposició de recàrrec sobre les prestacions de gran invalidesa, la qüestió es presenta així: quin grau de responsabilitat afecta el «xocolater» que encomana l'execució de l'obra al primer contractista? El Jutjat d'instància va considerar que no en tenia, pel fet de no dedicar-se a la «mateixa activitat» (la principal es dedica a l'alimentació, i què en sabrà de requisits de la construcció?), però la Sala de Suplicació, de Castella-Lleó, revoca la Sentència —en aquest aspecte— i declara la responsabilitat solidària. És denotada contradicció amb una sentència comparable dictada pel TSJ de Madrid. El TS passa a esbrinar —en primer lloc— que la contradicció és existent i, com a segona passa, a resoldre el conflicte doctrinal, més ben dit a no resoldre el conflicte doctrinal.

Fonamentació jurídica: «SEGUNDO. Análisis de la contradicción [...] 4. Existencia de la contradicción. A) A la vista de cuanto antecede, consideramos que concurre la suficiente similitud en aquellos datos relevantes para el problema suscitado. En todo caso, como sostiene el Informe del Ministerio Fiscal, la contradicción aparece "a fortiori": la sentencia referencial excluye la responsabilidad de la empresa principal a pesar de que en el proceso de contratación de las obras

aparecen muchas menos garantías y formalidades que las que acontecen en la sentencia requerida.

B) La sentencia de contraste, en efecto, sostiene que no procede la extensión de la responsabilidad en el recargo de prestaciones porque para eso es necesario que las tareas subcontratadas se refieran a la propia actividad. La sentencia recurrida considera que ello no es obstáculo y extiende la responsabilidad a la vista de los incumplimientos relatados en el hecho probado octavo.

[...]

TERCERO. [...] F) Recapitulación. El estudio de la doctrina expuesta (reiterada en otras muchas sentencias) permite extraer algunas conclusiones útiles para la resolución del recurso:

La encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa genera específicos y reforzados deberes de seguridad laboral, pero no comporta un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas.

La encomienda de tareas correspondientes a actividad ajena a la propia es un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal.

La empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad.

En todo caso, lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

Descendiendo ya al caso que nos ocupa, es evidente que la doctrina acuñada por la sentencia de contraste colisiona con cuanto acabamos de exponer. Que las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad no comporta la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones, como en ella se afirma.

También debe considerarse errónea la doctrina extensiva de la responsabilidad por el recargo de prestaciones al empresario principal en todo caso, incondicionalmente y sin apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables.

La sentencia recurrida, por tanto, no contiene doctrina que debamos corregir pues está en sintonía con la expuesta posibilidad de extender al empresario principal la

responsabilidad por el recargo de prestaciones aunque las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad, pero a condición de que concurren incumplimientos determinantes del accidente acaecido.

CUARTO. Resolución. Por cuanto hemos expuesto, el recurso no puede prosperar pues ha tomado como referencial una sentencia que alberga doctrina opuesta a la que venimos considerando acertada y que ahora debemos reiterar.

Dados los términos en que está planteado el recurso, no podemos entrar a examinar si concurre el resto de presupuestos que la imposición del recargo de prestaciones (existencia de infracciones directamente imputables al empresario principal, nexo de causalidad entre las mismas y el accidente, papel que juegan las previsiones específicas del sector de la construcción en el caso del promotor, etc.).

El Ministerio Fiscal advierte que las omisiones de medidas de seguridad constatadas que pudieran determinar la producción del accidente sufrido por el trabajador solo son achacables a la empresa contratada y a la posteriormente subcontratada. Se trata de una argumentación cuyo acierto no podemos examinar porque, como acabamos de advertir, el planteamiento del recurso se centra exclusivamente en la cuestión atinente a la propia actividad de las mercantiles; es más, si el recurso hubiera abordado esas cuestiones tampoco podríamos estudiarlas por la ausencia de una sentencia de contraste donde se sostuviera que la empresa principal está sujeta a las obligaciones de seguridad que la sentencia recurrida le atribuye; tampoco se aporta una sentencia donde se aborde la existencia de incumplimientos empresariales no atribuibles directamente a la empresa principal. Todas esas cuestiones carecen de sentencia invocada a efectos de contraste y quedan al margen del debate actual. Lo contrario supondría no solo obviar el más característico presupuesto del recurso de casación unificadora (precisamente en materia, como queda expuesto, donde resulta difícil su concurrencia) sino también construir el recurso, desequilibrando el proceso y vulnerando elementales garantías procesales de todo orden.

Comentari: el comentarista ha seleccionat aquesta Sentència, i l'ha reproduïda amb molta extensió —que era necessària per copsar el sentit de la present glosa—, per tal de reflexionar sobre els perills i esculls del recurs extraordinari de cassació per a la unificació de doctrina. Amb una interpretació tan escolàstica com aquesta sobre la concurrència dels requisits imprescindibles per entrar en la cognició del fons, el recurs

es converteix en un parany perfecte per decidir que la «culpa» de la inactivitat de fons del TS radica en la insuficiència o incompetència del plantejament de la contradicció, de l'advocat proponent en definitiva. Tant de rigor formal pot convertir en una aventura extrema la possibilitat de presentar una sentència «referencial» adequada —recordi's: només una sentència referencial per a cada objecte del debat perfilat i singularitzat, requisit maxiformalista que la Sala Quarta va implantar amb un suport legal que la llei no diu—, i això extrema la dificultat fins a tal punt que pot resultar impossible acomodar un raonament útil sobre la base de l'«única sentència pertinent». Tornem a l'argument d'inadmissió: si el comentarista sap llegir, la Secció palesa que la doctrina del Tribunal Suprem és proteica, confusa i magmàtica [(F) Recapitulación]. Tenim doncs una necessitat real de cara a la seguretat jurídica d'obtenir un cànon d'interpretació fiable. La Sentència, construïda sobre el reconeixement inicial que existeix la contradicció, no censura la resolució del Tribunal de Suplicació en forma inequívoca, però apunta que la «inclusió» de l'àmbit de responsabilitat de l'empresari principal (aquí, el «xocolater») podria no ser una responsabilitat *in genere* (pel sol fet de confiar un treball no inherent a la seva mateixa activitat a un contractista «d'obra»), sinó una responsabilitat que s'extreu i es pot inferir de la «existència de infraccions directament imputables al empresario principal, nexo de causalidad entre las mismas y el accidente, papel que juegan las previsiones específicas del sector de la construcción en el caso del promotor, etc.» En qualsevol cas, queda fora de combat la tesi de la Sentència «referencial» de contrast. («Descendiendo ya al caso que nos ocupa, es evidente que la doctrina acuñada por la sentencia de contraste colisiona con cuanto acabamos de exponer»). Emperò el que no queda clar en absolut és el contingut real dels controls exigents que el TS decantaria cap a l'empresa principal (el «xocolater»), uns controls exigents que —no per la seva posició abstracta d'empresari «conferent» de l'execució, sinó per la seva posició concreta de «conferent» que no observa determinats controls— li encomanen una responsabilitat que el «xocolater» ni somniava. És que l'empresari principal, que es dedica a «altra activitat», hauria de censar i verificar l'existència d'un pla de seguretat inherent a l'empresa constructora, contractista? És que l'empresari principal, que es dedica a «a altra activitat», hauria de vigilar que els obrers de l'empresa contractista disposin dels obligats «estris de protecció individual» (EPI)? És que l'empresari principal hauria de vigilar una efectiva presència de xarxes «antigaiguda»? És que l'empresari principal, el «xocolater» està obligat a pujar cada dia a les bastides que disposa el contractista per verificar que les escales de mà es troben degudament aferrades?

Aquest plantejament, vital per al nostre «xocolater» que no concebia una responsabilitat per aquestes omissions, és el que tenia l'oportunitat de clarificar el Tribunal Suprem. La defensa del recurrent racionalment havia satisfet el concepte, tot al·legant que la producció de la xocolata no guarda lògica amb l'exigència d'aquesta mena de compromís d'actuació, i això ho havia «condensat» en una fórmula —un enunciat— que lògicament vol «representar» aquesta «alienitat» de compromís, de responsabilitat: es tracta d'un empresari «d'una altra activitat», i en definitiva les seves competències no el preparen per assolir aquella mena de precaucions, que seran en tot cas típiques i «responsables» del contractista d'obra. Però la interpretació formalista dels requisits del recurs de cassació per a unificació de doctrina, l'ha arronsat: «Dados los términos en que está planteado el recurso, no podemos entrar a examinar si concurre el resto de presupuestos que la imposición del recargo de prestaciones (existencia de infracciones directamente imputables al empresario principal, nexo de causalidad entre las mismas y el accidente, papel que juegan las previsiones específicas del sector de la construcción en el caso del promotor, etc.)». És a dir, ens priven de saber allò que estem obligats a saber, però que el TS declina pronunciar. Fins i tot quan —com reconeix la Sentència— el Ministeri Fiscal ha centrat perfectament l'essència del debat de fons: «El Ministerio Fiscal advierte que las omisiones de medidas de seguridad constatadas que pudieran determinar la producción del accidente sufrido por el trabajador sólo son achacables a la empresa contratada y a la posteriormente subcontratada. Se trata de una argumentación cuyo acierto no podemos examinar porque, como acabamos de advertir, el planteamiento del recurso se centra exclusivamente en la cuestión atinente a la propia actividad de las mercantiles; es más, si el recurso hubiera abordado esas cuestiones tampoco podríamos estudiarlas por la ausencia de una sentencia de contraste donde se sostuviera que la empresa principal está sujeta a las obligaciones de seguridad que la sentencia recurrida le atribuye; tampoco se aporta una sentencia donde se aborde la existencia de incumplimientos empresariales no atribuibles directamente a la empresa principal. Todas esas cuestiones carecen de sentencia invocada a efectos de contraste y quedan al margen del debate actual.»

Molt bé, d'acord. Però ens seguirem preguntant, quins seran, avís per a navegants, en exposició canònica, clarificadora, unificadora, aquests famosos «incompliments empresarials "atribuïbles directament" a l'empresa principal». Misteri.

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 520/2018, DE 3 DE DESEMBRE, DICTADA EN EL RECURS DE SUPPLICACIÓ NÚM. 566/2017. Ponent: Sr. Oliver Reus. RESOLUCIÓ ADMINISTRATIVA EN MATÈRIA DE SUBSIDI PER ATUR. ATORGAMENT DEL SUBSIDI PER RESOLUCIÓ FERMA. POSSIBILITAT DE L'ACCIÓ DE REVISIÓ, EN DEMANDA DE DEVOLUCIÓ DELS SUBSIDIS, MITJANÇANT DEMANDA JUDICIAL DEL SERVEI PÚBLIC FONAMENTADA EN EL MATEIX ERROR DE L'ENTITAT NO IMPUTAT NI ATRIBUÏT A CONDUCTA DEL BENEFICIARI. CANVI JURISPRUDENCIAL: NO ÉS PROCEDENT LA DEMANDA DEL SERVEI PÚBLIC, MALGRAT LA FACULTAT LEGAL RECONEGUDA AL SERVEI PÚBLIC. MODULACIÓ INTRODUÏDA PER LA JUSTÍCIA EUROPEA DE LA LEGISLACIÓ NACIONAL, PER RAONS D'INJUSTÍCIA INTRÍNSECA, PEL FET D'APRECIAR CÀRREGA EXCESSIVA SOBRE L'ADMINISTRAT I EL SEU ESTAT DE NECESSITAT QUAN ES TRACTA DE PERCEPCIÓ LIGADA A RENTA DE SUPERVIVÈNCIA DEL PERCEPTOR. REFORMULACIÓ DE LA JURISPRUDÈNCIA INTERNA.

Resum dels fets: el demandant, havent cotitzat per la contingència d'atur al llarg de la seva vida laboral un total de 1.409 dies (també consta ampla cotització en el Règim especial de treballadors autònoms, la qual cosa explicarà el reconeixement posterior d'una pensió de jubilació), havia obtingut sense entrebancs diverses quantitats reconegudes com a subsidi (no contributiu) d'atur a càrrec del Servei d'Ocupació, SEPE. Posteriorment, arribada l'edat regular de jubilació demanà la jubilació voluntària que li fou reconeguda per l'INSS amb una base reguladora de 572,13 €. Al mateix temps que reconeix la situació de jubilació, l'INSS «se n'adona» que el reconeixement dels períodes de subsidi no procediria legalment, de manera que detecta un «reconeixement indegut», sense culpa del peticionari, i en exercici de les seves competències «indica» al SEPE que seria pertinent «retrotreure» els subsidis abonats anys enrere i descomptar-los de la pensió de jubilació reconeguda. No havien passat quatre anys encara. D'aquesta manera, el mateix SEPE, que no estava dotat per recuperar els abonaments per propi imperi (únicament li cal aquest camí si no ha transcorregut un any), formula demanda judicial en contra del perceptor antic, per tal de «recuperar» els subsidis que —ara no s'entra en aquesta discussió— des del punt de vista reglamentari no procedia reconèixer

llavors. La demanda del SEPE prospera en primera instància. Formulats recurs de suplicació, la Sala Social del TSJ revoca la Sentència i declara la intangibilitat dels subsidis abonats adés. Ho estima així pel fet que havia transcorregut el termini de prescripció, amb argumentació tècnica. El més interessant, emperò, és que apunta un intens canvi jurisprudencial motivat per una recent sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans. Un cop, els anomenats «grans relats» salven les injustícies materials d'una regulació interna abassegadora amb l'excusa de l'«interès públic».

Fonamentació jurídica: «PRIMERO. [...] Es cierto que el artículo 45.3 LGSS, actual artículo 55.3 LGSS, establece que la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribe *a los cuatro años, contados a partir de la fecha de su cobro o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la entidad gestora.*

[...] de lo que se trata es de resolver si la acción de revisión ejercitada por la entidad gestora al amparo de lo establecido en el artículo 146 LRJS es o no atendible.

En la sentencia recurrida se da una respuesta afirmativa a esta pregunta al entender que aunque la acción de revisión se ejercitó transcurrido el plazo de cuatro años establecido en el artículo 146 LRJS desde la fecha en que se dictó la resolución reconociendo el subsidio de mayores de 52 años, el plazo de prescripción se vendría a interrumpir cada 12 meses con ocasión de la presentación por parte del beneficiario de la declaración de rentas.

La Sala no puede aceptar esta argumentación porque lo que se postulaba en la demanda no era la anulación de ninguna resolución administrativa en la que se prorrogase, se mantuviese o se reanudase el derecho [...].

Además, ni en el artículo 275.5 LGSS (anterior art. 219.5 LGSS), ni en ninguna otra norma se establece que el subsidio de desempleo para mayores de 52 años deba reconocerse anualmente. Antes al contrario, una vez reconocido el derecho al subsidio no es necesario dictar nuevas resoluciones de prórroga o reconocimiento [...].

En el presente caso, no sólo transcurrió el plazo de prescripción para la acción ejercitada sino que esta contraviene el derecho fundamental a la propiedad. Así lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 28 de abril de 2018 (caso De Cakarevic v. Croacia) resolviendo un supuesto muy similar al que ahora se somete a la consideración de esta Sala. Además, se trata de una acción cuyo ejercicio parece contrario a las reglas de la equidad, pues el error de

la propia entidad gestora se hace recaer sobre el trabajador recurrente colocándolo en la tesitura de tener que ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial ante la jurisdicción contencioso administrativa, asumiendo los costes de dicha acción a la vez que reintegra la nada desdeñable cantidad de 20.803 € una vez alcanzada la edad de jubilación y por tanto, teniendo muy mermada su capacidad de ganancia. [...].»

Comentari: era doctrina tradicional del Tribunal Suprem, Sala Quarta, que el reintegrament de prestacions que s'haguessin atorgat prescindit d'un manament legal impeditiu, presentava dues vessants: a) culpa del beneficiari, en el qual cas venia obligat al reintegrament; b) error de l'entitat gestora, sense intervenció del beneficiari: quedava restringida la devolució al tres darrers mesos percebuts. Aquesta doctrina, salomònica i equitativa com evidencia la més elemental noció de la justícia material, fou literalment atropellada per iniciativa del Govern del 1997 amb la inserció a una llei «autobús» (Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social) d'un nou paràgraf afegit a l'art. 45 de la LGSS vigent aleshores, tot obligant a l'íntegre reintegrament de les prestacions indegudes, «con independència de la causa que originó la percepció». Els magistrats de la Sala Quarta del Tribunal Suprem es queixaren *sotto voce* de la intromissió dels altres poders de l'Estat, però passaren a aplicar la nova legalitat (vegi's, per exemple, Sentència 7609, de 21 de setembre de 2011, ponent Excm. Sr. Fernando Salinas Molina). *E la nave va...* prosseguint una legalitat espantosament injusta. La nostra Sala Social del TSJIB es fa ressó de la Sentència de 26 d'abril de 2018, dictada pel Tribunal Europeu de Drets Humans, que repugna una extorsió tan òbvia, com atemptatòria al dret a la propietat (el nostre art. 33 CE) i a la situació de desvaliment dels perceptors de prestacions definides per elemental pobresa del ciutadà beneficiari (cas Cakarevic contra Croatia). Caldrà romandre atent si la nova doctrina s'aplica igualment a persones que no presentin un perfil de pobresa tan accentuat, però en principi si el fonament rau en el respecte al dret a no ser privat dels béns adquirits sense un procediment legal que suposi una indemnització en sí mateix (l'art. 33.2 CE: tècnicament una expropiació), tot indica que la doctrina europea serà aplicable a tothom, per ben posicionat que estigui econòmicament, redreçant el postulat bíblic: «al que té poc, se li prendrà el poc que tenguí, i al que molt té, molt més se li darà, i tindrà de sobres» (Mateu, 30.12). La Sala de Suplicació, novedosa, il·lustra la seva decisió amb una referència a l'equitat, encara que no es descansa exclusivament en ella (art. 3.2 Cc), sinó a beaces amb la doctrina del TEDH, que no puc comentar amb la deguda extensió.

2. SENTÈNCIA DE 7 DE JUNY DE 2018, DICTADA EN EL RECURS DE SUPPLICACIÓ NÚM. 91/2018. Ponent: Sr. Martín Martín. ACOMIADAMENT DISCIPLINARI. IMPROCEDÈNCIA. APLICACIÓ DE LA «DOCTRINA GRADUALISTA» DE LA RESPONSABILITAT INDIVIDUAL EN MATÈRIA D'INCOMPLIMENT GREU I CULPABLE SEGONS LA TIPOLOGIA DE LES CAUSES DE COMIAT FONAMENTAT EN LA POTESTAT DISCIPLINÀRIA DE L'EMPRESARI.

Resum dels fets: la demandant, amb una antiguitat a una empresa de restauració que data de l'any 2006, i per consegüent amb nou anys de servei en el moment que fou acomiadada, va rebre carta extintiva de la relació, fonamentada en comiat de caràcter disciplinari, per la qual se li imputava la sostracció quotidiana d'aliments, que l'empresa qualifica com un incompliment greu i culpable, detectat no solament per la delació d'un company de treball, ans també pel registre de les càmeres de gravació en vídeo. Diu també la carta extintiva que el V Acord d'àmbit estatal per al sector d'Hostaleria qualifica com una falta molt greu, art. 40.4, «el robatori, furt o malversació comesos en l'àmbit de l'empresa». Presentada demanda jurisdiccional, el Jutjat Social desestima la demanda i corrobora el criteri patronal. Presentat recurs de suplicació, la Sala Social del TSJ estima la pretensió de la demandant, accepta i assoleix la seva argumentació del recurs i declara la improcedència, tot afegint que el conveni col·lectiu contempla, per als fets acreditats que ara veurem, la possibilitat d'imposar una sanció d'indubtable severitat com pot ser la suspensió d'ocupació i de sou fins a seixanta dies.

Fonamentació jurídica: «CUARTO. [...] A juicio de la Sala, es incuestionable que los hechos imputados a la trabajadora, hechos acreditados, son merecedores de sanción disciplinaria. La cuestión estriba en determinar, que es lo que se plantea en el recurso, si la sanción máxima impuesta por la empresa es proporcionada a la entidad de los hechos cometidos por la trabajadora, máxime teniendo en cuenta que el art. 36 del V Acuerdo de Ámbito Estatal para el sector de hostelería establece que "Toda falta cometida por un trabajadora o una trabajadora se calificará como leve, grave o muy grave, atendiendo a su importancia, trascendencia o intencionalidad, así como al factor humano del trabajador o trabajadora, las circunstancias concurrentes y la realidad social".

[...]

(La) teoría gradualista es aplicable en toda sanción (TS 19-7-10, recurso 2643/09, 18-12-07, recurso 4301/06 ó 26-12-07, recurso 302/07). Y su justificación es que el ejercicio del derecho sancionador se encuadra dentro de las facultades empresariales, art. 20 ET, al ser el empresario, aunque de forma indiscriminada, el que ordena y configura la relación laboral.

[...]

En el caso que nos ocupa, la trabajadora despedida venía prestando servicios por cuenta de la empresa con una antigüedad de 18 de octubre de 2006, no constando que hubiera sido sancionada disciplinariamente con anterioridad. Los trabajadores, y así consta como probado en la sentencia recurrida, tienen la opción de comer en el Restaurante antes de iniciar su turno y pueden también llevarse productos de alimentación a su domicilio, ya estén crudos o cocinados solicitando previamente autorización al Encargado. Por lo tanto, la trabajadora hubiera podido bien consumir en el Restaurante los productos alimenticios que se llevó, bien incluso llevárselos a su domicilio después de haber solicitado previamente y recibido la pertinente autorización del Encargado [...].

Por lo tanto, teniendo en cuenta el tenor del art. 36 del convenio colectivo de aplicación, la teoría gradualista expuesta y las circunstancias concurrentes enumeradas anteriormente, a juicio de la Sala, la empresa demandada sancionó con excesiva severidad a la trabajadora demandante [...].».

Comentari: la Sentència es comenta tota sola. El que creiem important és que, fins a hores d'ara, la teoria «gradualista» en l'aplicació del dret sancionador patronal no havia estat expressament recollida, quan havia estat freqüentment sol·licitada com a suport argumental per altres sales de Justícia de les comunitats autònomes. Benvingut sia.

rjib 17

ACTIVITAT REGISTRAL
Resolucions de la Direcció General
dels Registres i del Notariat
(gener 2018-desembre 2018)

Antoni Canals Prats
Registrador de la Propietat

1. RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2018: DONACIÓN A TERCERO DE LA FACULTAD DE DISPONER.

Resumen de los hechos: mediante escritura de 18 de octubre de 2017, una hija dona a su padre la facultad de disponer sobre dos fincas registrales sitas en el término de Albacete, expresándose además que el presente otorgamiento lo es al amparo del art. 1255 del Código Civil (CC), configurándose un derecho real atípico, con sus características inherentes de inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión, de conformidad con el art. 2.2 de la Ley Hipotecaria y el art. 7 del Reglamento Hipotecario, y en cumplimiento del principio registral de determinación, siendo además renunciable; inalienable ni por acto *inter vivos* ni *mortis causa* de manera que al fallecer el titular se extinguirá y consolidará a favor de la constituyente e inembargable y personalísimo.

Además el titular del dominio, para poder otorgar cualquier acto dispositivo sobre las fincas en cuestión, habrá de contar con el consentimiento expreso de su padre como titular de la facultad dispositiva, y por ende éste habrá de contar con aquella para la realización de cualquier acto de la misma naturaleza.

Presentada dicha escritura al Registro se suspendió, porque la donación objeto de la presente escritura no comprende ningún derecho subjetivo, sino sólo una facultad jurídica —la de disposición— que por sí misma no puede ser objeto de transmisión.

Fundamentación jurídica: es doctrina de esta Dirección General, que con base al criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de trascendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio o inherentes a derechos reales (cfr. art. 2.2 de la Ley Hipotecaria y art. 7 del Reglamento para su ejecución), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. art. 647 CC y arts. 11, 23 y 37 de la Ley Hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales, que son imperativas del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la transcendencia *erga omnes* de los mismos, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de

los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad de tráfico,... (cfr. Resoluciones de 5 de junio, de 23 y de 26 octubre de 1987 y de 4 de marzo de 1993, entre otras).

Por la elasticidad del dominio y su carácter abstracto cabe, en principio, que una de las facultades dominicales, cual es la dispositiva, sea objeto de disgregación y de la configuración propia de los derechos reales, si se cumplen los requisitos estructurales de los mismos. Prueba de ello es la existencia de figuras, como la del usufructo con facultad de disponer o la de la donación con reserva de la facultad dispositiva del art. 639 CC. Precisamente, si en este último caso puede desmembrarse el dominio por vía de *deductio* (aunque para algunos autores, también en este último caso, lo que se reserva el donante es un derecho real independiente que nace de lo pactado en la donación), no debe existir obstáculo para que el mismo resultado se produzca por vía de *traslatio*, como ocurre con otras facultades dominicales como es la de disfrutar y gozar la cosa *erga omnes*.

En la escritura presentada, es objeto de donación no una mera facultad sino un verdadero derecho subjetivo, de los denominados potestativos o de modificación jurídica, que atribuye al donatario el pleno poder de disposición con efectos sobre bienes ajenos, pertenecientes a los donantes.

Además cumple con los límites estructurales de todo derecho real, la inmediatividad, absolutividad, reipersecutoriedad, preferencia y exclusión, conforme al art. 2 de la Ley Hipotecaria y al art. 7 del Reglamento para su ejecución, en tanto en cuanto cualquiera que sea el propietario de las fincas referidas podrá el donatario del *ius disponendi* ejercitarlo.

El hecho que se configure como un derecho inalienable y personalísimo no impide su consideración como derecho real, como acontece con los derechos de uso y habitación o ciertas servidumbres personales. Además, al extinguirse tal derecho y consolidarse con el de los donantes por fallecimiento del donatario, la desmembración del dominio no es perpetua.

Tampoco puede negarse que tal configuración de la facultad de disposición como derecho *in re aliena* tenga una justificación, la llamada «razón guiada» a la que se refería las Partidas respecto de las prohibiciones de disponer. El hecho de que pueda coincidir en parte con los efectos propios de la prohibición de disponer no impide que, con base en la autonomía de la voluntad, sus propietarias puedan alcanzar estos objetivos parcialmente coincidentes no mediante una limitación sin desintegración del dominio —como sucede en las prohibiciones de disponer— sino mediante esta modificación del dominio con disociación del mismo en cuanto al *ius disponendi*.

Por último, el hecho de que para realizar el acto dispositivo deba contar el titular de la facultad de disponer con el consentimiento de las propietarias no es incompatible con el carácter real del derecho pues las constituyentes no quedarían como únicas afectadas y favorecidas por el gravamen (*neminis res sua servit iure servitutis*). Si puede donarse el *ius disponendi* de modo que el donatario tenga disponibilidad plena del bien a que se refiere, ningún obstáculo existe para que el derecho donado se configure como poder de disposición limitado, por ejemplo para el caso de que concurra alguna circunstancia concreta o por la necesidad de que también concurra el consentimiento de otra persona, como los donantes en este caso.

Comentario: en la presente Resolución se trata la donación otorgada por tres hijas a su padre de sólo la facultad dispositiva sobre dos fincas de su propiedad. El estudio de este caso debe relacionarse con la figura más cercana de la donación con reserva de la facultad de disposición prevista en el art. 639 CC.

1. Antecedentes históricos: el Derecho consuetudinario francés acuñó la máxima «donner et retenir ne vaut», que siguió fielmente el Código Civil francés en su art. 946. En él se dispone, teniendo en cuenta que la donación no puede depender de una condición potestativa del donante, que en caso de que éste se reserve la libertad de disponer del bien donado o una suma a cargo de él, si muere sin haber dispuesto, dicho bien o dicha suma pertenecerá a los herederos del donante, a pesar de cualesquiera cláusulas o estipulaciones en contrario. Su fundamento es la creencia de que para que la donación pueda existir debe ser irrevocable, y el derecho reservado no se entiende donado.

El Proyecto del Código Civil de 1851 se aparta de este criterio y reconoce la posibilidad de la reserva de la facultad de disponer en el art. 957, que pasa literalmente al art. 639 actual.

Se consideró que era una excepción a dos preceptos del mismo: al art. 640 del Proyecto que reconocía la transferencia irrevocablemente de la propiedad al donatario, pues con dicha reserva no se transfería irrevocablemente la propiedad al donatario; y al art. 979 (actualmente, art. 1256) porque la ejecución o el cumplimiento viene a depender de la sola voluntad del donador. Incluso podría suponer, para cierta doctrina, una excepción a la regla de la nulidad de la obligación bajo condición potestativa del deudor prevista en el art. 1115 CC.

2. Validez y admisibilidad: la cuestión que se plantea es si es válida la desmembración de la facultad dispositiva de forma autónoma, sin quedar inherente por lo menos a un derecho real limitado de goce o disfrute, fuera de los casos expresamente autorizados por la ley.

La facultad de disposición ordinaria es inherente a la titularidad de los derechos patrimoniales. Y siendo la titularidad la relación más intensa entre una persona y un derecho, la facultad de disposición ordinaria es plena y legitima todos los negocios de disposición como la enajenación, el gravamen y la renuncia.

Como señala FERRAN BADOSA, esta inherencia de la facultad de disposición a la titularidad del derecho se manifiesta en consecuencias: la facultad no es suprimible porque atentaría contra la misma titularidad; sólo es limitable por ley y por voluntad de las partes. En segundo lugar, la facultad se extingue con la extinción de la titularidad. Y, en tercer lugar, el ejercicio de la facultad de disposición ordinaria es una apariencia de ejercicio del propio derecho, por ejemplo, en caso de heredero aparente o en la herencia yacente como aceptación.

Esta inherencia supone que en principio no se puede desmembrar del derecho del que forma parte, porque confiere a su titular una libertad de operar sobre el derecho según las circunstancias que le sobrevienen. En caso contrario se encuentra «prisionero» del mismo sin poder liberarse total o parcialmente de él.

En este contexto se enmarca la inteligencia del art. 639 CC. En él sólo se autoriza para actos de pura liberalidad, como es la donación, a que el donante se reserve la facultad dispositiva, en atención a que circunstancias posteriores a la misma le aconsejen u obliguen a disponer y liquidar el derecho donado. Puesto que se desprendió del él de forma gratuita se permite no su recuperación en especie, lo que supondría una revocación libre, pero sí una especie de recuperación de su valor mediante su liquidación.

Fuera de este caso de desmembración de la facultad de disposición al derecho que le era inherente, no aparece ningún precepto o cobertura legal que lo permita. Así sucedió en el Code francés y también en el español, aunque con distinta solución técnica.

Así se manifiesta la doctrina (ALBADALEJO o Antonia NIETO), en el sentido que sólo el donante y donatario pueden acordar la reserva a favor del donante y no de terceros, ni siquiera de los herederos de aquél, ni siquiera por disposición expresa de aquél. De modo que se extingue a la muerte del

donante y desde entonces los bienes donados son definitivamente titularidad del donatario, libre del riesgo de que el donante disponga de ellos o de cualquier cantidad a su cargo.

La solución de esta Resolución, apelando al recurso técnico del principio de autonomía de la voluntad del art. 1255 CC, además de ser un argumento genérico, no parece aplicable a la figura de los derechos reales sino a las obligaciones y contratos en general, y puede chocar no sólo con la interpretación y evolución histórica antes vista sino con el criterio o principio de inherencia de la facultad de disposición al derecho y a su titularidad.

El recurso al principio reconocido de *numerus apertus* del sistema tampoco lo soluciona, pues antes de crear un derecho real nuevo o atípico es preciso estudiar sus posibilidades de desmembramiento del dominio. Viabilidad que no aparece clara por lo antes dicho. Tampoco su asimilación a la figura del usufructo con facultad de disponer, que además de asumir múltiples funciones como es por ejemplo el usufructo de regencia, se trata en este caso, de una facultad dispositiva no autónoma sino accesoria a un amplio derecho real de goce y disfrute en que consiste aquél.

Por último, sobre la disposición en la escritura de donación consistente en la necesidad del padre de contar con el consentimiento de sus hijas para ejercer la facultad de disposición, no deja de implicar un cierto contrasentido. En efecto, en las disposiciones a título gratuito de derechos reales pueden existir razones o motivos para prohibir o limitar el poder de disposición del donatario, atendidas múltiples circunstancias de cada caso. Si sólo se dona la facultad dispositiva precisamente para que quien no la tiene, como es un no titular del derecho la pueda ejercitar e inmediatamente privársela o limitarla con controles previos o simultáneos al acto de disposición, puede suponer un contrasentido para la interpretación y validez jurídica de la estipulación.

2. RESOLUCIÓN DE 13 DE FEBRERO DE 2019: SUCESIÓN ABINTESTATO A FAVOR DEL ESTADO. ACREDITACIÓN DEL ORDEN DE LLAMAMIENTOS.

Resumen de los hechos:

- a) Como consecuencia de denuncia formulada ante la Delegación Especial de Economía y Hacienda de Madrid, mediante Resolución de 4 de noviembre de 2016 de la Dirección General de Patrimonio del Estado se acordó la

incoación del procedimiento para la declaración de la Administración General del Estado como heredero abintestato de don F.R.R., fallecido en estado de soltero el día 15 de febrero de 2015. Tras la caducidad administrativa del citado procedimiento, mediante nueva Resolución de 21 de noviembre de 2017 por la citada Delegación especial se acuerda incoar un nuevo procedimiento con el mismo objeto.

- b) El acuerdo de incoación fue publicado en el Tablón Edictal Único del BOE, en la página web del Ministerio de Hacienda y Función Pública, y también en el tablón de anuncios del Ayuntamiento.
- c) Trascurridos los plazos legales no se formularon alegaciones ni reclamaciones sobre la herencia.
- d) Entre la documentación que consta en el expediente figuran: certificado de defunción y del Registro de Actos de Última Voluntad del causante del que resulta que no otorgó testamento, informe de la Dirección General de la Policía sobre posibles familiares, informe sobre empadronamiento del causante en Madrid desde 1910 hasta 1965, certificado de defunción de una tía del causante en 1941, certificado de nacimiento de su madre y de empadronamiento de la que resulta que no figura empadronada en las renovaciones padronales desde 1970.
- e) La Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado declarando a la Administración General del Estado único heredero contiene las siguientes consideraciones: «De la instrucción del expediente cabe razonablemente entender que no existen personas con derecho a suceder al causante por título de abintestato, teniendo en cuenta para ello las siguientes circunstancias ponderadas en su conjunto: el causante falleció en estado de soltero, por lo que resulta inoperante el llamamiento al cónyuge supérstite. No consta, por otra parte, que tuviese descendientes. En el certificado de su nacimiento el 29 de octubre de 1938 consta la madre, no del padre. De ésta, A.R.R., no consta su fallecimiento, pero por su fecha de nacimiento en 1911 podría entenderse que ha fallecido. Consta que tuvo varios tíos (J., C. y P.) todos nacidos antes de 1913, de los que únicamente se conoce el fallecimiento de C.R.R., fallecida el 6 de diciembre de 1941. Por lo que respecta a la posible existencia de otros parientes hasta el cuarto grado colateral, cabe razonablemente entender que el causante carecía de ellos, habida cuenta lo manifestado por los denunciante, [...] En la misma resolución se reconoce a los citados denunciante el derecho al premio al que se refiere el artículo 7 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto [...]».

Se presenta a inscripción el escrito del Delegado especial de Economía y Hacienda de Madrid, acompañado de la Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado de 29 de junio de 2018, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* de 11 de junio de 2018, recaída en procedimiento administrativo de declaración de herederos abintestato y adjudicación de bienes de la herencia, por la que se solicitó la inscripción de determinada finca registral a favor del Estado. En ella se declara heredero universal a éste por ausencia de parientes dentro del cuarto grado.

Se rechazó la inscripción, por cuanto la ausencia de parientes se basa:

- 1º En el fallecimiento de la madre del causante, que nació en 1911, y que se le da por fallecida en febrero del 2015, sin que se acredite por certificado de defunción. Además existen tres tíos hermanos de su madre, que se identifican, sin que se acredite tampoco su fallecimiento, ni la existencia de hijos de los mismos que tendrían, en su caso, la consideración de parientes del cuarto grado. Así, se da por supuesto sin acreditarlo:
 - a) Que la madre del causante, que tendría 103 años a la fecha del fallecimiento del causante estaba muerta.
 - b) Que sus tres tíos, de 101 años o más, estaban muertos en 2015.
 - c) Que ninguno de los tres tíos tuvo hijos, los cuales serían parientes en cuarto grado.
 - d) Y que el causante no tuvo hijos.

Los hechos b) y c) están aseverados únicamente por los denunciados, que tienen intereses contrapuestos al reconocérseles un premio del 10 % de la herencia, por lo que no pueden ser testigos, el art. 56.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, exige para la declaración de herederos abintestato por parte de los notarios, la intervención de dos testigos que no tengan interés en la sucesión.

Por lo tanto, es preciso acreditar por certificado de defunción el fallecimiento de la madre del causante, de los tíos que pueden ser de edad inferior a la madre, y sobre todo si tuvieron hijos o no.

Al no realizarse una indagación más amplia sobre la posible existencia de parientes dentro del cuarto grado, se entiende que hay una omisión esencial en los trámites e incidencias esenciales del procedimiento, calificables de acuerdo con lo dispuesto en el art. 18 de la Ley Hipotecaria y en el art. 99 de su Reglamento.

Fundamentació jurídica: como presupuesto previo necesario para la declaración a favor del Estado, es preciso la inexistencia de otras personas con derecho a heredar abintestato, hecho que ha de quedar acreditado plenamente. Así resulta del art. 20.6 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, al remitirse a las normas civiles aplicables —arts. 954 y 956 CC. Y añade que a falta de otros herederos legítimos corresponderá a la Administración General del Estado o las Comunidades Autónomas llamadas a suceder en cada caso, a efectuar en vía administrativa la declaración de su condición de heredero abintestato, una vez justificado la ausencia de otros herederos legítimos.

Como es sabido, la declaración de herederos a favor de una persona debe venir referida en el momento del fallecimiento del causante (cfr. Resoluciones de 17 de julio de 2006 y de 27 de febrero de 2013), razón por la cual estimaron que es posible declarar heredero a una persona fallecida, pues conforme a los arts. 657 y 661 CC los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, sucediendo los herederos al difunto por el solo hecho de su muerte en todos sus derechos y obligaciones, sin perjuicio de que el derecho a aceptar la herencia tenga que ser ejercitado por los herederos de aquél.

En el presente caso, en que consta la existencia de varias personas (madre y tres tíos del causante) que pueden tener la condición de herederos abintestato, la declaración a favor del Estado requiere prueba cumplida de que tales personas fallecieron antes que el propio causante, prueba que en el presente caso no se ha obtenido en la forma y con la certeza requeridas.

Así, la resolución administrativa concluye que cabe «razonablemente entender que no existen personas con derecho a suceder a D. F. R. R. por título de abintestato», en base a dos fundamentos: la presunción del fallecimiento de la madre y de los tíos en base a un mero criterio de probabilidades por razón de la avanzada edad que tendrían en caso de vivir (algo más de cien años); y la afirmación de los testigos/denunciante de la inexistencia de hijos u otros descendientes de los anteriores. Ninguno de estos criterios puede ser avalado por este Centro Directivo.

Se ha planteado si es posible acreditar por acta de notoriedad el fallecimiento de determinada persona, en base al art. 209 bis, párrafo 4, del Reglamento Notarial, que exige sólo la presentación de la certificación del fallecimiento del causante. Y así el art. 363 del Reglamento del Registro Civil prevé la competencia notarial para acreditar, por medio de estas actas, los estados civiles de soltero, viudo o divorciado.

Sin embargo, los hechos que afectan al estado civil sujetos a inscripción obligatoria, como es el caso de la defunción (cfr. art. 84 de la Ley del Registro Civil de 1957 y art. 62.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil) rige una restricción probatoria que resulta del art. 2 de aquella ley y correlativos arts. 2.2 y 17.1 y 2 de la Ley de 2011. En esta línea, la Resolución de 27 de febrero de 2002 (Sistema Notarial) reiterada por la de 10 de diciembre de 2012, manifiesta en relación con la eficacia del Registro Civil «que el artículo 2 de la Ley del Registro Civil determina que el Registro constituye la prueba de los hechos inscritos y sólo en los casos de falta de inscripción o en los que no fuere posible certificar el asiento se admitirán otros medios de prueba, pero en el primer supuesto será requisito indispensable para su admisión que, previa o simultáneamente, se haya instado la inscripción omitida o la reconstitución del asiento.

[...]

En base a esta doctrina este Centro Directivo, en las Resoluciones de reciente cita, ha afirmado que cuando se trata de acreditar a los efectos de la autorización de un acta de declaración de herederos abintestato la defunción de una persona, si dicha defunción ha sido inscrita en el Registro Civil deberá probarse inexcusablemente por medio de la certificación registral, y si no se ha inscrito, deberá instarse la inscripción omitida previa o simultáneamente a la admisión de pruebas extrarregistrales, lo que no consta en modo alguno que se haya realizado en el presente caso». Criterio confirmado por el art. 17 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. Reforzando el principio de prueba exclusiva de sus asientos debido a la presunción legal de integridad de su contenido, al establecer el art. 19.1 que «El contenido del Registro Civil se presume íntegro respecto de los hechos y actos inscritos».

No resulta coherente con todo lo anterior pretender que las simples declaraciones de unos testigos, unidas a la publicación de edictos, puedan llevar a obtener certeza de la defunción de una persona y sobre el hecho de haber acaecido en fecha anterior a la del causante. Por ello, las Resoluciones de 7 de noviembre de 2001, de 4 de junio de 2002, de 14 de noviembre y de 2 de diciembre de 2008 y la de 13 de diciembre de 2010, entre otras, todas ellas dictadas en materia de Registro Civil, distinguen claramente entre la certeza de la muerte, que fundamenta la inscripción de la defunción fuera de plazo, de la simple «fama de la muerte», en cuyo caso será de aplicación el régimen especial de la declaración de fallecimiento por la vía de los arts. 193 y siguientes del Código Civil.

Y así, la Resolución de 10 de diciembre de 2012, a los efectos de la declaración de notoriedad de la defunción de una persona debe distinguirse netamente dicha notoriedad de un mero «juicio de probabilidad», que no constituye fundamento suficiente de la actuación notarial en las actas de declaración de herederos abintestato y por el mismo motivo, tampoco puede ser fundamento para las declaraciones administrativas del Estado como heredero en sucesiones donde no ha quedado constatado plenamente la ausencia de parientes del causante.

En el presente caso, la circunstancia de que la madre del causante y tres de sus tíos fallecieron antes de aquél, se base respecto de dos de ellos, únicamente en un juicio de probabilidad supuestamente fundado en el dato estadístico de la esperanza de vida media desconociendo que hay un porcentaje de personas que rebasan la edad que tendrían en la fecha de fallecimiento del causante, por lo que el dato estadístico o probabilístico es totalmente insuficiente para alcanzar la certeza del hecho.

Del mismo modo, el hecho de que el causante y sus hermanos fallecieron sin hijos depende en el expediente del mero testimonio de los propios denunciante, que tienen interés en el asunto por cuanto son beneficiarios del premio del 10 % del caudal relicto, conforme al art. 7 del Reglamento de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Repárese en que el estatuto de los testigos requiere una acreditada imparcialidad. Así resulta del art. 56.2 de la Ley del Notariado, que exige que los testigos no tengan interés directo en la sucesión, y del art. 62 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que si bien no atribuye a la presentación de la denuncia el valor de conferir «por sí sola» la condición de «interesado en el procedimiento» al denunciante en los precisos casos del art. 7 antes citado, dicha condición de «interesado» resulta incuestionable al obtener el premio del 10 % del caudal hereditario. Por ello la resolución no se limita a declarar heredero al Estado, sino que reconoce a los que han instado el expediente la condición de denunciante, con derecho a percibir conjuntamente el premio referido.

A todo ello se suman otras circunstancias del expediente, como el hecho de que el informe de empadronamiento alcance sólo hasta 1965, es decir, 47 años antes de la muerte del causante, o el propio informe de la Abogacía del Estado sobre la insuficiencia de los datos facilitados por la División de Documentación de la Dirección General de la Policía, por lo que se confirma la calificación.

Comentario:

1. Características generales de los llamamientos intestados:

La sucesión legal obedece a una estructura, que puede sintetizarse en los siguientes puntos:

Es una sucesión deferida directamente por la ley tal como declara el art. 658 CC. El llamamiento hereditario se produce una vez abierta la sucesión por fallecimiento del causante.

Es un tipo de delación hereditaria, pero no una clase o modo de suceder *mortis causa*.

Es supletoria de la sucesión voluntaria, ya sea testada o contractual, pero mientras en el Código Civil es compatible con la testada (art. 658.3) en ciertos regímenes forales es totalmente incompatible, como en el nuestro, según dispone el art. 7 de la Compilación de las Islas Baleares.

El llamamiento a la herencia siempre es a título universal, incluso cuando sucede el Estado, con excepción del cónyuge viudo cuando concurre con herederos preferentes que le corresponde únicamente la cuota legal usufructuaria.

Los sucesores son llamados a título de heredero (art. 660 CC) con la correspondiente responsabilidad patrimonial (art. 1003).

Los destinatarios del llamamiento legal son personas unidas al causante por vínculos de parentesco o matrimonial, y sólo a falta de ellas el Estado. Por esto se considera una sucesión familiar y constituye un instrumento de protección de la familia del causante.

Finalmente, en esta sucesión la designación de posibles sucesores es hecha por la ley y la vocación es simultánea a todos ellos, pero la delación es sucesiva conforme al orden de preferencia legal de los llamados.

La efectividad del llamamiento requiere un título formal, bien sea el acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato o la declaración administrativa de heredero a favor del Estado o la correspondiente Comunidad Autónoma. Así, la Resolución de 19 de junio de 2013 recalca las diferencias entre la sucesión testada e intestada en esta cuestión de la titulación: así, mientras en la sucesión testada el testamento es tanto título material como formal, en la intestada el título material (vocación o llamamiento) es la ley, mientras que el acta o en su caso es simplemente el título formal de delación.

Esta delación, o sea el derecho actual a aceptar o repudiar la herencia, sólo es posible sobre la certeza de la muerte del causante y de la atribución del derecho a heredar, de conformidad con el art. 991 CC. Al tratarse en la sucesión intestada de una vocación genérica —salvo el Estado que ostenta vocación nominativa—, a ciertos grupos de parientes clasificados por un orden prioritario unos con otros, requiere realizar una investigación que termina con el acto de declaración definitiva de derechos hereditarios a favor de ciertas personas. Este acto final ya introduce en la fase de delación hereditaria a los llamados con derecho inmediato a aceptar o repudiar la herencia intestada.

El cuadro de posibles sucesores se materializa a través tres conceptos, regulados en los arts. 913 y 930 y siguientes del Código Civil: clases, órdenes y grados. Las clases son las tres mencionadas por el art. 913, parientes, el cónyuge viudo y el Estado. Órdenes son los tres tipos parientes de la primera clase, descendientes, ascendientes y colaterales. Y dentro de cada orden son preferidos los de menor grado o generación.

La designación legal fija un rango o preferencia, por medio de las citadas clases, órdenes y grados, dando lugar a seis categorías o escalones: 1º descendientes; 2º ascendientes; 3º cónyuge viudo; 4º hermanos y sobrinos; 5º demás colaterales hasta el cuarto grado, y 6º el Estado.

2. Nuevo título de declaración de herederos abintestato:

La modificación de más calado, es el nuevo art. 958 CC, al disponer que para que «el Estado pueda tomar posesión de los bienes y derechos hereditarios habrá de preceder declaración administrativa de heredero, adjudicándose los bienes por falta de herederos legítimos». Se sustituye la antigua declaración judicial de herederos abintestato por una declaración administrativa. Y así lo confirma el art. 20 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, supeditando dicha declaración a que se justifique previamente el fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, la procedencia de la apertura de la sucesión intestada y constatada la ausencia de otros herederos legítimos.

El apartado 4 del art. 20 ter de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, determina el alcance de dicha declaración administrativa a los efectos previstos por los arts. 14 y 16 de la Ley Hipotecaria al disponer que dichos

efectos, la declaración administrativa de heredero abintestato en la que se contenga la adjudicación de los bienes hereditarios, o en su caso, las resoluciones posteriores del Director General de Patrimonio del Estado o del Delegado de Economía y Hacienda acordando la incorporación de bienes y derechos al caudal relicto y su adjudicación, serán título suficiente para inscribir a favor de la Administración en el Registro de la Propiedad los inmuebles y derechos reales que figurasen en las mismas a nombre del causante. Si los inmuebles o derechos reales no estuviesen previamente inscritos, dicho título será bastante para proceder a su inmatriculación. Y en esta misma línea el art. 14 de la Ley Hipotecaria dispone que el «título de la sucesión hereditaria, a los efectos del Registro, es el testamento, el contrato sucesorio, el acta de notoriedad para la declaración de herederos abintestato y la declaración administrativa de heredero abintestato a favor del Estado, así como, en su caso, el certificado sucesorio europeo al que se refiere el capítulo VI del Reglamento (UE) n.º 650/2012.»

3. La prueba de la inexistencia de parientes con derecho preferente a la herencia: La cuestión central en esta Resolución es la acreditación o prueba de la inexistencia de parientes del causante que sean preferentes al Estado. La peculiar situación de éste en los llamamientos hace que, para que él pueda declararse heredero, no tienen que existir parientes del causante.

La cuestión puede sistematizarse de la siguiente manera:

El fallecimiento del causante debe acreditarse mediante certificación de fallecimiento del Registro Civil, por así disponerlo el art. 76 del Reglamento Hipotecario tanto para la herencia testada como intestada o contractual.

Para acreditar la inexistencia de parientes llamados por la ley en la herencia intestada, se debe distinguir entre los llamados de forma directa y los de forma indirecta o por derecho de representación.

La primera condición es que de su existencia actual o pasada haya constancia en el expediente. Dicha constancia suele producirse por las manifestaciones del promotor del mismo como en el presente caso.

A pesar de que el art. 209 bis del Reglamento Notarial, en su párrafo 4, sólo exige la presentación de la certificación de fallecimiento del causante, niega que el acta de notoriedad sea idónea para probar fallecimientos, puestos que están sujetos a inscripción obligatoria (cfr. art. 84 de la Ley del Registro Civil de 1957 y art. 62.1 de la Ley 20/2011, de 21 de julio). Y así se establece que los hechos inscribibles sólo pueden ser probados a través del Registro Civil,

constituyendo un medio de prueba monopolístico y excluyente de los estados civiles. Por esto, como señala la Resolución, cuando se trata probar a los efectos de la autorización de un acta de declaración de herederos abintestato la defunción de un pariente, si dicha defunción ha sido inscrita en el Registro Civil debe probarse inexcusablemente por certificación registral, y si no ha sido inscrita deberá instarse la inscripción omitida previa o simultáneamente a la admisión de pruebas extrarregistrales, lo que no consta en este caso.

Resumidamente, la doctrina de esta Resolución exige la constatación plena de la ausencia de parientes del causante con derecho preferente al Estado a la herencia intestada, por lo que rechaza que la prueba del fallecimiento en estos procedimientos se funde tanto en las actas de declaración de herederos abintestato, como las declaraciones administrativas a favor de Estado en «meros juicios de probabilidad».

En cuanto al derecho de representación que se da únicamente en la línea descendente y en la colateral a favor de los hijos de los hermanos, sean de doble vínculo o sencillo, requiere que si ha acreditado la premoriencia de alguno de los parientes llamados en primer término, se manifieste si falleció con descendientes conocidos. En caso positivo se debe declarar herederos a los mismos en los términos previstos por el Código Civil. La resolución manifiesta que las circunstancias de que el causante había fallecido sin hijos, y que sus tíos tampoco los tuvieron dependen en cuanto a su acreditación del mero testimonio de los propios denunciante, que son personas con interés en un concreto resultado del expediente por cuanto son beneficiarios de un premio del 10 % sobre el caudal en caso de resultar heredero el Estado, y así se lo reconoce la propia Resolución.

4. Artículo 28 de la Ley Hipotecaria:

En las inscripciones de adquisiciones hereditarias, pueden producirse errores, o actuaciones más o menos dolosas con el resultado de desviar los derechos sucesorios sobre las previsiones legales. Podemos citar, por ejemplo, la aparición de un testamento ológrafo desconocido, o un pariente desconocido con derechos preferentes, etc. Que desvirtuarían posibles declaraciones abintestato previas.

Para estos casos, y con el fin de evitar la posible aparición de un tercer adquirente amparado por la fe pública registral, en dichas inscripciones hereditarias se suspenden los efectos de la inmunidad registral durante el plazo de dos años desde el fallecimiento del causante, con excepción de las hechas a favor de los herederos forzosos.

rjib17 ACTIVITAT REGISTRAL

Antoni Canals Prats

Esto permite interponer acciones de rectificación o cancelación de dichas inscripciones durante este plazo, a pesar de la existencia de tercero y, por lo tanto, hacer efectivo los derechos declarados según la Ley.

rjib 17

ACTIVITAT NORMATIVA
(octubre 2017-novembre 2018)

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 les Illes Balears entre els mesos d'octubre de 2017 i novembre de 2018 són les següents: en primer lloc, la **Llei 10/2017, de 22 de novembre, de modificació del Decret llei 3/2013, de 14 de juny, de creació de la Xarxa Hospitalària Pública de les Illes Balears i el procediment de vinculació de centres privats d'atenció especialitzada** (BOIB núm. 145), la qual es tracta d'una norma d'article únic que té per objecte ampliar la durada màxima dels convenis singulars incorporats a la Xarxa Hospitalària Pública de les Illes Balears, durada que passa de deu a vint anys. L'exposició de motius de la Llei justifica aquest canvi manifestant que, arran del desenvolupament de l'activitat que presten l'Hospital Sant Joan de Déu i Hospital Creu Roja en qualitat de centres privats integrats en la Xarxa Hospitalària de les Illes Balears, s'ha constatat la necessitat de reforçar l'estabilitat en la col·laboració amb aquests centres privats per complir l'objectiu del Servei de Salut i millora constant de la prestació de l'assistència sanitària pública. En segon lloc, la **Llei 11/2017, de 20 de desembre, de modificació de la Llei 4/2013, de 17 de juliol, de coordinació de les policies locals de les Illes Balears** (BOIB núm. 157), suposa una transformació profunda del model policial vigent a la nostra comunitat autònoma. Segons expressa l'exposició de motius, en la Llei s'aborda un conjunt de reformes parcials que tendeixen a la millora de la seguretat pública a les Illes Balears i configuren un projecte comú, al servei d'una societat oberta i plural, que incorpora un nou model de proximitat de les policies locals basat en el respecte a la diversitat i en la integració social de determinats col·lectius, i orientat a la mediació per a la resolució de conflictes. Com a principals novetats, hem d'esmentar les següents: en primer lloc, s'estableixen mecanismes dirigits a atorgar estabilitat a les plantilles de policia local amb la implantació d'un nou model d'accés a la funció pública, atès que ara les places vacants i dotades pressupostàriament hauran de ser ocupades per funcionaris de carrera, tant en els municipis amb cos de policia com en els que no el tenen. En segon lloc, pel que fa a la coordinació de policies locals, es preveu l'existència de l'Institut de Seguretat Pública de les Illes Balears i s'estableixen canvis en la composició de la Comissió de Coordinació de les Polícies Locals i els consells de coordinació de les policies locals per tal de donar més representació als ajuntaments. Altres òrgans de coordinació previstos en la Llei són l'Escola de Seguretat Pública de les Illes Balears, l'Observatori de Seguretat de les Illes Balears i la Comissió d'Ètica i Transparència en l'Activitat Policial de les Illes Balears. En

tercer lloc, en relació amb l'estructura i règim de funcionament, es preveu la possibilitat que els ajuntaments puguin crear, a les categories de policia, oficials, subinspector, els graus de policia de primera i sots-inspector de primera, en funció de la trajectòria professional del funcionari. Així mateix, la Llei introdueix el concepte d'ètica professional com a principi d'actuació i l'obligació d'aprovar un codi d'ètica adreçat a les policies locals. En quart lloc, pel que fa a la selecció i formació, s'introdueix l'oposició per accedir a la categoria de la policia local i els procediments selectius es complementen amb la superació d'un període de pràctiques que inclouen el curs de capacitatíon corresponent a la categoria a la qual s'accedeix i una fase de pràctiques remunerades. Altres novetats de la Llei fan referència a la prefectura del cos que es reforça i flexibilitza perquè es configura com un lloc de treball de naturalesa funcional que ha de figurar en la corresponent relació de llocs de treball amb la denominació de «cap de policia», i hi han de constar els requisits necessaris per proveir-lo; es regulen mesures adreçades a promoure una composició equilibrada de dones i homes en les plantilles de policia local; la Llei torna a incorporar la modalitat de la segona activitat amb destinació; també es preveu la creació i el desenvolupament dels corresponents protocols d'atenció policial contra els delictes d'odi; en fi, es preveu la possibilitat de limitar la tinença d'armes de foc en aquells casos en què no es consideri estrictament necessari.

La tercera de les lleis aprovades és la **Llei 12/2017, de 29 de desembre, d'urbanisme de les Illes Balears** (BOIB núm. 160 Ext.). Aquesta norma té per objecte establir el règim jurídic general regulador de l'activitat administrativa en matèria d'urbanisme a les Illes Balears, i definir el règim jurídicurbanístic de la propietat del sòl d'acord amb la seva funció social. Aquesta norma conté, per primera vegada, una regulació unitària dels tres tipus de sòl, ja que, a diferència de la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl, s'incorpora ara el règim urbanístic del sòl rústic, com els aspectes de planejament i gestió relatius a aquesta classes de sòl. Respecte de la legislació precedent, s'han de subratllar algunes novetats. En matèria de planejament, la Llei, partint de la distinció ja existent entre determinacions d'ordenació estructural i d'ordenació detallada, distingeix dos instruments d'ordenació, un (el pla general) per a les determinacions estructurals i un altre (el pla d'ordenació detallada) per al detall i desenvolupament de les primeres. S'alleugereix així el contingut del pla general i es focalitza en la definició del model territorial, alhora que s'aclareix la delimitació de competències entre ajuntaments de població superior als 10.000 habitants i consells insulars en els processos d'aprovació del planejament: els consells han de controlar l'ordenació estructural (de determinacions d'àmbit supramunicipal-territorial) i els municipis,

mitjançant l'ordenació detallada, les determinacions d'àmbit municipal. En matèria de gestió urbanística, la principal característica de la Llei 12/2017 és que conté el desenvolupament normatiu de les lleis estatals 2/2008, del sòl, i 8/2013, de rehabilitació, regeneració i renovació urbanes, tot adaptant-les a les peculiaritats territorials i a l'activitat econòmica i empresarial, pública i privada de les Illes Balears. En concret, per la seva importància, s'ha de deixar constància de cinc tècniques instrumentals que la Llei incorpora i desenvolupa: les memòries de viabilitat econòmica, els informes de sostenibilitat econòmica, les actuacions de dotació, els complexos immobiliaris i l'execució substitutòria concertada. Aquestes noves normes neixen amb la voluntat de millorar la transparència en els procediments de reclassificació i requalificació del sòl, de reforçar la participació pública en una proporció adequada i justa en el repartiment de les plusvàlues generades per l'acció urbanística i, en fi, de garantir un creixement urbà equilibrat dotacionalment i sostenible en termes econòmics, socials i ambientals. Per últim, pel que fa a la disciplina urbanística, s'ha de destacar que ara aquesta s'organitza en cinc grans blocs, o sigui, la inspecció urbanística, les infraccions urbanístiques, les sancions que corresponen a aquestes, les llicències incompatibles amb l'ordenació urbanística i els procediments en matèria de disciplina urbanística. Es deixa molt clar que només hi ha dos procediments davant d'una infracció urbanística: el sancionador i el de restabliment i que, per tant, el restabliment tant de la legalitat com el de la realitat física alterada formen part d'un únic procediment. Altres novetats remarcables fan referència que els consells insulars i les agències i els consorcis supramunicipals passen a assumir totes les competències en sòl rústic protegit de les ANEI, ARIP i APT costaneres; s'introdueix la responsabilitat administrativa per a les autoritats i els càrrecs públics que, amb coneixement de causa i tenint la possibilitat d'impedir-ho, permeten la indisciplina; i es regula per primera vegada en la legislació urbanística balear el termini màxim per a l'execució subsidiària de les ordre de demolició. La Llei 12/2017 s'estructura en un títol preliminar («disposicions generals») i vuit títols anomenats: règim urbanístic del sòl; planejament urbanístic; gestió i execució del planejament; intervenció al mercat de sòl; exercici de les facultats relatives a l'ús i edificació del sòl; expropiació forçosa per raó d'urbanisme; la intervenció preventiva en l'edificació i l'ús del sòl, i disciplina urbanística. Com és tradicional, la darrera de les normes aprovades cada any és la llei de pressuposts generals. Així la **Llei 13/2017, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears per a l'any 2018** (BOIB núm. 160 Ext.), s'ordena, com és habitual, en els següents títols:

aprovació dels pressuposts i les seves modificacions; gestió del pressupost de despeses; despeses de personal i altres disposicions; gestió del pressupost d'ingressos i altres normes en matèria tributària; normes sobre ens instrumentals; tancament del pressupost i, per últim, relacions institucionals. Pel que fa a la matèria tributària, es modifiquen i reordenen algunes taxes; es modifica el règim específic de la tarifa aplicable en cas de fugues d'aigua en el cànon de sanejament d'aigües; es modifica la normativa reguladora de l'impost sobre estades turístiques, a fi de limitar l'estada mínima de dotze hores als establiments i als habitatges, de manera que les estades a creuers quedin subjectes a l'impost en tot cas amb independència del nombre d'hores d'estada en trànsit. Així mateix, s'incrementa la tarifa general de l'impost, que es duplica, alhora que, per tal de no perjudicar la desestacionalització turística, s'incrementa la bonificació de la quota en temporada baixa. Respecte dels tributs cedits, el més remarcable és que es creen i modifiquen algunes deduccions autonòmiques en l'impost sobre la renda de les persones físiques (deducció autonòmica per l'arrendament de l'habitatge habitual a favor de determinats col·lectius; deducció autonòmica per cursar estudis superiors fora de l'illa de residència habitual; deducció per arrendament d'habitatge a les Illes Balears derivat del trasllat temporal de residència per motius laborals, entre d'altres).

Pel que fa a l'any 2018, s'ha de donar notícia de les següents lleis: la **Llei 1/2018, de 5 de març, de cossos i escales propis del Consell Consultiu de les Illes Balears** (BOIB núm. 30), dóna resposta a les necessitats de l'esmentat òrgan consultiu en matèria de personal, ateses les funcions i tasques que té encomanades i la conveniència d'adaptar les noves exigències de l'activitat consultiva a la transformació de l'administració autonòmica. Vist que les funcions del personal del Consell Consultiu tenen un contingut singular i individualitzat a causa de l'especificitat que es deriva de la naturalesa de l'activitat consultiva i que fins aleshores l'únic personal propi de què disposava aquesta institució eren els lletrats i lletrades, la Llei crea nous cossos propis de la dita institució, integrats pel personal funcionari de carrera o interí, i en regula el règim d'adscripció i integració. Els cossos creats s'organitzen en els habituals grups (A, B, C i Agrupacions professionals) i subgrups (A1, A2, C1 i C2). Així doncs, amb l'entrada en vigor de la Llei 1/2018, el personal al servei del Consell Consultiu està format per personal funcionari propi i per personal de l'Administració de la comunitat autònoma que ocupa llocs de treball del Consell Consultiu. Aquest darrer personal depèn orgànicament del conseller de funció pública i funcionalment del president de la dita institució consultiva. La **Llei 2/2018, de 13 d'abril, de memòria i reconeixement democràtics de les Illes Balears** (BOIB núm. 48), té per objecte el reconeixement i la garantia dels drets a la

reparació, a la veritat i a la justícia de totes les víctimes de la Guerra Civil i la dictadura franquista. Amb aquesta Llei el Parlament de les Illes Balears condemna per primera vegada la dictadura franquista i rebutja qualsevol totalitarisme i règim antidemocràtic. Com manifesta l'exposició de motius, la Llei s'estructura en sis títols i s'articula en quatre eixos principals: el dret a la veritat, el dret a la memòria democràtica, el dret a la reparació i al reconeixement de les víctimes i les garanties de no-repetició. El títol preliminar es dedica a les disposicions generals, que comprenen l'objecte de la Llei, els principis rectors, així com les mesures i les actuacions dirigides a les víctimes. El títol I, sota la denominació del «dret a la veritat», delimita la consideració de víctimes amb la finalitat clara d'identificar-les a través d'un Cens de Víctimes de la Guerra Civil i la Dictadura franquista. El títol II estableix el dret a la Memòria Democràtica de les Illes Balears i preveu un conjunt de regles i actuacions relatives al Patrimoni Documental i Bibliogràfic de la Memòria Democràtica (on allotjar els vestigis franquistes que es retirin), a la creació d'una figura de protecció com són els Espais i Itineraris de la Memòria i Reconeixements Democràtics de les Illes Balears (es preveu la confecció d'un catàleg de tots aquells espais, immobles i paratges de rellevància per a la Memòria Democràtica de les Illes Balears, les obligacions derivades de la seva inscripció, modificació o cancel·lació al catàleg i, per últim, s'estableix un règim de conservació i protecció d'aquests espais). El títol III preveu també normes sobre reconeixement del moviment memorialista i de les associacions de víctimes de la Guerra Civil i la Dictadura franquista. El títol IV, referit al dret a la reparació i al reconeixement de les víctimes, preveu, d'una banda un conjunt d'actuacions a desenvolupar per les administracions públiques (publicacions, homenatges, etc.) per recordar i reconèixer a les víctimes; es declara el 24 d'octubre com a data simbòlica de record i reivindicació dels valors democràtics i la lluita per la llibertat; es declaren nul·les de ple dret totes les sentències i resolucions de les causes instruïdes de caràcter penal, civil i administratiu, dictades per motius polítics a les Illes Balears durant la Guerra Civil i la dictadura franquista. D'una banda, s'estableixen normes relatives a la tutela de la Memòria democràtica, declarant-se contrària a aquesta l'exaltació de la revolta militar i del franquisme, en les seves diverses manifestacions, i es preveu un cens de símbols franquistes que hauran de ser retirats per les administracions públiques. El títol V fa referència a les garanties de no-repetició. El títol VI regula l'actuació i organització administrativa sobre la matèria i preveu la creació de la Comissió tècnica de Memòria i Reconeixement Democràtics, l'aprovació d'un Pla Autòmic al respecte i l'aprovació de plans anuals. La Llei es completa amb un règim

sancionador i un grapat de disposicions addicionals i finals necessàries per a la correcta aplicació de la Llei.

La **Llei 3/2018, de 29 de maig, del tercer sector d'acció social** (BOIB núm. 67), té un origen estrictament parlamentari ja que el text que donà lloc a la proposició de llei fou elaborat al si d'una ponència d'estudi amb la participació de tots els grups parlamentaris de la Cambra. El seu objecte és crear un marc legal del tercer sector de les Illes Balears, a través de les organitzacions i xarxes que el conformen; adoptar i promoure mesures orientades a enfortir aquestes organitzacions i xarxes; regular les relacions entre les administracions i les entitats del Tercer Sector (ETSS) en la provisió i el finançament de serveis de responsabilitat pública i interès general per part d'aquestes; impulsar la cooperació i la col·laboració de les organitzacions entre si i amb el sector públic, les empreses i altres agents socials; i promoure la seva contribució i interlocució amb l'administració, en l'àmbit de la intervenció social i en les polítiques i els sistemes de responsabilitat pública relacionats amb aquest àmbit. La Llei determina els principis a què s'han de sotmetre les ETSS i que són la participació social, la solidaritat i justícia, la responsabilitat pública i coresponsabilitat en la inclusió social, el diàleg civil i la democràcia participativa, la cooperació entre el sector públic i les organitzacions del tercer sector, la transversalitat de les actuacions orientades a la inclusió social i la responsabilitat social corporativa. Per tal que es pugui diferenciar i reconèixer administrativament les ETSS d'altres associacions i entitats que fan accions similars, la Llei exigeix que les ETSS siguin entitats sense ànim de lucre, orientades a solucionar els problemes de les persones i col·lectius que atenen, a defensar els seus drets, a més d'estimular la participació i el diàleg democràtic en el si de les seves organitzacions. Així, les ETSS reconegudes i censades d'acord amb aquesta Llei han de tenir un estatus rellevant en el procés de diàleg ciutadà, entès per la Llei com aquell instrument que ha de servir per dissenyar i avaluar les polítiques socials dirigides als col·lectius que elles defensen, així com l'exercici efectiu dels seus drets. D'altra banda, la Llei defineix les diferents possibilitats de col·laboració de les ETSS en el sistema balear de serveis socials i es fa extensiu al sistema balear de renda bàsica, al servei balear d'ocupació, al sistema sanitari i a l'educatiu i donada la importància que històricament han tengut aquestes ETSS en alguns sectors de serveis socials, la Llei preveu una col·laboració preferent d'aquestes ETSS sobre altres entitats privades. Per últim, és de destacar que la Llei regula la promoció del tercer sector social de les Illes Balears, imposant aquesta obligació al Govern, als consells i als ajuntaments. Per la seva banda, la **Llei 4/2018, de 12 de juny, de modificació de la Llei 4/1991, de 13 de març, reguladora de la iniciativa legislativa popular a**

les Illes Balears (BOIB núm. 77), fou aprovada amb la voluntat de reforçar el mecanisme de democràcia directa conegut com iniciativa legislativa popular, fent més senzilla i menys restrictiva la presentació d'iniciatives per ser debatudes en el Parlament. Les principals novetats de la nova regulació són les següents: en primer lloc, s'amplia l'abast de les persones que poden signar iniciatives, ja que inclouen les persones majors de setze anys que, o bé siguin espanyoles, o ciutadanes d'algun estat membres de la Unió Europea o que resideixin legalment a Espanya. En segon lloc, es redueix el nombre de signatures necessàries per presentar una iniciativa legislativa popular (ara són només 7.500 signatures o fins i tot un nombre inferior quan es tracti de signants residents a una mateixa illa, quan aquest nombre representi almenys el 3 % dels residents a la dita illa, amb un mínim de 1.200). En tercer lloc, s'amplia el termini per a la recollida de signatures, que ara és de quatre mesos, prorrogables per dos més. En quart lloc, es preveu que, un cop aconseguides les signatures necessàries i acomplerts els demés tràmits parlamentaris pertinents, el debat de la presa en consideració de la iniciativa legislativa s'haurà d'incloure necessàriament dins l'ordre del dia del Ple del Parlament en període de temps prefixat. En cinquè lloc, suposa també una novetat el reforçament del paper dels membres de la comissió promotora de la iniciativa dins la tramitació parlamentària, sigui en fase de ponència, de comissió o davant el Ple de la Cambra, alhora que s'estableix la possibilitat d'instar la retirada de la proposició de llei. Per últim, suposa també una novetat la possibilitat de fer servir la signatura electrònica en la presentació d'iniciatives legislatives populars.

La **Llei 5/2018, de 19 de juny, de l'habitatge de les Illes Balears** (BOIB núm. 78), segons diu la seva exposició de motius, pretén incorporar, com a línia estratègica de les administracions públiques, l'atenció a la població mancada d'habitatge i també a les persones que es troben en risc de pèrdua d'aquest bé de primera necessitat. Amb aquesta finalitat, el títol I desenvolupa les disposicions generals aplicables, amb la concreció dels principis rectors de la Llei, amb la incorporació d'un conjunt de definicions autèntiques, i la consideració de la política d'habitatge com un servei d'interès general, la determinació de la funció social de l'habitatge i la positivització del dret a l'habitatge per situacions d'especial vulnerabilitat. El títol II distribueix les competències entre les diferents administracions en matèria d'habitatge. El títol III, per la seva banda, concreta allò relacionat amb les condicions de l'habitatge en un sentit ampli, és a dir, la qualitat, el disseny i l'habitabilitat i el deure de conservació i rehabilitació a càrrec dels propietaris. El títol IV conté totes les accions que configuren una política de

protecció i promoció de l'habitatge: s'estableix una regulació adreçada a protegir els adquirents i usuaris dels habitatges, per una part. També s'estableixen els mecanismes que ha d'adoptar el Govern per atendre la població amb dificultats per accedir a un habitatge per mantenir-se, siguin ajuts o prestacions, programes de cessió d'habitatges, convenis de col·laboració amb grans tenidors, etc. Es crea el Servei d'Acompanyament en matèria d'habitatge. Es regula la problemàtica dels habitatges desocupats, mitjançant la definició de l'habitatge desocupat, la creació d'un registre d'habitatges desocupats i es penalitza el manteniment d'aquests habitatges com a espais sense ocupació, però només en el cas que es trobin en mans dels grans tenidors d'habitatge, o sigui, d'aquelles entitats o persones que disposen del control efectiu de deu o més habitatges i tenen activitat en aquest mercat. Per últim, s'estableix una regulació de la protecció en els casos de l'anomenada garantia del manteniment dels subministraments bàsics. Els títols V i VI regulen respectivament la Mesa Autònoma de l'Habitatge i la Mesa per a la garantia del manteniment dels subministraments bàsics, com a òrgans de participació, col·laboració i consulta no preceptiva. El títol VII estableix el règim del dipòsit de les fiances d'arrendament de finques urbanes. El títol VIII, dedicat als habitatges protegits, reforça l'acció pública per garantir-ne la funció social. El títol IX estableix el corresponent règim sancionador sobre l'habitatge. La Llei es completa amb tot un seguit de disposicions addicionals, transitòries i finals, necessàries per a la seva correcta aplicació, excepció feta de la relativa a la modificació de la Llei 5/2012, de mesures urbanístiques per a l'execució del Centre Internacional de Tennis Rafael Nadal que, com és evident, atén a altres atencions.

La Llei 6/2018, de 22 de juny, per la qual es modifiquen diverses normes de l'ordenament jurídic de les Illes Balears en matèria de turisme, de funció pública, pressupostària, de personal, d'urbanisme, d'ordenació farmacèutica, de transports, de residus i de règim local, i s'autoritza el Govern de les Illes Balears per aprovar determinats textos refosos (BOIB núm. 78), és, com la mateixa denominació permet suposar, una llei sense cap coherència interna pel que fa a la matèria normativa. Podríem dir que es tracta d'una resurrecció de la ja superada tècnica legislativa de les anomenades lleis òmnibus, similar a les lleis d'acompanyament dels pressuposts. Un calaix de sastre, en definitiva. Així, l'article 1 modifica la Llei 8/2012, del turisme, amb relació a les agències de viatges, al concepte d'agroturisme i, d'altra banda, hi introdueix algunes modificacions per donar-li major seguretat jurídica. L'article 2 modifica la Llei 3/2007, de la funció pública, per regular diferents aspectes de la carrera professional horitzontal, consistent en la progressió de nivell, sense necessitat de canviar de lloc de feina, com

a conseqüència de la valoració de l'acompliment. També es reconeix la possibilitat dels funcionaris interins d'acollir-se a la situació d'excedència voluntària per violència de gènere o de serveis especials. Els articles 3 i 4 modifiquen la Llei 13/2017, de pressuposts generals, i el DL 5/2012, per tal d'introduir alguns canvis pel que fa al personal sanitari i docent (fidelització de la permanència a les Illes de Menorca, Eivissa i Formentera, substitució del professorat de l'ensenyament privat, entre d'altres). L'article 5 modifica la Llei 12/2017, d'urbanisme, per esmenar un error material detectat i per introduir un aclariment conceptual a l'article 26, per a major seguretat jurídica. L'article 6 modifica la Llei 7/1998, d'ordenació farmacèutica, pel que fa als supòsits de nomenament d'apotecari regent, pel que fa als procediments que se segueixen per a l'obertura d'una oficina de farmàcia i pel que fa a la catalogació i planificació farmacèutiques. L'article 7 modifica la Llei 4/2014, de transports i mobilitat sostenible, pel que fa a les autoritzacions de transport discrecional de viatgers en vehicle de turisme d'àmbit insular, amb relació a les autoritzacions de lloguer de vehicles amb conductor i a la reserva de places per als escolars en la xarxa de transport regular de viatgers per carretera d'ús general. L'article 8 deroga la norma que permetia el trasllat i el tractament de combustible derivat de residus provinents de la Unió Europea. L'article 9 modifica el règim municipal i local per tal d'adaptar-lo a la Llei 9/2017, de contractes del sector públic. Per últim, s'ha de dir que la resta d'articles d'aquesta Llei autoritzen el Govern per aprovar els textos refosos d'un seguit de normes, abans de 31 de desembre de 2019.

La Llei 7/2018, de 31 de juliol, de promoció de la seguretat i la salut en el treball a les Illes Balears (BOIB núm. 97), estableix un marc d'actuació que vol possibilitar la reducció de la sinistralitat en el treball i la millora en la defensa i la protecció de la salut en el treball a les Illes Balears, mitjançant l'adopció d'un conjunt de mesures adreçades a l'aprenentatge, la sensibilització, la formació i la promoció de la seguretat i la salut laboral. Per tal de fer efectius aquests objectius, la Llei incorpora un conjunt de mesures, de les quals se'n destaquen les següents: en primer lloc, la creació i la regulació dels aspectes essencials d'un organisme autònom anomenat Institut Balear de Seguretat i Salut Laboral (IBASSAL), que té com a finalitat la promoció de la seguretat i la salut en el treball, el qual estén el seu àmbit d'actuació tant al treball per compte d'altri, com a la promoció de la prevenció de riscos laborals en relació amb les persones treballadores per compte propi. L'IBASSAL s'estructura en òrgans unipersonals (president, vicepresident i director), òrgans col·legiats (consell de direcció i Consell Rector de Salut Laboral) i amb un òrgan d'assessorament, anomenat Unitat de Malalties Professionals. La composició dels òrgans col·legiats incorpora no

només membres de l'administració autonòmica, sinó també dels consells insulars i de l'administració local, representada mitjançant la FELIB, i, d'altra banda, representants d'organitzacions sindicals i empresarials. En segon lloc, la Llei incorpora un conjunt de mesures de sensibilització sobre els valors de seguretat i salut en el treball que operen tant en l'àmbit educatiu i en l'àmbit de la publicitat i dels mitjans de comunicació, com també en l'àmbit de l'empresa. En tercer lloc, la Llei imposa a l'administració de la comunitat autònoma l'obligació d'adaptar mesures adreçades al foment de la formació en matèria de seguretat i salut en el treball en els ensenyaments reglats, sigui en l'ensenyament de règim general, de formació professional, universitari, d'educació de persones adultes i en la formació del professorat. Per últim, en quart lloc, s'estableixen mesures de promoció de la seguretat i la salut en el treball en matèria de subvencions públiques autonòmiques i en matèria de contractació administrativa.

La **Llei 8/2018, de 31 de juliol, de suport a les famílies** (BOIB núm. 97), té com a objectius bàsics integrar el conjunt d'actuacions que es desenvolupen des dels diferents departaments de l'administració autonòmica en un únic marc normatiu, definir nous serveis i prestacions per a les famílies i definir les situacions familiars que requereixen més protecció, tot assegurant-ne la protecció social, econòmica i jurídica. Amb aquesta finalitat, la Llei s'estructura en un títol preliminar i tres títols més. En el títol preliminar, a més d'identificar els principis rectors de la política de protecció de les famílies i els objectius que han de cercar les polítiques familiars a la comunitat autònoma, defineix l'àmbit d'aplicació de la Llei. Així mateix, es concreten les situacions familiars amb més necessitat de protecció, respecte de les quals es disposa que han de tenir una atenció prioritària o específica. Són les següents: famílies nombroses i monoparentals, famílies en risc social i víctimes de violència masclista, famílies amb persones en situació de dependència o amb persones amb discapacitat i famílies en situació de vulnerabilitat econòmica especial. El títol I, sota la denominació de «Mesures, serveis i prestacions de suport a la família», preveu la possibilitat que s'adoptin mesures fiscals, mesures en l'àmbit dels serveis socials (com ara, una renda d'ingressos mínims a les famílies en situació de vulnerabilitat econòmica, prestacions per a la cura de persones dependents, ajuts d'emergència, ajuts per part múltiple o adopció, ajuts per a l'adaptació de l'habitatge, compensacions per acolliment familiar, ajuts per a menors víctimes de violència masclista i d'altres) i, finalment, mesures i actuacions en altres àmbits sectorials (conciliació de la vida familiar, laboral i personal, en l'àmbit educatiu, en matèria d'ocupació, de salut, d'habitatge, de cultura, esport, oci i temps lliure, de noves tecnologies, de consum i de col·laboració socio sanitària). El títol II, relatiu a mesures administratives i participació, disposa el caràcter preceptiu de l'informe d'impacte familiar en l'elaboració de projectes de llei amb la finalitat de

considerar l'impacte social i econòmic de les polítiques a llarg termini en el conjunt de les famílies. La Llei es completa amb un títol III que estableix un règim d'obligacions, infraccions i sancions amb relació a les unitats familiars que tenguin reconeguda la situació de família monoparental.

La **Llei 9/2018, de 31 de juliol, per la qual es modifica la Llei 12/2016, de 17 d'agost, d'avaluació ambiental de les Illes Balears** (BOIB núm. 97), té un contingut molt tècnic i fou aprovada atesa la necessitat d'adaptar la Llei 12/2016 a determinades directives europees, a la legislació bàsica estatal, per donar compliment als acords d'interpretació adoptats en el marc de la Comissió Bilateral de Cooperació Administració General de l'Estat-Comunitat Autònoma de les Illes Balears, com també a la situació creada com a conseqüència de la declaració d'inconstitucionalitat d'alguns dels articles de la dita Llei. Com a novetats que recull la Llei, podem apuntar les següents: d'una banda, s'estableixen algunes previsions per tal d'evitar conflictes en la tramitació quan l'òrgan ambiental és, alhora, òrgan substantiu, la qual cosa succeeix quan la Comissió de Medi Ambient de les Illes Balears exerceix les competències pròpies en matèria d'autoritzacions ambientals integrades. D'altra banda, es subjecten a avaluació ambiental els plans, els programes i els projectes previstos en la Llei, quan correspongui aprovar-los a l'Estat, sense perjudici que aquesta avaluació sigui realitzada pel mateix Estat. D'altra banda, la Llei intenta precisar l'abast de l'avaluació ambiental estratègica. Així mateix, matisa l'abast de l'informe determinant de l'administració hidràulica i introdueix un nou informe imprescindible, el d'avaluació d'impacte paisatgístic per part dels consells insulars. També s'ha de destacar que la Llei introdueix l'avaluació de la capacitat de càrrega de la zona afectada pel pla o programa, com a factor limitador i que modifica la regulació dels projectes exclosos i exceptuables de l'avaluació ambiental. Altrament, s'incorpora una norma per incloure en l'avaluació ambiental la vulnerabilitat dels projectes a accidents greus o catàstrofes, el risc que es produeixin i les implicacions eventuais d'efectes adversos significatius per al medi ambient. Per últim, s'ha de subratllar que la Llei simplifica les tramitacions en àrees de prevenció de riscos i la integració de tràmits en l'avaluació ambiental.

Per últim, pel que fa als decrets llei, n'hem d'esmentar els següents: el **Decret llei 1/2018, de 19 de gener, de mesures urgents per a la millora i/o l'ampliació de la xarxa d'equipaments públics d'usos educatius, sanitaris o socials de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 10; validació BOIB núm. 22), fou dictat sobre la base que es requereix una actuació urgent de la Comunitat Autònoma en matèria de sanitat, serveis socials i educació, amb la

finalitat d'adequar la xarxa pública d'equipaments a les demandes de serveis i prestacions que exigeix la nova realitat social derivada dels canvis demogràfics, econòmics i socials que s'han produït en els darrers anys, així com permetre l'adaptació dels equipaments a les necessitats de les carteres de serveis que s'han de prestar d'acord amb el marc normatiu vigent. Es tracta, doncs, d'un instrument jurídic dictat per permetre, amb la màxima celeritat, desenvolupar nous equipaments educatius, sanitaris i de serveis socials, alhora que millorar els existents. Amb aquesta finalitat, s'inclouen normes dedicades a regular l'obtenció dels terrenys pertanyents a una altra administració pública on s'han d'ubicar els equipaments públics esmentats i, així mateix, dedicades a regular determinades actuacions de caire urbanístic que s'han de realitzar en aquest tipus d'equipaments, com són canvis d'ús específic, d'una banda, i execució d'obres sense alterar els paràmetres urbanístics fixats pel planejament, de l'altra. També s'hi contenen normes que disposen que el Consell de Govern de les Illes Balears pugui declarar equipaments públics d'ús educatiu, de salut o de serveis socials com a inversions d'interès autònom de les Illes Balears i se'n regulen els efectes que comporta aquesta declaració. El Decret Llei, mitjançant les seves disposicions finals, dona solució a dues qüestions específiques. Per una part, una que té per finalitat resoldre la problemàtica de la redacció del pla especial d'ordenació del complex sanitari de Son Espases i una altra que suposa la declaració del servei d'escorxador com a servei essencial en determinats municipis, atès que la Llei 27/2013 va modificar la Llei reguladora de les bases del règim local, eliminant la reserva a favor de les entitats locals de l'activitat d'escorxador, tot i que autoritzava les comunitats autònomes a establir-la mitjançant llei, a la vegada que es declara a les Illes Balears el servei d'escorxador com a servei d'interès econòmic general.

El Decret Llei 2/2018, de 18 d'octubre, pel qual s'estableixen ajudes i altres mesures urgents per reparar les pèrdues i els danys produïts per les pluges intenses i les inundacions del dia 9 d'octubre de 2018 a la comarca de Llevant de Mallorca (BOIB núm. 130 Ext.; validació BOIB núm. 139) i el **Decret Llei 3/2018, de 29 d'octubre, de concessió d'un crèdit extraordinari per atendre despeses inajornables derivades de les inundacions provocades per les fortes pluges del dia 9 d'octubre de 2018 a la comarca de Llevant de Mallorca, amb càrrec als pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2018** (BOIB núm. 135; validació BOIB núm. 145), tenen com a finalitat reparar i pal·liar, en allò que sigui possible, les pèrdues sofertes i contribuir a recuperar amb la màxima celeritat la normalitat de les zones afectades dels municipis d'Artà, Capdepera, Manacor, Sant Llorenç des Cardassar i Son Servera. Així, s'inclouen en aquestes

normes un conjunt d'ajudes d'emergència adreçades a pal·liar les necessitats bàsiques de les famílies, ajudes per defunció, ajudes en matèria d'habitatge, ajudes per pèrdua de vehicles i ajudes per als sectors econòmics afectats. Així mateix s'hi preveuen mesures per a la reparació d'infraestructures públiques i danys mediambientals. Amb caràcter general, les esmentades ajudes i mesures tenen caràcter subsidiari respecte dels sistemes privats de cobertura de danys dels quals puguin ser beneficiàries les persones i entitats afectades. Des d'un altre punt de vista, atès que totes aquestes mesures i ajudes comporten unes despeses pressupostàries no previstes, com és lògic, al pressupost vigent en aquell moment i vist que el crèdit del fons de contingència no era suficient per finançar les esmentades despeses no era possible la baixa en altres crèdits del pressupost de despeses, fou necessari aprovar, mitjançant el Decret llei 3/2018, la concessió d'un crèdit extraordinari amb càrrec als pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2018.

2. Decrets

L'activitat reglamentària del Govern de les Illes Balears ha incidit sobre matèries diverses. En primer lloc, hem de subratllar, lògicament, l'actuació del Govern davant els fets luctuosos ocorreguts a la **comarca del Llevant de Mallorca el dia 9 d'octubre**. Així, a més del Decret 30/2018, de 10 d'octubre (BOIB núm. 126 Ext.) que declara tres dies de dol oficial amb motiu de les persones que hi moriren (q.e.p.d.), s'aprova el Decret 33/2018, de 19 d'octubre (BOIB núm. 131), de determinació d'ajudes urgents i de caràcter excepcional per reparar i pal·liar les pèrdues i danys produïts per les pluges.

Així mateix, **la mar balear i la pesca** han estat objecte de regulació. S'ha d'esmentar el Decret 3/2018, de 23 de febrer, pel qual es regulen els títols professionals del sector pesquer de patró costaner polivalent, patró local de pesca i mariner pescador, i es modifiquen el Decret 34/2014, d'1 d'agost, pel qual es fixen els principis generals de la pesca recreativa i esportiva a les aigües interiors, i el Decret 5/2015, de 13 de febrer, pel qual es regula el canvi de port base i les autoritzacions d'ús temporal de ports diferents del port base de les embarcacions pesqueres a la comunitat autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 25); el Decret 21/2018, de 6 de juliol, pel qual s'estableixen els principis generals per a la pesca del corall vermell a les aigües interiors de les Illes Balears i se n'estableix l'ordenació (BOIB núm. 84); el Decret 22/2018, de 6 de juliol, pel qual es regula el desembarcament, la primera venda, la traçabilitat i el control dels productes pesquers a les Illes Balears (BOIB núm. 84), i el Decret 25/2018, de 27 de juliol, sobre la

conservació de la *Posidonia oceanica* a les Illes Balears (BOIB núm. 93). També la **salut i la sanitat** han merescut l'atenció del Govern de les Illes Balears. Així, el Decret 2/2018, de 23 de febrer, pel qual s'aprova la política de seguretat de la informació del Servei de Salut de les Illes Balears (BOIB núm. 25); el Decret 8/2018, de 23 de març, pel qual es regula la capacitat lingüística del personal estatutari del Servei de Salut de les Illes Balears (BOIB núm. 37); el Decret 11/2018, de 27 d'abril, pel qual es regula l'exercici de la sanitat mortuòria de les Illes Balears (BOIB núm. 52), i el Decret 29/2018, de 14 de setembre, pel qual es regulen la Comissió de Formació Continuada de les Professions Sanitàries de les Illes Balears, el procediment d'acreditació i les activitats de col·laboració i avaluació que duen a terme experts avaluadors, així com les indemnitzacions que se'n deriven (BOIB núm. 114).

En fi, **altres decrets** de l'aprovació dels quals s'ha de deixar constància són: el Decret 55/2017, de 15 de desembre, del Fons de Seguretat Pública de les Illes Balears (BOIB núm. 153); el Decret 4/2018, de 23 de febrer, pel qual s'aproven l'organització, les funcions i el règim jurídic de la Comissió de Medi Ambient de les Illes Balears (BOIB núm. 26); el Decret 13/2018, de 18 de maig, pel qual es crea el Catàleg de les varietats locals d'interès agrari de les Illes Balears (BOIB núm. 62); el Decret 15/2018, de 8 de juny, del règim especial de les ajudes a l'exterior en matèria de cooperació per al desenvolupament i solidaritat internacional i del Registre d'organitzacions no governamentals de desenvolupament de les Illes Balears (BOIB núm. 72); el Decret 23/2018, de 6 de juliol, pel qual es desplega parcialment la Llei 10/2006, de 26 de juliol, integral de la joventut (BOIB núm. 84), i el Decret 24/2018, de 13 de juliol, pel qual es regulen la constitució i el funcionament dels clubs esportius de règim especial o simplificat de les Illes Balears (BOIB núm. 87).

II. Estat

Més per la seva transcendència política que jurídica, s'ha de destacar entre les normes aprovades per l'Estat el RD 954/2017, de 31 d'octubre, pel qual es disposa, en virtut de les mesures autoritzades el 27 d'octubre de 2017 pel Ple del Senat respecte de la Generalitat de Catalunya en aplicació de l'art. 155 CE, l'adopció de diverses mesures amb relació a l'organització de la Generalitat de Catalunya i el cessament de distints alts càrrecs de la Generalitat de Catalunya (BOE núm. 266).

Des del punt de vista jurídic, el més característic de l'activitat normativa estatal durant el període que abasta aquesta crònica és la utilització reiterada de la

institució del decret llei, atès que la majoria de qüestions regulades ho han estat mitjançant aquest tipus de norma. Així, hem d'esmentar-ne els següents:

- RDL 16/2017, de 17 de novembre, pel qual s'estableixen disposicions de seguretat en la investigació i explotació d'hidrocarburs en el medi marí (BOE núm. 280).
- RDL 17/2017, de 17 de novembre, que modifica la Llei 28/2005, en matèria de mesures sanitàries per fer front al tabaquisme (BOE núm. 280).
- RDL 18/2017, de 24 de novembre, que modifica el Codi de comerç, el text refós de la Llei de societats de capital i la Llei d'auditoria de comptes (BOE núm. 287).
- RDL 19/2017, de 24 de novembre, en matèria de comptes de pagament bàsics, trasllat de comptes de pagament i comparabilitat de comissions (BOE núm. 287).
- RDL 20/2017, de 29 de desembre, pel qual es prorroguen i aproven diverses mesures tributàries i d'altres mesures vigents en matèria social (BOE núm. 317).
- RDL 21/2017, de 29 de desembre, d'adaptació de les normes espanyoles en matèria de mercats de valors a la normativa europea (BOE núm. 317).
- RDL 1/2018, de 23 de març, sobre la destinació del superàvit de les corporacions locals per a inversions financerament sostenibles (BOE núm. 73).
- RDL 2/2018, de 13 d'abril, que modifica el text refós de la Llei de propietat intel·lectual i s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol determinades directives europees (BOE núm. 91).
- RDL 3/2018, de 20 d'abril, que modifica la Llei 16/1987, en matèria d'arrendament de vehicles amb conductor (BOE núm. 97).
- RDL 4/2018, de 22 de juny, relatiu a la designació del Consell d'Administració de la Corporació RTVE i del seu president (BOE núm. 152).
- RDL 5/2018, de 27 de juliol, en matèria de protecció de dades (BOE núm. 183).
- RDL 6/2018, de 27 de juliol, pel qual s'aprova una oferta d'ocupació pública extraordinària i addicional per al reforç de mitjans en l'atenció a asilats i refugiats (BOE núm. 184).
- RDL 7/2018, de 27 de juliol, sobre accés universal al Sistema Nacional de Salut (BOE núm. 183).
- RDL 8/2018, de 3 d'agost, de modificació del Programa d'activació per a l'ocupació (BOE núm. 188).

- RDL 9/2018, de 3 d'agost, amb relació al desenvolupament del Pacte d'Estat contra la violència de gènere (BOE núm. 188).
- RDL 10/2018, de 24 d'agost, pel qual es modifica la Llei 52/2007, que reconeix i amplia drets i s'estableixen mesures a favor dels qui patiren persecució o violència durant la guerra civil i la dictadura (BOE núm. 206).
- RDL 11/2018, de 31 d'agost, de transposició de directives en matèria de protecció dels compromisos per pensions amb els treballadors, prevenció de blanqueig de capitals i requisits d'entrada i residència de nacionals de països tercers i pel qual es modifica la Llei 39/2015, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (BOE núm. 214).
- RDL 12/2018, de 7 de setembre, de seguretat de les xarxes i sistemes d'informació (BOE núm. 218).
- RDL 13/2018, de 28 de setembre, que torna a incidir sobre l'arrendament de vehicles amb conductor (BOE núm. 236).
- RDL 14/2018, de 28 de setembre, sobre la Llei del mercat de valors (BOE núm. 236).
- RDL 15/2018, de 5 d'octubre, de mesures urgents per a la transició energètica i la protecció de consumidors (BOE núm. 242).
- RDL 16/2018, de 26 d'octubre, de mesures contra el tràfic il·lícit de persones i mercaderies amb relació a les embarcacions utilitzades (BOE núm. 260).

D'entre les lleis aprovades, se n'ha de cridar l'atenció sobre la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (BOE núm. 272), la Llei 5/2018, d'11 de juny, de modificació de la LEC, en relació amb l'ocupació il·legal d'habitatges (BOE núm. 142), la Llei 7/2018, de 20 de juliol, de modificació de la Llei 42/2007, del patrimoni natural i de la biodiversitat (BOE núm. 176) i la Llei orgànica 1/2017, de 13 de desembre, que modifica la Llei del tribunal del jurat per garantir la participació de les persones amb discapacitat sense exclusions (BOE núm. 303).

rjib 17

LLIBRES

Carlos Gómez Martínez

Magistrat del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

(Noticiari de fets memorables de Mallorca (1749-1828).

Edició i estudi preliminar de Carme Simó Roca)

Joaquín Eduardo Tomás Marín

Advocat de la Direcció de l'Advocacia

de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears

(Comentarios a la Ley de Urbanismo de las Illes Balears)

NOTICIARI DE FETS MEMORABLES DE MALLORCA (1749-1828). Edició i estudi preliminar de Carme Simó Roca. G. NADAL I HUGUET. Palma: Lleonard Muntaner Editor, 2018.

En Gabriel Nadal i Huguet va ser notari i jurista. Hi ha constància que va exercir els càrrecs d'alcalde del barri del Call de Palma, procurador del Comú de Preveres de la parròquia de Sant Jaume d'Alcúdia, escrivà de la cúria de Santa Maria del Camí, escrivà major de les cúries civil i de béns confiscats de la Inquisició, secretari de la Junta de Farmàcia de Mallorca i encarregat d'inventariar la plata del convent de Sant Domingo entregada per l'encunyació de moneda destinada a pal·liar els efectes de la pesta groga de 1821.

En Gabriel Nadal va publicar dues obres: *Reflecciones que se hacen sobre la duda que se ha introducido en Mallorca de si los alodios así reales, como de los particulares quedan o no abolidos en virtud de los decretos de las Cortes de 6 de agosto 1811 y 19 de julio 1813*; i *Exposición en la que se manifiesta y prueba que los diezmos y alodios son respectivamente un derecho de propiedad, y no de señorío y por lo mismo no quedaron abolidos por los decretos de las Cortes de 6 de agosto de 1811 y de 19 de julio de 1813 y que también la cabrevación es precisa y necesaria para que no se pierdan los censos de todas clases*.

També va produir obra no publicada de la qual en forma part, precisament, el *Noticiari* recollit en dues còpies manuscrites de la segona meitat del segle XIX. Una d'elles, la de Bartomeu PASQUAL, constitueix la base de l'edició que ara comentam.

Carme SIMÓ ROCA, doctora en Filologia Catalana fa un detallat estudi de la llengua emprada per l'autor, amb atenció a les grafies, la fonètica, la morfosintaxi i el lèxic, però des del punt de vista del dret el que interessa és part del contingut del «Noticiari», especialment, les anotacions que fan referència a fets de transcendència jurídica.

Així, l'autor recull íntegrament texts jurídics com són el Decret de la Reial Audiència de 29 de juliol de 1749 concedint una moratòria general pels deutors; el Decret reial de 21 de juliol de 1814 restablint la Inquisició; l'«auto» de la Reial Intendència de 23 de juny de 1762 ordenant la creació de milícies mallorquines; el pregó de 16 de gener de 1778 regulant el dol o el decret de 21 de juliol de 1814 pel qual es restableix la Inquisició.

Altres vegades el jurista expressa la seva opinió sobre normes que just acaben d'entrar en vigor. Així, després de transcriure el Decret de la Reial Audiència, abans esmentat, de 29 de juliol de 1749 concedint una moratòria general pels deutors, afegeix de la seva collita: «Déu mos alliberi per la sua misericòrdia infinita de

semblants esterilitats i misèries. Amén» o parla de l'Ordre de 1762 de creació de dos regiments de milícies criticant-la per haver-se aprovat «sens reparar ni atènder a altre consideració que al logro de los empleos, considerant-se capitans y preocupats per la codícia del salari»; o manifesta el seu disgust per la supressió de la Inquisició.

Algunes de les anotacions donen compte de l'aplicació de la llei. Així, el «Noticiari» relata nombroses execucions. Algunes no descrites amb detalls sovint un mica morboses, tal com ho fa amb la que va tenir lloc el 15 d'abril de 1769. L'autor assenyalava els fets pel qual fou condemnat un home d'Alaró anomenat «El Blanc», que va ser acompanyat al suplici pel seu fill el qual anava «ab lo dogal al coll». El notari NADAL compta que la pena de mort s'havia dictat cinc anys abans, però com que a Mallorca en aquell moment no hi havia botxí (inevitablement ve al cap el record de la pel·lícula «El Verdugo» d'en Berlanga) «li daren lloch d'apel·lació». Sembla que «la doble instància penal» finalment instaurada en el nostre país en la Llei 41/2015, de 5 d'octubre, depenia llavors de factors purament contingents. L'autor narra que la teulada d'una peixateria s'esfondrà («passà per uy») a causa d'haver-s'hi acumulat massa gent damunt contemplant la «funció» d'aquesta execució.

El dia 15 de març de 1774 es va penjar a la forca un jove de Capdepera per haver mort la seva dona. La Sentència va establir que havia de ser duit a la forca ficat dins una sàrria (recipient d'espart per al transport) arrossegat per un mul.

El 23 de març de 1776 es va executar una dona per haver mort el seu home amb una xapeta i una massa. En aquest cas no va bastar amb matar-la, també li varen tallar el cap i el braç dret. El cos fou ficat dins una bota pintada —«al tenor de la llei parricida Pompeya»— i tirat al mar per després ser recollit per tal de donar-li sepultura eclesiàstica. El braç va ser clavat al Pont d'Inca i el cap a La Soledat.

En el penjament de 27 de febrer de 1779 es descriu també una prolongació de l'execució més enllà de la mort. Els dos integrants d'una parella que havia emetitzat la dona del condemnat va ser fermada, després de morts, esquena contra esquena i va romandre així des del matí fins l'horabaixa.

Dóna compta també, l'autor, de l'aplicació de la pena «d'assots» el 6 d'agost a un home (200) i una dona (100) pel botxí del Sant Ofici «per embusteros sortilegis».

El 24 de gener de 1788 es va passar per les armes un soldat suís que havia mort un pagès. L'autor indica que «del passat per les armes es diu que era fill de jutge»; el 19 d'abril del mateix any es va penjar a la forca un esclau moro que havia mort el seu amo, un notari; el 3 de gener de 1803 es penjà de la mateixa manera un soldat per «sodomita».

En algunes ocasions la llei que es compleix és de caire administratiu. És el cas de l'execució de l'Ordre del Rei de 1769 que manava la constitució de 24 barris a Palma, amb els seus corresponents alcaldes. Els «cap de case» varen triar 12 «alets» per barri i aquests en designaren un d'ells per alcalde. La Ciutat va entregar a cada alcalde «un bastó de xacarandana negra».

De vegades inclou comentaris sarcàstics sobre el compliment (o, més ben dit, incompliment en aquest cas) de les normes. Així, en relació amb el conflicte que va esclatar en 1783 per l'intent de prohibir les espases, el notari NADAL explica que va arribar una ordre del «tribunal de la Bul·la» per la qual es privava a la Reial Audiència de tot govern polític i econòmic i es reduïen les seves competències a la jurisdicció. El cronista relata que «A cuya ordre, luego de rebuda decretaren: se guarde, cumpla i execute según su serie y tenor y se archive en el archivo secreto».

L'autor, encara que no amaga la seva ideologia conservadora, descriu amb detall la publicació a Palma de la Constitució de 1812, amb processó, dinar per als pobres i jurament de les tropes inclosos, i dóna compte de la supressió i del restabliment de la Inquisició.

L'organització judicial no escapa a les anotacions. En la 346 es fa esment a la divisió de l'Audiència en dues sales «per despatxar los innumerables processos que havia entretinguts».

Alguns dels fets que relata el noticiari ens fan conscients dels avenços en matèria de dret humans si comparem amb el temps actuals. Per exemple, quan dóna compte de la venda de «vint y tants moros» en la plaça de Cort.

El dret constitucional no és aliè al noticiari quan es fa constar que el rei de Portugal «se ha deixat posar cámaras» i el Rei d'Espanya ha proclamat que «ell no en vol, sinó que vol ser absolut, així com son pare, avi y bisavi».

Tampoc el dret internacional està absent del *Noticiari*. Així resulta curiós que la guerra «es publica» contra Marroc (10 de juliol de 1791), contra França (31 de març de 1793), contra Anglaterra (13 d'octubre de 1796) i una altra vegada contra França (12 de desembre de 1802). També «es publica la pau» amb un país que ens cau una mica enfora, Rússia (12 de desembre de 1802).

Resumint, el llibre és un exemple de crònica del dret viu, de la influència de les normes en la vida dels ciutadans, enfora de la dogmàtica o de l'estudi de les lleis. A més a més, l'obra es presenta com a íntimament lligada a l'esfera privada ja que l'autor considera com a memorables abastament per incloure en el *Noticiari* fets de la seva quotidianitat com les bodes de les filles i fills, naixement dels nets i, fins i tot, l'adquisició d'objectes com sivelles, canteranos, cantoneres, reliquiaries, olles d'aram...

Noticiari de fets memorables de Mallorca...

en miscel·lània amb fets jurídics, polítics i socials. Fins i tot recull que l'1 de gener de 1780... havia pujat el tabac.

El dret i la vida, una vida lenta a una illa remota: la notícia de la mort del Rei Carlos III va tardar sis dies en viatjar de Madrid a Palma.

C.G.M.

COMENTARIOS A LA LEY DE URBANISMO DE LAS ILLES BALEARS.

A. BLASCO ESTEVE y J. MUNAR FULLANA (Dir.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

I

La obra sobre la que versa la presente recensión pretende constituir un primer referente para el estudio y análisis de la Ley 12/2017, de 29 de diciembre, de urbanismo de las Illes Balears (en adelante, LUIB).

En contraposición al dilatado lapso temporal que se tardó en promulgar una regulación integral de la actividad administrativa en materia de urbanismo en el archipiélago balear mediante la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Ordenación y Uso del Suelo (en adelante, LOUS), el legislador ha aguardado menos de un lustro desde su vigencia en abolirla con la aprobación de la LUIB.

Su reciente entrada en vigor, así como las dificultades de carácter práctico que pueden derivar de su aplicación, han motivado la elaboración y publicación del libro objeto de estudio.

Bajo la dirección de Avelino BLASCO ESTEVE y Jaume MUNAR FULLANA, toda una serie de juristas de reconocido prestigio abordan con detenimiento, a lo largo de sus trece capítulos, el nuevo marco normativo que conforma la LUIB.

Los dos capítulos introductorios, íntimamente relacionados con la Exposición de Motivos y el Título Preliminar del texto legislativo analizado, suponen una primera toma de contacto con el mismo.

Así, en el primero de ellos, titulado «La LUIB en el marco del derecho urbanístico y territorial balear. Los principios generales de la ley», Avelino BLASCO ESTEVE —Catedrático de Derecho Administrativo de la Universitat de les Illes Balears (en adelante, UIB)— desglosa las principales normas que precedieron a la LUIB y los distintos principios que la inspiran.

Para el análisis de la regulación preexistente, el autor divide ésta en tres grandes bloques: la legislación de ordenación del territorio, la normativa estrictamente urbanística y la relativa a la protección de los espacios y áreas naturales. Por quedar expresamente derogada por la LUIB, destaca la comparativa que se efectúa respecto de la LOUS.

El siguiente apartado trata el Capítulo I del Título Preliminar de la Ley, sistematizado en cuatro bloques nítidamente diferenciados.

En el segundo capítulo de la obra, bajo el epígrafe «Las competencias administrativas en materia de urbanismo», Ángel Custodio NAVARRO SÁNCHEZ —Secretario del Consell Insular de Formentera— desmenuza, a la luz de la LUIB,

tanto el reparto de competencias en esta materia como el contenido y ejercicio de las mismas por los distintos entes de la Administración.

II

Los capítulos III y IV del libro desarrollan el régimen urbanístico del suelo, ubicado en el Título I de la LUIB.

En este sentido, Bartomeu TUGORES TRUYOL —Director gerente de la Agencia de Defensa del Territorio de Mallorca— centra el estudio del capítulo III en el «Régimen urbanístico del suelo urbano y urbanizable». Tras el análisis de ambas modalidades, así como de sus distintas manifestaciones, ciñe su exposición al conjunto de derechos y deberes de sus propietarios.

Por otro lado, el cuarto capítulo de la obra trata la tercera clase de suelo enunciada en el art. 18 LUIB: el «Régimen urbanístico del suelo rústico». De la mano de Jaume MUNAR FULLANA —Jefe del Servicio Jurídico de Urbanismo del Consell Insular de Mallorca— se razonan sus tipos y elementos configuradores, subrayando en último término la figura del núcleo rural.

El autor del capítulo anterior, desgana en el quinto «El planeamiento urbanístico». Por su relevancia, la obra estudia pormenorizadamente este instrumento, considerado como una auténtica fuente de actividad normativa. MUNAR detalla las clases, elaboración y efectos del mismo, en desarrollo del Título II de la LUIB.

III

Con el fin de ilustrar el Título III de la LUIB, emergen el Capítulo VI y el VII del libro comentado.

El primero de ellos, bajo la rúbrica «Ejecución del planeamiento y gestión urbanística», versa sobre los artículos 69 a 99 LUIB. No obstante lo anterior, Bartomeu TRÍAS PRATS —Profesor contratado Doctor de Derecho Administrativo de la UIB— advierte que su regulación no se circunscribe únicamente a los preceptos referidos.

Felio José BAUZÁ MARTORELL —Profesor asociado de Derecho Administrativo de la UIB— analiza en el Capítulo VII la figura de los «Convenios urbanísticos», explicando a lo largo del mismo la configuración, tipologías y control de este controvertido mecanismo, siempre bajo el prisma de la LUIB.

El capítulo VIII consagra los «Instrumentos de la política de suelo». Joana M. SOCIAS CAMACHO —Profesora Titular de Derecho Administrativo de la UIB— expone los medios de intervención en el mercado del suelo ubicados en el Título IV

de la LUIB, dedicando especial atención a la institución del patrimonio público del suelo. Ello se explica porque, según palabras de la propia autora, es el instrumento de más trascendencia para garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad inmobiliaria.

En el capítulo IX de la obra se procede al estudio del «Ejercicio de las facultades relativas al uso y edificación del suelo». Aquí, Ángel Custodio NAVARRO SÁNCHEZ desmenuza primordialmente el Título V de la LUIB, desarrollando cuestiones tan relevantes como la obligación de urbanizar, de edificar y rehabilitar, las consecuencias del no ejercicio en plazo de algunos derechos urbanísticos, la conservación de obras y de construcciones y las actuaciones de reforma interior y regeneración urbana.

Fernando SOCÍAS FUSTER —Magistrado de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears— dedica el capítulo X a «La intervención preventiva en la edificación y uso del suelo» con el propósito de comentar la regulación hallada en el Título VII de la LUIB. El autor detalla las diferencias existentes en esta materia respecto de la normativa anterior, dejando claro con el análisis de la LUIB que la misma se nutre esencialmente tanto de la LOUS como de la Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística. Asimismo, el magistrado evidencia con su aportación que la legislación reguladora no se agota con la Ley 12/2017.

Por su manifiesta importancia, el magistrado explica con ahínco en este Capítulo el doble sistema de intervención preventiva que introdujo la Ley 2/2014 —compuesto por la licencia y la comunicación previa— y que mantiene la LUIB con algunas particularidades.

IV

La propia Exposición de Motivos de la LUIB define la disciplina urbanística como «el conjunto de medidas sancionadoras y de restablecimiento de la legalidad y de la realidad física que se tienen que adoptar ante las infracciones urbanísticas», ubicando el grueso de su regulación en el Título VIII de la norma mentada.

Como así dispone el artículo 144.2 del mismo texto legislativo, la disciplina urbanística comportará el ejercicio de las siguientes potestades administrativas:

- a) La inspección de la ejecución de los actos sujetos a licencia urbanística municipal o a comunicación previa.
- b) La protección de la legalidad urbanística y el restablecimiento de la realidad física alterada.
- c) La sanción de las infracciones urbanísticas.

Con la finalidad de examinarlas, y por este orden, se redactan los Capítulos XI, XII y XIII de la obra.

En el primero de ellos se analiza por Bartomeu TUGORES TRUYOLS «La inspección urbanística». Pese a dedicarle la LUIB un único precepto —su artículo 162—, el autor trata extensamente el contenido de sus tres apartados: naturaleza y funciones de la inspección urbanística, la práctica de la misma —con un especial estudio de las actas de inspección— y las obligaciones que se derivan ante el personal inspector.

En el capítulo XII, Avelino BLASCO ESTEVE escribe sobre «La protección de la legalidad urbanística». Para ello, además de explicar con claridad meridiana las medidas existentes, la distribución competencial en esta materia, o la vasta disposición transitoria octava de la LUIB, destaca el exhaustivo análisis que realiza de las medidas según haya título jurídico habilitante o se carezca de él.

Para concluir la obra, Aina SALOM PARETS —Profesora Contratada Doctora de la UIB— expone en el Capítulo XIII las «Infracciones y sanciones urbanísticas», el último pilar sobre el que se sustentan las potestades administrativas derivadas de la disciplina urbanística. La autora realiza un completo estudio de los ilícitos administrativos y de las consecuencias de su realización, dedicando las últimas líneas de su texto a las competencias municipales y supramunicipales en la materia, así como al procedimiento sancionador.

V

La obra a la que se refiere la presente recensión cumple con creces el fin para el cual fue concebida. La misma estudia integralmente las numerosas y trascendentes novedades de contenido material que contiene la LUIB, tratándolas ya no sólo desde una perspectiva meramente teórica, sino también de carácter práctico.

No falta espacio para la crítica por parte de los autores de la obra, recalcando a lo largo del relato la existencia de diferentes incorrecciones de técnica normativa.

En esencia, la obra aglutina toda una serie de autorizadas reflexiones que tratan sistemáticamente el referente legislativo del urbanismo balear, ilustrando al lector en esta trascendental materia.

J.E.T.M.

