

18

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

*Fèlix Pons, lluny de l'oblit*

•

*El pacte successori d'apartació  
en el dret civil propi de Galícia*

•

*Canvi climàtic, energia i comunitats autònomes*

•

*La protecció del dret a saber*

•

*Referèndums municipals versus consultes ciutadanes*

2020







# rjib 18

*Fèlix Pons, lluny de l'oblit*

•

*El pacte successori d'apartació  
en el dret civil propi de Galícia*

•

*Canvi climàtic, energia i comunitats autònomes*

•

*La protecció del dret a saber*

•

*Referèndums municipals versus consultes ciutadanes*

**2020**

### Coedició

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

Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats  
de les Illes Balears  
Ramblas, 10  
07003 Palma (Illes Balears)  
Tel.: 971 179409 / Fax: 971 719206  
fundacio@icaib.org  
<https://www.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: © Institut d'Estudis Autònoms i Fundació de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de les Illes Balears

Dels textos: © Els autors

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

---

ISSN: 1697-1272

ELS ARTICLES EXPRESSEN EXCLUSIVAMENT L'OPINIÓ DELS SEUS AUTORS.

Publicació també disponible a <https://revistajuridicaib.icaib.org>

# rjib 18

## SUMARI

Gabriel Lladó Vidal. *Fèlix Pons, lluny de l'oblit* ..... 9

### ESTUDIS

José Manuel Busto Lago. *Aproximaciones al pacto sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar* ..... 15

Jordi Jaria-Manzano y Endrius Cocciolo. *Cambio climático, energía y comunidades autónomas: el impulso de la transición energética mediante el cierre de centrales térmicas en la Ley balear 10/2019* ..... 61

### COMENTARIS I NOTES

Carmen Fernández González. *La protección del derecho a saber en las Illes Balears* ..... 89

Sebastià Rubí Tomàs. *Referèndums municipals versus consultes ciutadanes: la qüestió en la Llei balear de consultes populars i processos participatius* ..... 101

## COMENTARIS DE JURISPRUDÈNCIA

### Constitucional

Jaume Munar Fullana. *El Tribunal Constitucional atorga l'empара per vulneració dels drets d'intimitat, imatge i honor, produïda mitjançant la utilització esbiaixada de la tècnica periodística de càmera oculta* ..... 118

Lourdes Aguiló Bennàssar. *El Tribunal Constitucional avala la selecció i el nomenament de policies locals amb caràcter d'interinitat* ..... 122

Jaume Munar Fullana. *Validació de la potestat i causa expropiatòria prevista en la Llei 13/2018, de 28 de desembre, de camins públics i rutes senderistes de Mallorca i Menorca* ..... 129

### Civil

Carlos Gómez Martínez. *Modificació de la capacitat i divorci. L'Alzheimer d'un dels membres acaba afectant tota la família* ..... 135

Carlos Gómez Martínez. *A voltes amb el crèdit «revolving»* ..... 138

Carlos Gómez Martínez. *No hi ha mutatio libelli malgrat l'augment substancial de la petició de la demanda* ..... 141

José Antonio Baena Sierra. *El retracto anastasio del Código Civil en la doctrina reciente del Tribunal Supremo* ..... 143

### Penal

Eduardo Calderón Susín. *Absolución debidamente motivada del delito de abusos y de agresión sexual* ..... 153

Eduardo Calderón Susín. *La caracterización del delito de detención ilegal en relación con el de secuestro* ..... 158

Eduardo Calderón Susín. *Cultivo de cannabis y distribución de la sustancia. La cuestión del consumo compartido en el ámbito de una asociación cannábica* ..... 162

## **Contenciosa administrativa**

Fernando Socias Fuster. *La interpretació restrictiva de la legitimació activa com a obstacle al control de l'activitat administrativa i a l'efectivitat del principi de «bona administració»* ..... 166

Fernando Socias Fuster. *La resposta a una declaració responsable o comunicació prèvia que no compleixi amb els requisits materials per a l'inici de l'activitat no pot ser «tenir-la per desistida»* ..... 169

Fernando Socias Fuster. *La reducció del termini de prescripció de les ordres de demolició a tan sols cinc anys, per efecte de la reforma de l'article 1964 Cc* ..... 173

Maria Ballester Cardell. *El Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears aprecia un vici de legalitat estructural en la regulació de la capacitació lingüística en l'àmbit de la salut* ..... 177

Francisco Antonio Vaquer Ferrer. *El Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears avala la licitud del Decret de l'impost balear sobre estades turístiques* ..... 187

## **Laboral**

Ferran Gomila Mercadal. *Reconeixement de «Gran Invalidesa» i evolució de la ceguesa* ..... 195

Ferran Gomila Mercadal. *La manca d'obtenció de les titulacions en llengua catalana en termini, exigides al personal docent, no es pot considerar «falta molt greu»* ..... 197

Ferran Gomila Mercadal. *Càlcul del temps necessari per a la promoció professional i l'antiguitat* ..... 200

## **ACTIVITAT REGISTRAL**

Antoni Canals Prats. *Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat (2019)* ..... 204

## **ACTIVITAT NORMATIVA**

Lluís Isern Estela. *Crònica de legislació autonòmica i estatal*  
(novembre 2018-octubre 2019) .....222

Pedro Fullana Barceló. *La incidència de la COVID-19 en*  
*l'ordenament espanyol i balear* .....242

## **LLIBRES**

Juan Alemany Garcías. *Manual para el asesoramiento, representación*  
*y defensa de las Entidades Locales* .....252

## Fèlix Pons, lluny de l'oblit

**Gabriel Lladó Vidal**

Advocat

El proper 2 de juliol farà deu anys del decés de Fèlix Pons Irazazábal (1942- 2010), advocat de professió i vocació, per a qui, segons paraules seves, la política no fou sinó un parèntesi en la seva vida i en l'exercici de l'advocacia.

Es llicencià en dret a la Universitat de Barcelona i s'incorporà al Col·legi d'Advocats de Balears el 30 d'agost de 1985. Tot d'una es va fer càrrec del despatx del seu pare Fèlix Pons Marquès, advocat de reconegut prestigi qui, com a conseqüència d'haver assistit a l'encontre de demòcrates espanyols —injustament denominat «Contubernio de Munich»— que se celebrà en aquesta ciutat els dies 7 i 8 de juny de 1962, va patir represàlia per part pel règim feixista del General Franco que el confinà temporalment a l'illa de Lanzarote.

Seguint l'estela de son pare comença, doncs, la seva activitat professional com a advocat i inicia també la seva singladura com a docent i polític. A una i altres, donà un clar exemple d'integritat i de coherència vital, alhora que lluità fermament en el restabliment de la democràcia.

Va ser professor de l'Escola d'Assistents Socials entre 1965 i 1970, professor de dret polític de la Facultat de Dret de Palma els cursos 1972-1973 i 1973-1974, i professor de dret administratiu de la dita facultat els cursos 1974-1975, 1975-1976 i 1976-1977.

En el mes de març de 1989, en el transcurs de la cerimònia d'investidura com a doctor honoris causa per la Universitat de les Illes Balears, va pronunciar el discurs «Pensar i actuar: les idees i la pràctica política», i en el mes de novembre de l'any 2000 ingressà en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears, i amb tal motiu pronuncià el discurs «Administración y mercado: los límites de la iniciativa económica pública».

En els primers anys d'exercici professional i juntament amb altres companys de professió, funda, en el si del Col·legi d'Advocats de Balears, l'«Agrupación de Abogados Jóvenes de Baleares» de la qual fou nomenat president.

L'any 1974, Fèlix Pons s'afilià al Partit Socialista Obrer Espanyol de les Illes Balears. Integrat de ple en l'activitat política, va ser elegit diputat de les Corts

Generals a la legislatura constituent (1977-1979), escó en el qual continuà al llarg de la primera legislatura (1979-1982).

Assumí la presidència de la Comissió Gestora de la Federació Socialista Balear i, l'any 1983, fou nomenat secretari general del PSOE a les Balears i elegit diputat del Parlament de les Illes fins l'any 1985. Fou designat conseller de Treball i Sanitat del Consell General Interinsular.

Com a membre de la «Comissió dels Onze», participà activament en la redacció de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, aprovat mitjançant la Llei orgànica 2/1983, de 25 de febrer, i posteriorment va intervenir en l'elaboració del text de la seva reforma que finalment s'aprovà mitjançant la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer.

Des de juliol de 1985 a juliol de 1986 va exercir el càrrec de ministre d'Administració Territorial del Govern que presidia aleshores Felipe González, càrrec que abandonà per ocupar la Presidència del Congrés dels Diputats en les seves III i IV legislatures i per a la qual va ser reelegit el 29 de juny de 1993.

L'any 1996, després d'haver estat president de les Corts Generals al llarg de tres legislatures consecutives, tornà a la seva ciutat natal, Palma, i es reincorporà a l'exercici professional de l'advocacia al despatx que compartia amb els seus antics companys. També va recuperar la seva activitat docent com a professor associat de dret mercantil a la Universitat de les Illes Balears, activitat que va dur a terme fins l'any 2006. Va ser director de la *Revista Jurídica de les Illes Balears* des de l'aparició del primer número, en 2003, fins a l'any 2010, contribuint decisivament a la seva consolidació com a publicació de referència entre els estaments jurídics de la nostra comunitat autònoma.

Tot el que fins ara s'ha exposat, posa de manifest que Fèlix Pons va desenvolupar, al llarg de la seva malauradament curta vida, les característiques d'un jurista legislador, governant, professor de dret i advocat amb vertadera vocació i entrega i en les quals va reeixir de forma notable. Dit això, cal destacar el seu bon quefer com a articulista per a revistes i diaris diversos, i també la seva activitat com a conferenciant i participant en taules rodones, donant sempre la seva encertada i equànime opinió sobre temes d'actualitat i fent palès que una de les seves preocupacions era l'organització de la convivència dels espanyols d'acord amb els principis i valors consagrats en la Constitució espanyola de 1978.

Per a ell, els drets humans, la pau i la millora del sistema democràtic tan sols es poden aconseguir amb el perfeccionament de les formes de representació política, el diàleg permanent, el consens, la tolerància i el respecte cap al pluralisme.

*Fèlix Pons, lluny de l'oblit*

Per entendre la figura humana de Fèlix Pons, hem de donar a conèixer la seva ferma posició a favor de l'uropeisme, la seva voluntat de promoció de les cultures diverses i de fer prevaler el manteniment de la pau per sobre d'interessos econòmics; sempre sense renunciar a les idees tradicionals de l'esquerra que, al seu parer, són les millors per garantir el progrés social. Només així tendrem el perfil d'aquest ciutadà exemplar de qui ens veiérem prematurament privats.

Seguint l'ordre natural, tot el que viu ha de morir. Acabarem sent matèria de l'oblit, però, a hores d'ara, en Fèlix és encara present a les vides dels qui el vàrem conèixer, i tant de bo sigui exemple per als polítics que des del Govern del país i de la nostra Comunitat regeixen el nostre esdevenir. Fèlix Pons, lluny de l'oblit.



ESTUDIS



# Aproximaciones al pacto sucesorio de apartación en el Derecho civil propio de Galicia como instrumento de ordenación sucesoria del patrimonio familiar

**José Manuel Busto Lago**

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de A Coruña

## RESUMEN

La peculiaridad del pacto sucesorio de apartación regulado en el Derecho civil propio de Galicia radica en su objeto: a cambio de la percepción actual de un bien o derecho, el legitimario renuncia a esta condición en la herencia del transmitente. Se trata por lo tanto de un anticipo de la legítima en vida, sin que se exija correspondencia alguna entre lo recibido por el legitimario que deja de serlo y las expectativas legitimarias de este. El pacto sirve tanto para garantizar la absoluta libertad dispositiva «mortis causa» del causante transmitente, como para adjudicar una explotación económica indivisa a un legitimario que asuma su titularidad y su gestión en vida del transmitente. Comoquiera que este pacto es susceptible de causar perjuicios, cabe determinar las posibilidades de actuación de los afectados cuyos derechos resulten defraudados. Esta cuestión debe resolverse con arreglo a las normas generales del Código Civil.

**Palabras clave:** pactos sucesorios, legítima, legitimarios, renuncia a la legítima, anticipo de la legítima, apartación sucesoria.

## RESUM

La peculiaritat del pacte successori d'apartació regulat en el dret civil propi de Galícia rau en el seu objecte: a canvi de la percepció actual d'un bé o dret, el legitimari renuncia a aquesta condició en l'herència del transmetent. Es tracta per tant d'una bestreta de la llegítima en vida, sense que s'exigeixi cap correspondència entre allò que rep el legitimari que deixa de ser-ho i les expectatives legitimàries d'aquest. El pacte serveix tant per garantir l'absoluta llibertat dispositiva «mortis causa» del causant transmetent, com per adjudicar una explotació econòmica indivisa a un legitimari que assumeixi la seva titularitat i la seva gestió en vida del transmetent. Donat que aquest pacte és susceptible de causar perjudicis, escau determinar les possibilitats d'actuació

dels afectats els drets dels quals resultin defraudats. Aquesta qüestió s'ha de resoldre d'acord amb les normes generals del Codi civil.

**Paraules clau:** pactes successoris, llegítima, legitimaris, renúncia a la llegítima, bestreta de la llegítima, apartació successòria.

#### ABSTRACT

This paper analyses one of the agreements as to succession regulated by Galician private law: the «separation agreement» (pacto de apartación). The essence of this agreement has to do with its purpose: the relative entitled to the legitime agree to waive its right to it in the other party's succession in exchange for a certain asset or right. Therefore this agreement provides the person entitled to the legitime with a payment in advance of that legitime (the asset, the right), although there is no need for what that right or asset is worth to correspond exactly with the value of the legitime in itself. The «separation agreement» might be used for ensuring that the testator has total freedom of choice when deciding on his succession; but it is also frequently concluded so as to make possible to leave the family enterprise, as a whole, to one of the testator's descendants. As this kind of agreement as to succession may cause damage to the decedent's creditors, as well as to the «separated's» (apartado) creditors, it is important to ascertain the legal remedies available for them in the event that their rights are defrauded. These remedies must be looked for within the general rules of the Civil Code.

**Key words:** Agreements as to succession, legitime, persons entitled to the legitime, waiver to the legitime right, payment in advance of the legitime, separation agreement.

#### SUMARIO

**I. Concepto y aproximación inicial. II. Régimen jurídico aplicable a todo pacto sucesorio otorgado conforme al Derecho civil propio de Galicia. III. Naturaleza jurídica del pacto de apartación. IV. Requisitos subjetivos del apartado. 1. Condición de legitimario. 2. La situación del apartado que pierde sobrevenidamente su condición de legitimario. 3. Eficacia subjetiva del pacto de apartación. 4. Exclusión de la condición de heredero ab intestato. V. La prestación a cargo del apartante. VI. El carácter colacionable de lo dado en la apartación. VII. Pérdida de eficacia sobrevenida de la apartación: ¿mutuo disenso y revocación unilateral? VIII. Los acreedores y el pacto de apartación. 1. La posible utilización de la apartación para defraudar los derechos de los acreedores. 2. El poder de agresión de los acreedores. A. Los acreedores del apartado. B. Los acreedores del apartante. C. ¿Los legitimarios no apartados pueden impugnar el negocio de apartación que perjudique sus legítimas?**

## **I. Concepto y aproximación inicial**

Los pactos sucesorios se erigen como una institución especialmente útil para enfocar la transmisión sucesoria de la empresa familiar y articular, de manera adecuada y ordenada, el relevo generacional en sus órganos de administración y de gobierno corporativo,<sup>1</sup> si bien, como es conocido, el Codificador civil español decimonónico optó por asumir, como principio general acorde con lo que ha sido el Derecho histórico en esta materia, heredero, a su vez, del Derecho romano, la interdicción de la delación paccionada de la herencia. En contraste con esta respuesta del Derecho civil territorial común, en los Derechos civiles territoriales se admiten los pactos sucesorios y, con ellos, la transmisión gratuita en vida de bienes que formarían parte del patrimonio hereditario, en virtud de títulos con eficacia *mortis causa*. Son los Derechos civiles propios de Aragón (arts. 377 a 404 CDFAR), de las Islas Baleares (arts. 72 a 77 CDCB), de Cataluña (arts. 431-1 a 432-5 CCCat), de Euskadi (arts. 100 a 109 LDCV), de Galicia (arts. 209 a 237 LDCG) y de Navarra (Leyes 172 a 183 CDCFN), que regulan distintas figuras paccionadas de naturaleza sucesoria. Entre los pactos sucesorios típicos que contempla la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (en adelante, LDCG), integrando la Sección 4ª (arts. 224 a 227) del Capítulo III de su Título X, se encuentra el llamado pacto de apartación o «apartamento». Estamos en presencia, sin duda, del pacto sucesorio más paradigmático del Derecho civil propio de Galicia. El pacto de apartación consiste en la exclusión irrevocable de un legitimario y de su linaje de la condición de heredero forzoso en la sucesión del apartante a cambio de bienes concretos que le son adjudicados por este. El concepto de apartación se acoge en el art. 224 LDCG en los siguientes términos: «Por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la

---

<sup>1</sup> En este sentido, resulta particularmente ilustrativa la exposición realizada por A. BOSCH CARRERA en «Aspectos civiles de los pactos sucesorios», en *Estudios sobre Derecho de la empresa en el Código Civil de Cataluña*. Barcelona: J. M.ª Bosch Ed., 2013, especialmente las págs. 91 y ss.; así como por ALASCIO CARRASCO, L. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil catalán*. Barcelona: Ed. Atelier, 2016, págs. 159 y ss., y por BUSTO LAGO, J. M. «Las liberalidades en los protocolos familiares y en los pactos de socios», en EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Á.; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (coords.). *Tratado de las liberalidades. Libro Homenaje al Profesor E. Rubio Torrano*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, págs. 1745 a 1781.

condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados».

La primera idea que debe ponerse de relieve al hablar de la apartación sucesoria, en relación con el otro pacto sucesorio típico conforme al Derecho civil de Galicia, constituido por el denominado «pacto de mejora» —y su variante objetiva, representada por la «mejora de labrar y poseer»—, es que nos encontramos ante un auténtico pacto sucesorio y no ante una mera liberalidad del causante, en tanto que supone un anticipo de la legítima: el apartado recibe un bien/es determinado/s y el causante se libera de los obstáculos derivados de la existencia del legitimario apartado que le impedían realizar actos de liberalidad por cualquier título, perdiendo el legitimario apartado —y toda su estirpe—, esta condición respecto del causante apartante. De aquí se puede derivar el carácter aleatorio del pacto de apartación para el apartado. La apartación se ha interpretado y explicado por los comentaristas de este pacto sucesorio en la pretérita LDCG de 1995 como un supuesto de efectiva exclusión del apartado de la condición de legitimario a cambio de una contraprestación actual a cargo del causante, sin que necesariamente la actualidad de la prestación a cargo del apartante haya de interpretarse como transmisión o transferencia inmediata de la propiedad de determinados bienes o de la titularidad de determinados derechos, sino que la concertación del pacto hace actual la efectiva prestación futura.<sup>2</sup>

A pesar de tratarse de un modo de delación de la herencia, en el caso del pacto de apartación, nos encontramos en presencia de un negocio jurídico con eficacia transmisiva *inter vivos*, en virtud del cual, un legitimario —o varios— se excluyen voluntariamente de la futura sucesión, tanto si esta se defiere en virtud de testamento, como si se defiere *ab intestato* —posibilidad, esta última, que contempla expresamente el art. 226 LDCG, si media pacto, pero no en caso contrario—, del —o de los— causante a cambio de la transmisión de un bien o de un derecho.<sup>3</sup> Sin

---

<sup>2</sup> BERMEJO PUMAR, M.<sup>a</sup> M. «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», en *Libro homenaje a I. Sánchez Mera*. Madrid: Ed. Colegios Notariales de España, 2002, pág. 1237.

<sup>3</sup> La SAP de Pontevedra, Sección 1<sup>a</sup>, núm. 79/2011, de 11 de febrero [JUR 2011\115549], señala, en su FD 5<sup>o</sup>, que «la apartación es un negocio jurídico *inter vivos* de disposición, sin perjuicio de su vocación reguladora de una situación *post mortem*». Esta misma naturaleza jurídica —negocio jurídico con eficacia *inter vivos*— es afirmada, respecto del pacto de mejora con entrega de presente por calificar el pacto de mejora con entrega de presente por la STSJ de Galicia núm. 43/2014, de 6 de octubre (confirmando, en grado de casación, la SAP de

perjuicio de ello, la naturaleza de pacto sucesorio de la apartación determina que su tratamiento fiscal sea el propio de los negocios jurídicos de ordenación de la sucesión por causa de muerte, lo que tiene especial relevancia en la (inexistente, por no concurrir el presupuesto para la apreciación de un incremento patrimonial) tributación del apartante en el IRPF.

## **II. Régimen jurídico aplicable a todo pacto sucesorio otorgado conforme al Derecho civil propio de Galicia**

Los arts. 209 a 213 LDCG, que integran la Sección 1ª del Capítulo III de su Título X, rubricada «Disposiciones generales», establecen las reglas sobre la capacidad de obrar (art. 210); la exigencia de escritura pública como requisito de forma *ad solemnitatem* (art. 211); el carácter personalísimo de estos pactos sucesorios, sin perjuicio de admitir la posibilidad de su otorgamiento por medio de representante siempre que cuente con un poder especial y en el que, además, se contengan los elementos esenciales del pacto sucesorio que el representante va a otorgar (art. 212); así como el mandato de integrar el contenido de las disposiciones o estipulaciones contenidas en los pactos sucesorios —aunque literalmente la norma se refiere exclusivamente a los pactos de mejora, debe ser extensible a todos ellos— en las que se aluda a instituciones propias del Derecho civil consuetudinario gallego, conforme a los usos y costumbres «del lugar» (art. 213), situando así a los medios objetivos de interpretación —usos y costumbres— de las estipulaciones paccionadas por encima de la interpretación subjetiva que preconiza el art. 675 CC respecto de la interpretación del testamento.<sup>4</sup>

---

A Coruña, Sección 4ª, núm. 16/2014, de 27 de enero [JUR 2014\49856]), en relación con la validez de la transmisión de las participaciones sociales realizada por un socio de una sociedad limitada a favor de sus dos hijos en virtud de un pacto de mejora con entrega de presente (irrevocable y sin reserva alguna de facultades de disposición por la adjudicante), previéndose en los estatutos sociales que será libre la transmisión de participaciones sociales realizadas «*mortis causa* a favor de pariente del socio fallecido hasta el cuarto grado de consanguinidad»; mientras que para el resto de transmisiones de la titularidad de participaciones sociales se establece un derecho de adquisición preferente a favor de los demás socios, estando obligado el socio que pretenda realizar una transmisión de esta naturaleza a comunicarlo al órgano de administración de la sociedad.

<sup>4</sup> Sobre estas cuestiones generales del régimen jurídico de los pactos sucesorios en Galicia puede verse BUSTO LAGO, J. M. *Curso de Derecho civil de Galicia*. Barcelona: Ed. Atelier, 2015, págs. 407 y ss.

En cuanto a los requisitos subjetivos que han de concurrir en los otorgantes de los pactos sucesorios al de la plena capacidad de obrar que enuncia el art. 210 LDCG, ha de añadirse la exigencia de que el otorgante del pacto sucesorio ha de ostentar la vecindad civil gallega en el momento de formalizarse este, cualquiera que sea el tipo de que se trate. La duda se plantea en el caso de que concurra también a su otorgamiento el beneficiario del mismo, en orden a si habrá de concurrir también en este último el referido requisito de la vecindad civil gallega. La respuesta afirmativa se ha dado desde el ámbito notarial, lo que restringe de manera evidente el ámbito o espectro subjetivo de los pactos sucesorios regulados en la LDCG.<sup>5</sup> Frente a este parecer, comoquiera que el pacto sucesorio es una forma de delación de la herencia y esta se rige por la vecindad civil del causante, sin perjuicio de que se mantenga la validez de los pactos sucesorios otorgados de manera válida de conformidad con la vecindad civil del instituyente en el momento de su formalización (ex art. 9.8º CC), el requisito que nos ocupa es predicable únicamente del instituyente o transmitente.<sup>6</sup> Por otra parte, ha de precisarse que la pérdida sobrevenida de la vecindad civil gallega de los otorgantes no determina la ineficacia sobrevenida del negocio paccionado. Esta afirmación resulta, a mi juicio, incontrovertible en el caso de los pactos sucesorios que conllevan la transmisión de la propiedad del bien o de los bienes objeto del pacto en el momento de ser otorgado y formalizado en escritura pública, como acontece en el caso del pacto de apartación. En el caso de un

---

<sup>5</sup> Vid. ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J.; VIDAL PEREIRO, V. M. «Comentario de los artículos 209 a 212 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*. Vol. I. Madrid: Consejo General del Notariado, 2007, págs. 352 y 353.

<sup>6</sup> Este es el parecer, v. gr., de REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 209 de la LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2008, pág. 913, y de RODRÍGUEZ PARADA, A. I. «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma gallega. Ley 2/2006, de 4 de junio, de Derecho civil de Galicia», en GIMENO, J. L.; RAJOY, E. (coords.). *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones. Derecho común, foral y especial*. T. II. Cizur Menor: Ed. Civitas – Registradores de España, 2008, en particular, pág. 1204.

Este mismo parecer es sostenido, respecto de la exigencia de la vecindad civil del transmitente o causante en relación con la *diffinitio* balear, v. gr., por FERRER VANRELL, M.ª P. «La “diffinitio” en el Derecho civil de Mallorca», en GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (dir.). §.II del capítulo 48 del *Tratado de Derecho de sucesiones*. T. II. Cizur Menor: Ed. Civitas, 2016 (2ª ed.), págs. 662 y 663.

apartado por un apartante que pierde sobrevenidamente su vecindad civil gallega, de manera que su sucesión hereditaria se rige por el Derecho civil territorial común y, en particular, las legítimas, en el caso de que el bien o los bienes recibidos en virtud de la apartación no resulten suficientes para el pago de estas, debe considerarse que el apartado no ha sido preterido en el testamento del causante, que la atribución patrimonial recibida en virtud del pacto de apartación se imputa a su legítima y que, de no resultar suficiente, estará activamente legitimado para el ejercicio de la acción de suplemento de la legítima.<sup>7</sup>

### **III. Naturaleza jurídica del pacto de apartación**

En el caso de la apartación, configurado como un negocio jurídico dispositivo y de atribución de bienes o derechos (STSJ de Galicia 26/2014, de 13 de mayo [RJ 2014\4568]), al igual que sucede en el caso del mejorado con entrega presente de bienes, el legitimario apartado adquiere la propiedad del bien —o de los bienes— objeto de este negocio jurídico de naturaleza traslativa, sucediendo a título particular —no universal— al apartado que actúa como «tradens», de manera que las deudas de este no se transmiten al adquirente apartado, sino, en su caso y en el momento de fallecimiento del apartante, a los herederos de este —entre los que puede encontrarse el propio apartado, sin perjuicio de que lo ordinario sea lo contrario—. De esta manera, como señala, *v. gr.*, la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, núm. 79/2011, de 11 de febrero [JUR 2011\115549], la transmisión del bien por el

---

<sup>7</sup> Esta solución fue preconizada por LOIS PUENTE al amparo de la LDCG/1995 (*vid.* LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 134 y 135 de la LDCG de 1995», en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*. Madrid: Colegios Notariales de España, 1996, pág. 981); considerando que debe mantenerse de conformidad con la LDCG/2006 REBOLLEDO (*vid.* REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 209 de la LDCG», *cit.*, pág. 914).

También en el Derecho balear se contiene una respuesta similar en relación con la *diffinitio*, en tanto, exigiéndose, conforme a las previsiones del art. 15.4 CC que la vecindad civil en el momento de otorgarse sea la balear (mallorquina, ibicenca y menorquina) —en tanto que a partir de la reforma de la CDCB llevada a cabo por el art. 27 de la Ley 7/2017, de 3 de agosto, su art. 65 dispone que «[e]n la isla de Menorca rige lo dispuesto en el libro I de esta Compilación, a excepción de los artículos 54 a 63»—, que el art. 50.III de la CDCB dispone que la pérdida posterior a la celebración del negocio jurídico de la vecindad civil exigida a los sujetos del pacto no afectará a la validez y eficacia del mismo que las conserva.

apartante al apartado no supone la transmisión de titularidades pasivas de créditos (en el caso resuelto por la referida Sentencia, la deuda nacida frente al anterior poseedor del bien en aplicación de lo dispuesto en el art. 453 CC). Aun cuando la Audiencia Provincial de Pontevedra no lo dice, por evidente aplicación de su régimen jurídico, habría que excluir del ámbito de aplicación de tal afirmación las obligaciones *propter rem* (pensemos en las deudas existentes con la comunidad de propietarios en el caso de que el apartamento tenga como objeto un piso o local comercial en un inmueble en régimen de propiedad horizontal).

La adecuada y acabada respuesta a la cuestión suscitada por el poder de agresión que haya de reconocerse a los acreedores respecto del negocio jurídico constituido por el pacto de apartamento, en caso de que la transmisión de bienes o derechos de naturaleza patrimonial que conlleva suponga un fraude de sus derechos de crédito, requeriría la precisión de una premisa previa que condiciona el régimen jurídico al que hayan de adecuarse las facultades de agresión de los acreedores del apartante y del apartado y que inciden en la eficacia del pacto de apartación, cual es la atinente a la naturaleza onerosa o lucrativa del negocio apartacional.

El repaso de la opinión de los autores —y de la jurisprudencia— que se pronunciaron sobre esta cuestión, tanto al amparo de las previsiones de la Ley de 1995, como de la vigente LDCG, no nos depara un panorama alentador en orden a la seguridad de la naturaleza que haya de darse a la apartación. Sirvan como ilustrativo ejemplo de esta afirmación las siguientes opiniones doctrinales y pareceres jurisprudenciales vertidos en derredor de la naturaleza jurídica del negocio que nos ocupa:

- 1º) En su momento (inmediatamente después de la publicación de la LDCG/1995), DÍAZ FUENTES defendió que estamos en presencia de una renuncia onerosa del apartado por precio o recompensa, no traslativa, sino abdicativa.<sup>8</sup> Acorde a este parecer resultaría el tenor literal del art. 224 LDCG y, en particular, la expresión «a cambio de bienes concretos que le son adjudicados», que presenta claras resonancias de negocios jurídicos con prestaciones recíprocas o sinalagmáticos.
- 2º) Un segundo grupo de autores (LOIS PUENTE, IGLESIAS REDONDO) considera, por el contrario, que no estamos en presencia de declaración unilateral de renuncia abdicativa alguna, en tanto que el apartado no renuncia, sino que recibe antes y que no es onerosa pues no existe el doble

---

<sup>8</sup> DÍAZ FUENTES, A. *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*. A Coruña: Publicacións do Seminario de Estudos Galegos, 1997, pág. 254.

desplazamiento patrimonial que requiere la onerosidad.<sup>9</sup> Sin embargo, no parece que pueda negarse la existencia de una renuncia a la legítima futura, que se habría alcanzado en caso de no haber renunciado y, en realidad, parece que estamos en presencia de un precio (la entrega de determinados bienes o derechos de contenido patrimonial) a cambio de la renuncia a la posición de legitimario.<sup>10</sup>

- 3º) Otros autores, por el contrario, han considerado que se trata de un negocio dispositivo realizado a título gratuito, sin que el hecho de que no responda a un puro ánimo de liberalidad afecte a esta consideración (GUTIÉRREZ ALLER, RODRÍGUEZ PARADA Y REBOLLEDO).<sup>11</sup> En este sentido, BERMEJO PUMAR se esfuerza en precisar, como la naturaleza paccionada de la apartación la aleja de la naturaleza de mera donación y que la causa de la apartación no es la mera liberalidad, en tanto que los efectos sucesorios, que traen causa del pacto, están integrados en la justificación del vínculo que surge del mismo.<sup>12</sup>

La calificación de la apartación como negocio dispositivo a título lucrativo es el parecer asumido a efectos de la tributación del negocio dispositivo que nos ocupa por la Resolución de la Dirección General de Tributos (RDGT) de 12 de noviembre de 1997. Naturaleza gratuita que también le han reconocido, *v. gr.*, las SSAP de Ourense, Sección 1ª, núm. 275/2002, de 27 de junio [JUR 2002\203431] y de Pontevedra, Sección 1ª, de 22 de septiembre de 1999 [AC 1999\2255]; Sección 6ª, núm. 313/2009, de 12 de junio [JUR 2009\301419] —declarando la nulidad de una apartación que tenía por objeto un inmueble ganancial en la que solo había consentido uno

---

<sup>9</sup> LOIS PUENTE, J. M. «De las apartaciones», en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII...*, *op. cit.*, pág. 87; *ibidem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», págs. 950 y 951; IGLESIAS REDONDO, J. I. «Pactos sucesorios (IV). El apartamiento», en *Manual de Derecho civil gallego*. Madrid. Colex, 1999, pág. 264.

<sup>10</sup> HERRERO OVIEDO, M. «Pactos sucesorios en el CC y en la LDC de Galicia», capítulo 32 del *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, *op. cit.*, pág. 1309; pág. 1351 (2ª ed.).

<sup>11</sup> GUTIÉRREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia*. Vigo: Ir Indo, 1997, pág. 91; RODRÍGUEZ PARADA, A. I. «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma gallega», en *Regímenes económico-matrimoniales y sucesiones...*, *op. cit.*, pág. 1213.

<sup>12</sup> BERMEJO PUMAR, M.ª M. «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho civil de Galicia», *cit.*, 2002, pág. 1241.

de los cónyuges y reputando de aplicación lo dispuesto en los arts. 1378 y 1322 CC<sup>13</sup>—; así como el Auto de la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra núm. 94/2009, de 1 de octubre [JUR 2009\470149]. La vigente LDCG aporta un argumento decisivo en orden a la calificación de la apartación como un negocio jurídico gratuito y es que, en su art. 244.2ª, incluye de manera expresa dentro de las disposiciones a título gratuito la computación de lo recibido por el apartado en orden al cálculo de las legítimas de los herederos forzosos subsistentes, al tiempo que el art. 251.2 LDCG prevé la reducción de lo recibido en virtud de este pacto sucesorio en la medida necesaria en que perjudique las legítimas de los herederos forzosos.<sup>14</sup>

- 4º) No ha faltado tampoco quien lo ha equiparado a la donación onerosa, lo que exige el desdoblamiento y la diferenciación entre la parte onerosa y la liberalidad que concurren en la apartación.<sup>15</sup> Esta naturaleza híbrida determina la posibilidad de conjugar las reglas propias de los negocios onerosos con las propias de los negocios jurídicos gratuitos como apunta HERRERO OVIEDO.<sup>16</sup>

Podemos adelantar ya que la calificación de la apartación como donación onerosa no sitúa el negocio al amparo de cualquier poder de agresión de los acreedores y, en particular, como susceptible de una acción revocatoria o

---

<sup>13</sup> En el FJ 2º esta SAP de Pontevedra, se afirma que «procede estimar la pretensión anulatoria de los actos dispositivos a que se refiere la escritura de apartación, que hayan de tener efectividad sobre bienes gananciales específicos (arts. 1322, 1377 y 1378 CC), pues no resulta posible hacer efectivo el desplazamiento patrimonial que conlleva el instituto de la apartación sobre unas fincas que están sometidas a una futura liquidación de la sociedad de gananciales».

<sup>14</sup> En este sentido se han pronunciado expresamente, ESPINOSA DE SOTO, J. L. «Comentarios a los artículos 238 a 252 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia. Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio*. Vol. II. Madrid: Colegio Notarial de Madrid, 2007, pág. 689; y REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 224 de la LDCG», en *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio, op. cit.*, pág. 963.

<sup>15</sup> BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*. Madrid: Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 2001, pág. 317.

<sup>16</sup> HERRERO OVIEDO, M. «Pactos sucesorios en el CC y en la LDC de Galicia», capítulo 32 del *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, *op. cit.*, pág. 1309; pág. 1351 (2ª ed.).

pauliana si existió ánimo fraudulento en el apartante —deudor— y el legitimario apartado que concertó con él el negocio de apartación en fraude de los derechos de los acreedores del primero.<sup>17</sup> En el caso de concurso del apartante, la calificación del apartamiento como transmisión con causa onerosa desplazaría el supuesto de la presunción de perjuicio para la masa activa *iuris et de iure* del art. 71.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC), al régimen ordinario de necesaria prueba del perjuicio patrimonial del art. 71.4 LC, cuya carga incumbe a quien ejercita la acción rescisoria —o revocatoria— concursal.<sup>18</sup>

- 5º) Por último, se ha señalado también el carácter oneroso de la apartación poniendo de relieve que la onerosidad no exige la realización de prestaciones recíprocas, sino que el negocio implique una sinalagma contractual y en el caso de la apartación se atribuye algo porque se abdicó de la futura legítima; y acto seguido, por quien así opina —GARCÍA RUBIO—, se pone de manifiesto el carácter injusto de las consecuencias a que conduce la aplicación de las normas relativas a los contratos onerosos.<sup>19</sup> La calificación del negocio de apartación como oneroso ha trascendido también a la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Galicia, a propósito de su tratamiento tributario. En particular, en las SSTSJ de Galicia de 13 de junio de 2006 [JUR 2007\208525] y núm. 529/2010, de 26 de mayo, la Sala de lo Contencioso-Administrativo declaró que el pacto de anticipo de la legítima que nos ocupa, «en cuanto a las relaciones entre apartante y apartado, éstas no se regirán ya por las normas de los actos a título gratuito, sino más bien por las de los actos a título oneroso, ante la peculiar causa del apartamiento». Por el contrario, mudando su anterior parecer, la STSJ de Galicia, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 606/2013, de 2 de octubre [JUR 2013\322974], califica a la transmisión operada a través de una apartación como transmisión lucrativa por causa de muerte.

---

<sup>17</sup> Vid. ANDERSON, M. *Las donaciones onerosas*. Madrid: CER, 2005, especialmente las págs. 426 a 428.

<sup>18</sup> Así, v. gr., ESPIGARES HUETE, J. C. *La acción rescisoria concursal*. Cizur Menor: Ed. Civitas, 2011, pág. 126.

<sup>19</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego». *Anuario de Derecho Civil*, vol. LIII, núm. 4 (octubre/diciembre de 2000), pág. 1406.

En la relación interna entre apartante y apartado no puede desconocerse la aplicación de normas propias de negocios dispositivos realizados a título oneroso, como el caso de la responsabilidad por evicción, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1475 a 1483 CC<sup>20</sup> y, por consiguiente, la no aplicación de la exoneración de la responsabilidad por evicción del donante que, a excepción del caso de las donaciones onerosas, establece el inciso segundo del art. 638 CC (de igual manera que establecía el art. 954 del Proyecto de CC de 1851); o la recuperación de la condición de legitimario por el apartado que no recibe el bien o los bienes objeto del pacto de apartación y que abrirá la posibilidad del ejercicio de la acción resolutoria del contrato sucesorio, puesto que lo que no le es posible es ejercitar las acciones propias de protección de los derechos del legitimario.<sup>21</sup> En particular, no siendo legitimario carecerá de la facultad de instar la anotación preventiva de su derecho *ex arts.* 249.3 LDCG y art. 15 y 42.1 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (en adelante, LH), de legitimación activa para el ejercicio de acciones de complemento de la legítima y de reducción de atribuciones patrimoniales gratuitas que sean inoficiosas; así como para impugnar negocios dispositivos realizados por el causante encaminados a proporcionar un beneficio gratuito a la contraparte, simulados en un contrato oneroso, en cuanto perjudiquen a la legítima (piénsese, *v. gr.*, en el contrato de vitalicio utilizado con este propósito, en el caso resuelto por la STSJ Galicia de 30 de julio de 2004 [RJ 2005\5282])<sup>22</sup> y cuya nulidad, como negocios disimulados bajo una apariencia de negocio oneroso, puede

---

<sup>20</sup> REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 224 de la LDCG», cit., pág. 964.

<sup>21</sup> La SAP de Pontevedra de 27 de julio de 2005 [JUR 2006\25312] alude a la posible nulidad de una apartación realizada por los padres a favor de una hija cuando aquellos ya no eran propietarios de la vivienda objeto del pacto, por haber sido embargada, subastada y adjudicada a un tercero.

<sup>22</sup> Parece seguir esta misma doctrina jurisprudencial, aun cuando no decide sobre el fondo del asunto por apreciar la existencia de determinados vicios procesales en el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia dictada en grado de apelación, la STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2005 [RJ 2005\7543] y la rechaza, apreciando la existencia de causa verdadera y lícita del contrato de vitalicio impugnado por pretendida simulación absoluta y fraude de la legítima de una hija extramatrimonial, la STSJ de Galicia de 12 de septiembre de 2011 [RJ 2011\6833].

fundarse en la ilicitud de la causa, sin perjuicio de que autores con tanta *auctoritas* en el Derecho de sucesiones como LACRUZ<sup>23</sup> y DE LACÁMARA,<sup>24</sup> cuestionando la ilicitud de la causa en estos supuestos, consideren que se trata de negocios rescindibles si provocan un perjuicio de las legítimas.

Sin embargo, la transmisión de bienes que se efectúa entre apartante y legitimario apartado lo es a título gratuito, calificación que se compadece plenamente, como ya he adelantado, con la previsión normativa a tenor de la cual lo recibido por el apartado en virtud de la apartación ha de traerse al cálculo de las legítimas de los demás herederos forzosos. En efecto, el art. 244.2º LDCG, al regular la conformación del *donatum*, establece expresamente dentro de las disposiciones a título gratuito realizadas por el causante, la computación de lo recibido por apartación. Calificación que se cohonestaba también con el hecho de que lo recibido por el apartado o apartados pueda ser objeto de reducción por inoficioso (art. 251.2 LDCG, si no es suficiente la reducción de los legados y de las donaciones computables) y con la previsión de que haya de traerse a colación en la partición de la herencia salvo, en este último caso, dispensa de apartante (art. 227 LDCG).<sup>25</sup> Parece claro, por lo tanto, que el legislador gallego ha optado por concebir a la apartación como un negocio jurídico gratuito, al someterlo a un régimen similar al de las donaciones, sin perjuicio de que no haya *animus donandi* —o que este no constituya la causa del negocio traslativo— y de que se dote de una mayor protección frente a la reducción por inoficiosidad.

#### **IV. Requisitos subjetivos del apartado**

##### *1. Condición de legitimario*

En el apartado ha de concurrir la condición de legitimario del apartante en el momento en que se formalice el pacto de apartación, debiendo determinarse la

---

<sup>23</sup> LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil. Vol. V. Derecho de sucesiones*. Barcelona: Bosch, 1981, pág. 515.

<sup>24</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid: La Ley, 1990, pág. 220; 2011, 3ª ed. actualizada por A. de la ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, págs. 240 a 243.

<sup>25</sup> REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Derecho civil de Galicia: presente y futuro». *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46 (julio/diciembre de 2008), pág. 37.

conurrencia de la referida condición de conformidad con las previsiones del art. 238 LDCG, en el que se determinan los sujetos que tienen la condición de legitimarios: hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos para suceder; así como el cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho (la separación de hecho priva al cónyuge de la condición de legitimario, como recuerda, *v. gr.*, la STSJ de Galicia núm. 19/2015, de 5 de mayo), debiendo ser integrada esta previsión con lo dispuesto en la Disposición Adicional 3ª de la LDCG.<sup>26</sup> En efecto, los convivientes *more uxorio* que reúnan los requisitos de la citada Disposición Adicional 3ª de la LDCG son también legitimarios. A tenor de esta previsión del Derecho civil propio de Galicia, a los efectos que nos ocupan — sucesorios—<sup>27</sup> y tanto en el ámbito substantivo como en el fiscal o tributario,<sup>28</sup> se

---

<sup>26</sup> Sobre el significado y contenido de la DA 3ª de la LDCG, *vid.* BUSTO LAGO, J. M. «Elementos para una interpretación no perturbadora de la equiparación al matrimonio de las relaciones “more uxorio” realizada por la Disposición Adicional 3ª de la LDCG». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 726 (19 de abril de 2007), págs. 1 a 8. En particular, sobre la sucesión contractual en favor del conviviente «more uxorio» que tienen por objeto la legítima y la adecuación de la institución, se pronuncian, CANTERO NÚÑEZ, F. y LEGERÉN MOLINA, A. *Las Parejas de Hecho y de Derecho (Régimen jurídico de la convivencia more uxorio en España)*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pág. 392. Las SSTC núm. 18/2014, de 30 de enero y núm. 127/2014, de 21 de julio, inadmitieron sendas cuestiones de constitucionalidad sobre la referida DA 3ª planteadas por la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Galicia.

<sup>27</sup> Respecto de las parejas de hecho inscritas conforme a las previsiones de la DA 3ª de la LDCG, se discute si su régimen económico matrimonial es oponible a terceros, en esencia, ante su falta de constancia en el Registro Civil. A estos efectos puede traerse a colación la discutible Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 7 de febrero de 2013 que, referida a Andalucía (Comunidad Autónoma que, como es sabido, carece de competencias legislativas en materia civil) declaró no inscribible una aportación a gananciales por los siguientes argumentos: a) En los casos de ausencia de pacto entre los convivientes, no es aplicable analógicamente el régimen económico de gananciales. b) En los casos de pacto entre los convivientes, serán inscribibles en el Registro de Uniones de Hecho, pero nunca perjudicarán a terceros, por tratarse de un registro meramente administrativo. c) En consecuencia, como tales pactos no pueden perjudicar a terceros, tampoco pueden trasladarse al Registro de la Propiedad.

<sup>28</sup> La equiparación de las parejas de hecho inscritas a las matrimoniales a efectos fiscales en el ámbito sucesorio expresamente resulta del art. 12 del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de tributos cedidos por el Estado, que, en sede del impuesto

equiparan al matrimonio, las parejas de hecho inscritas se equiparan a las uniones matrimoniales. En consecuencia, de conformidad con la redacción de esta

---

sobre sucesiones y donaciones, prescribe que «[a] los efectos de la aplicación del presente texto refundido, se equiparan al matrimonio las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio». Lo que sí se discute es la extensión del régimen fiscal autonómico cuando la pareja de hecho lo fuere con arreglo a otra legislación autonómica y, en particular, se plantea si el beneficio fiscal sería aplicable a aquellas uniones de hecho que hayan merecido el reconocimiento de otros Derechos civiles autonómicos. Podría sostenerse que ello dependerá de que tal unión de hecho conforme a la legislación de procedencia lo sea también con el mínimo de requisitos exigidos por la legislación fiscal gallega de recepción. Para esta homologación podemos servirnos de la regla, enunciada por I. ESPÍÑEIRA («El notario ante las parejas de hecho con elemento internacional». *La Notaría*, junio de 2007; publicado también en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com), en dos partes, teórica y práctica) e inferida de la STS de 12 de septiembre de 2005 [RJ 2005\7148], que exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Voluntariedad (la Ley gallega exige declaración voluntaria de ambas partes): cuando la legislación de recepción exija que la unión sea voluntaria y, en su caso, reconocida como tal mediante declaración voluntaria expresa de una o de ambas partes. b) Habilidad (la Ley gallega exige 2 personas, mayoría de edad/emancipación y disanguinidad mínima de tercer grado, pero no heterosexualidad ni homosexualidad): cuando la legislación de recepción exija unos presupuestos de número, edad, disanguinidad, género, etc. c) Exclusividad (la Ley gallega la exige): cuando la legislación de recepción exija la inexistencia de vínculo equivalente con otra persona. d) Estabilidad (la Ley gallega exige simplemente convivencia): cuando la legislación de recepción exija convivencia y/o cualquier otro signo de proyección vital común (como pueda ser descendencia común). e) Permanencia (la Ley gallega no supedita el reconocimiento de la unión de hecho a plazo alguno): cuando la legislación de recepción exija un determinado plazo temporal. f) Publicidad: cuando la legislación de recepción exija una determinada forma (escritura, inscripción) habrá de cumplirse este requisito en la forma equivalente en la de procedencia.

Por el contrario, desde el punto de vista del Derecho estatal —para el caso de hechos imponibles sujetos a este—, no les son aplicables cualesquiera regímenes previstos en la legislación estatal para las uniones matrimoniales. Así lo entiende, *v. gr.*, la RDGT de 22 de mayo de 2015 (V1536-15), negando que quepa la tributación conjunta en el IRPF; o la RDGT de 10 de marzo de 2016 (V0934-16) que, a propósito de la exención en una liquidación de gananciales de una pareja gallega, entiende que no hay tal liquidación porque los convivientes adquirieron en comunidad ordinaria.

disposición normativa, fruto de la Ley 10/2007, de 28 de junio, lo son aquellas uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que se inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

En cuanto a las condiciones subjetivas que han de reunir los convivientes, la Ley gallega no establece ningún punto de conexión, si bien el Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y se regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, exige para la inscripción que uno de los miembros de la pareja tenga la vecindad civil gallega y que ambos estén empadronados en el mismo domicilio de un municipio gallego. Asimismo, se configura como elemento esencial de la pareja de hecho la declaración de voluntad de ambos miembros; siendo presupuestos subjetivos de habilidad que se trate de dos personas mayores de edad (con independencia de su género y orientación sexual), que no tengan limitadas sus respectivas capacidades de obrar y la disanguinidad mínima de tercer grado, pero no la heterosexualidad ni la homosexualidad. Es presupuesto objetivo la exclusividad en relación con cualesquiera otros vínculos matrimoniales o de hecho reconocidos; así como una estabilidad manifestada en la convivencia con intención o vocación de permanencia en una relación de efectividad análoga a la conyugal, si bien no se exige plazo alguno a esa permanencia.

En aquellos casos en los que el apartado sea un integrante de la estirpe del descendiente desheredado o indigno se plantea la cuestión atinente a los efectos de la ulterior reconciliación entre el apartante y el hijo o descendiente desheredado, en virtud de la que la desheredación quede sin efecto, sin que se pueda admitir que la apartación de su estirpe le ha privado de su condición subjetiva de legitimario, lo que sí acontece en el caso inverso, como resulta del art. 224 LDCG. Para estos supuestos se postulan dos soluciones; a saber, admitir la reclamación del desheredado que recupera la condición de legitimario, limitando su pretensión a la diferencia que reste para satisfacer su legítima, tras imputar lo que, en virtud de la apartación haya recibido su estirpe; o la consideración de la apartación como ineficaz, quedando los apartados obligados a restituir al caudal relicto lo recibido del causante en virtud del negocio de apartación y que, pese al tenor del art. 224 LDCG y el carácter irrevocable de la apartación, podría argumentarse sobre el error en la causa, con fundamento en el art. 1261 CC.<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Esta segunda es la solución que para el caso planteado parecen asumir, *v. gr.*, REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentarios al art. 224 de la LDCG», *cit.*, pág. 965; y,

## *2. La situación del apartado que pierde sobrevenidamente su condición de legitimario*

¿Qué sucede cuando en el momento de abrirse la sucesión del apartante, el apartado carece de la condición de legitimario? El supuesto puede plantearse ordinariamente respecto del cónyuge —o del conviviente *more uxorio*— apartado, mediando separación matrimonial, divorcio o nulidad del matrimonio. La ineficacia de la atribución realizada ha sido defendida en este supuesto bajo el sistema de la Ley de 1995, reconocidamente sin demasiada corrección técnica, sobre la aplicación analógica de la norma que contempla la separación, la nulidad o el divorcio como causas de ineficacia de las donaciones *propter nuptias* (art. 116.2 LDCG/1995).<sup>30</sup> Comoquiera que esta norma no existe en la Ley de 2006, pues ha desaparecido, con carácter general, dicha causa de revocación de las referidas donaciones realizadas por razón del matrimonio, el argumento no puede utilizarse. Sin embargo, parece razonable pensar en la posibilidad de revocación de la apartación por mor de la desaparición sobrevenida de la causa del negocio:<sup>31</sup> apartar de la sucesión hereditaria a un legitimario que ha dejado de serlo; a través de la aplicación de la doctrina de la base del negocio jurídico. Claro que el carácter irrevocable que atribuye expresamente al negocio el art. 224 LDCG parece colisionar con la conclusión aventurada.

Pero la pérdida sobrevenida de la condición de legitimario también puede acaecer respecto de un hijo o descendiente del apartante, lo que sucederá en aquellos supuestos en los que aquel incurra en una causa que permita su desheredación justa por el apartante —ex art. 263 LDCG— o en una causa de

---

expresamente, DÍAZ TEIJEIRO, C. M. *La legítima de los descendientes en la Ley de Derecho Civil de Galicia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2018, págs. 46 y 47.

<sup>30</sup> En este sentido se pronunciaba GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1473. En sentido contrario, GUTIÉRREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia*. Vigo: Ed. Ir Indo, 1997, pág. 97; y BELLO JANEIRO quien mantenía que «no causa ningún problema el hecho de que el apartado no mantenga la condición de legitimario a la muerte del apartante puesto que el legislador, si bien no con la debida precisión gramatical, sólo toma en cuenta tal condición “en el momento de la adjudicación”, resultando totalmente irrelevante lo que suceda con la misma con posterioridad a la apartación» (cfr. BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, op. cit., pág. 357).

<sup>31</sup> Sobre la categoría jurídica aludida, *vid.*, con carácter general, DE CASTRO y BRAVO, F. *El negocio jurídico*. Madrid: Ed. Civitas, S.A., 1985, págs. 313 a 326, bajo la rúbrica «la continuada influencia de la causa».

indignidad para suceder. En contra de la extensión de los efectos de alguna de estas causas de manera sobrevinida respecto de las atribuciones patrimoniales realizadas en vida por el causante a cambio de la renuncia a la condición de legitimario se pronunciaron algunos autores que han estudiado la regulación de la Ley de 1995,<sup>32</sup> sin que la nueva redacción dada en la Ley de 2006 a la apartación parezca permitir conclusiones discordantes, antes al contrario, el tenor literal del art. 224 LDCG reafirma el carácter «irrevocable» de la apartación.

También debe plantearse el supuesto en el que el apartante crea que está apartando a un legitimario cuando en realidad no lo es, piénsese en el caso de la apartación del hijo que, en virtud del ejercicio de una acción de filiación ejercitada con posterioridad al negocio apartacional, resulta no serlo. El negocio incurriría en vicio de nulidad absoluta derivado del error sobre la persona (ex art. 1266, párrafo 2º, del CC), por cuanto no puede dudarse de que la consideración a la condición de legitimario del apartado es la causa principal del negocio. No parece acomodarse al supuesto el régimen propio de la anulabilidad, por cuanto ello supondría la posibilidad de confirmación del negocio por el apartante, una vez haya desvelado la condición del apartado y no resulta posible que se confirme como apartación un negocio en el que una de las partes, el apartado, carezca de la aptitud subjetiva requerida para su validez.

### 3. Eficacia subjetiva del pacto de apartación

El pacto de apartación vincula tanto al legitimario apartante como a su estirpe o «linaje» a tenor del término utilizado en el art. 224 LDCG —el art. 134.2 de la LDCG/1995 disponía que «[l]a apartación vincula al apartado y sus sucesores y legitimarios»—. La eficacia del negocio de apartación es independiente tanto de las vicisitudes que pueda experimentar el patrimonio del apartante —excepción hecha

---

<sup>32</sup> En este sentido, sin perjuicio de reconocer que «lo más justo sería que, dado lo reprobable de las conductas que dan lugar a la desheredación o la indignidad, se permitiese la revocación unilateral por el apartante de la atribución hecha en su día», GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1472.

La posibilidad de revocación en el caso de desheredación justa es admitida en relación con la institución de la definición propia del Derecho civil balear por FERRER PONS, J. «Comentario del art. 43 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, dirs.). T. XXXI. Vol. 1º. Madrid: Edersa, 2000, pág. 783.

del supuesto en que suponga perjuicio de las legítimas de los no apartados—, como de los sujetos que han intervenido en el negocio. La solución dada por la Ley gallega es común en el ámbito de los Derechos civiles territoriales que contemplan negocios de renuncia anticipada a la legítima —en todos ellos se excluye definitivamente al apartado y a su estirpe—, incluido el caso de premoriencia del apartado al apartante. La exclusión de los legitimarios del apartado, que les afecta también en el caso de premoriencia de este, no requiere la intervención de estos o la prestación de consentimiento en el negocio apartacional.

#### *4. Exclusión de la condición de heredero ab intestato*

En ausencia de previsión alguna respecto de la cuestión de la que ahora me ocupo, la mayor parte de la doctrina que estudió la apartación en la Ley de 1995 consideraba que la exclusión del apartado de la condición de legitimario no suponía su exclusión en el caso de que la herencia se defiriese *ab intestato*, de manera que el apartado sería llamado a la misma como un heredero más y en el orden de llamamiento que le correspondiese de acuerdo con las normas reguladoras de la sucesión intestada, sin perjuicio de la obligación de colacionar lo ya atribuido o la posible reducción por inoficiosidad.<sup>33</sup> Esta apreciación ha venido a ser confirmada expresamente por el art. 226 LDCG, por cuanto prevé que la exclusión del apartado del llamamiento a la sucesión intestada puede pactarse válidamente. De esta manera, el reconocimiento de la validez del pacto de exclusión de la condición de heredero en la sucesión intestada presupone que, con carácter general, el mero hecho de concluirse el negocio de apartación no supone la exclusión de la posibilidad del llamamiento en caso de deferirse la herencia de acuerdo con las normas de la sucesión intestada.

Es conocido que, en el Derecho civil territorial común, la mayor parte de la doctrina considera que el causante puede otorgar testamento en el que simplemente se limite a eliminar o a excluir de su sucesión a alguna persona o a algún grupo de personas que serían llamados por la ley a su sucesión o, incluso, a todos ellos —testamento negativo— o en el que, al tiempo que instituye heredero o designa legatarios, excluye de la sucesión legítima a determinadas personas. Trasladada esta idea al ámbito del Derecho civil propio de Galicia, nada obsta la

---

<sup>33</sup> BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, *op. cit.*, pág. 347; NIETO ALONSO, A. «La sucesión intestada en el Derecho civil de Galicia», capítulo 42 del *Tratado de Derecho de sucesiones*, T. II, *op. cit.*, págs. 1758 a 1765.

viabilidad de la exclusión testamentaria de herederos legales y, además se admite expresamente la exclusión del apartado, en virtud de pacto incorporado al negocio de apartación, de su condición de heredero *ab intestato*. Así las cosas, parece que ha de mantenerse la eficacia y validez de este pacto de exclusión cuando se incorpora al pacto de apartación, pero también —aun cuando, una vez más, la letra de la norma parece abogar por la solución contraria, pues comienza diciendo el art. 226 que «[p]odrá válidamente pactarse»—, si la exclusión se realiza en un testamento posterior, con arreglo a las previsiones del Código Civil. En contra de la admisión de esta posibilidad y, consiguientemente, en pro de la nulidad de una previsión testamentaria con este contenido podría invocarse que con ello se está alterando por una parte del negocio paccionado —el apartante— las bases del mismo.

#### V. La prestación a cargo del apartante

De conformidad con el tenor literal del art. 224 LDCG, la prestación del apartante consistirá en la adjudicación de «*bienes concretos*». No se precisa que estos bienes hayan de integrar la herencia futura del causante, ni tampoco que sean de una determinada naturaleza, ni siquiera se exige que sean valubles económicamente. En este último sentido, el legislador gallego de 2006 ha zanjado la discusión doctrinal a que daba pábulo la Ley de 1995, estableciendo expresamente, en el art. 225, que el pacto de apartación puede tener como objeto cualquier bien o derecho, independientemente de su valor.

La apartación hace plenamente efectiva la legítima, sin perjuicio de la posibilidad de su reducción en cuanto sea necesaria para el pago de las legítimas, como precisa el inciso segundo del art. 259.1 LDGC, al regular los efectos de la preterición no intencional. De este modo, el legitimario apartado carece de legitimación activa para el ejercicio de cuantas acciones amparan y protegen la legítima,<sup>34</sup> sin perjuicio de que obviamente goce de legitimación activa para cuantas acciones le protejan como parte del negocio sucesorio paccionado, en orden a garantizar su

---

<sup>34</sup> Entre otros, PILLADO MONTERO, A. «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia». *Revista Xurídica Galega*, núm. 13 (1996), pág. 65; LOIS PUENTE, J. M. «De las apartaciones», en *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, *op. cit.*, pág. 97; e IGLESIAS REDONDO, J. I. «Pactos sucesorios (IV). El apartamiento», en *Manual de Derecho civil gallego*. Madrid: Ed. Colex, 1999, pág. 269.

cumplimiento o a impugnar su validez o eficacia por concurrir en él algún vicio que determine alguna de aquellas consecuencias.<sup>35</sup>

Sin embargo no puede afirmarse que como consecuencia de la apartación, el legitimario pierda de manera absoluta esta condición, pues en el caso de que no exista el bien objeto de la prestación a que se obliga el apartante —o las características de este difieran sustancialmente del identificado como objeto del pacto—, se frustre su percepción o la conservación del mismo por causas imputables al causante —*v. gr.*, en el caso de pérdida del bien a causa de la evicción— o a los herederos de este, el apartado recuperaría su condición de legitimario.<sup>36</sup>

Por otra parte, y a diferencia de lo que sucede en el caso de la *diffinitio* en el Derecho civil balear (*ex art.* 51 CDCB), no ha previsto la Ley gallega ninguna consecuencia para el caso de disposiciones testamentarias de contenido patrimonial realizadas por el apartante a favor del apartado. Ante el silencio del legislador gallego ha de considerarse que si aquellas disposiciones han sido realizadas con anterioridad al negocio de apartación y se refieren a la legítima del apartado, pierden su eficacia —solución esta que concuerda con la normativamente prevista en el párrafo 1º del citado art. 51<sup>37</sup> CDCB—, pero se mantiene la de aquellas que no

---

<sup>35</sup> BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia*, *op. cit.*, pág. 346.

<sup>36</sup> En este sentido se manifiestan, GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», *cit.*, pág. 1449; BERMEJO PUMAR, M.ª M. «Pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *cit.*, pág. 1256. De esta opinión discrepa, al menos parcialmente LOIS PUENTE, quien considera que en el caso de pérdida del bien objeto de la apartación por evicción, el apartado tiene derecho a reclamar la indemnización al apartante o a sus herederos, pero solo subsidiariamente podría admitirse el ejercicio de la acción resolutoria con fundamento en el art. 1124 CC y la consiguiente recuperación de la condición de legitimario por el apartado (*vid.* LOIS PUENTE, J. M. «De las apartaciones», *cit.*, pág. 107; *ibidem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», *cit.*, pág. 980).

<sup>37</sup> En efecto, el primer párrafo del art. 51 CDCB —que no ha sido objeto de modificación por la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 7/2017, de 3 de agosto, que sí afecta a los otros dos párrafos que integran este precepto— determina que cualquier disposición testamentaria atribuyendo la legítima al definido queda sin efecto, con independencia de la fecha del testamento. El fundamento de esta previsión radica en la prohibición de distraer dos legítimas de una misma sucesión y ello por cuanto los derechos que le corresponderían al definido en esta porción ya han sido satisfechos anticipadamente, de manera que no cabe la *actio ad supplendam*; al tiempo que el párrafo 2º del mismo art. 51 CDCB permite, en el caso

se refieran a la legítima y, por supuesto, todas las atribuciones patrimoniales realizadas en testamento de fecha posterior a la apartación.

## VI. El carácter colacionable de lo dado en la apartación

El art. 227 LDCG establece que, como regla general —salvo dispensa expresa por el apartante<sup>38</sup>—, lo dado en apartación ha de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran a la herencia con otros legitimarios —no, entonces, si no hay otros legitimarios, lo que, por otra parte, no deja de resultar una obviedad—. La regla establecida en este precepto, apartándose del parecer doctrinal mayoritario expuesto bajo la vigencia de la Ley de 1995 en ausencia de una previsión correlativa,<sup>39</sup> es razonable, pues la computación que supone la colación de la herencia es un mecanismo de garantía de las legítimas que no debe dejarse a voluntad del causante quien podría vulnerarlas en virtud de negocios

---

de la definición limitada a la legítima, el ejercicio de la acción de petición de los derechos sucesorios de carácter voluntario atribuidos en virtud de herencia o legal y con cargo a la porción libre, sea cual fuere la fecha de otorgamiento del testamento, lo que se cohonesta plenamente con el principio de libertad de testar; mientras que en el caso de la definición no limitada, solo se mantienen las disposiciones de carácter patrimonial realizadas a favor del definido en un testamento que sea de fecha posterior a la definición, mientras que quedarán sin efecto las ordenadas en un testamento que sea de fecha anterior, sin que entre en juego la sustitución vulgar excepto la dispuesta a favor de descendientes del descendiente renunciante que sea hijo único. *Vid.* FERRER VANRELL, M.<sup>ª</sup> P. «Lección 40. La *diffinitio*», en FERRER VANRELL, M.<sup>ª</sup> P. (Coord.). *Lecciones de Derecho civil balear*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2004 (3<sup>ª</sup> ed.), pág. 460; FERRER VANRELL, M.<sup>ª</sup> P. «La “diffinitio” en el Derecho civil de Mallorca», §.II del capítulo 48 del *Tratado de Derecho de sucesiones, op. cit.* (2<sup>a</sup> ed.), págs. 666 y 667.

<sup>38</sup> La dispensa por el donante/causante de la obligación de colacionar establecida en favor de alguno o de todos los herederos legitimarios se contempla en el art. 1036 CC.

<sup>39</sup> De conformidad con la LDCG/1995, se han pronunciado en contrato de que los bienes objeto de la apartación hubiesen de ser colacionados, entre otros, LOIS PUENTE, J. M. «De las apartaciones», cit., pág. 101; *ibidem*, «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pág. 971; DÍAZ FUENTES, A. *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995)*. A Coruña: Ed. Publicacións do Seminario de Estudos Galegos, 1997, pág. 255; y BELLO JANEIRO, D. *Los pactos sucesorios en el Derecho civil de Galicia, op. cit.*, págs. 359 y 360.

apartacionales. La colación de los bienes atribuidos al apartado se realizará de conformidad con la regla contemplada en el ordinal 2º del art. 244 LDCG, a tenor de la cual, en orden a su valoración, se tendrá en cuenta el momento de la transmisión de la propiedad al apartado, actualizándose «monetariamente en el momento de efectuarse el pago de la legítima». Debe hacerse notar que la regla que acaba de reproducirse supone la adopción por el legislador gallego de un criterio diverso del previsto en el CC, en tanto que a tenor de lo dispuesto en su art. 1045, la valoración de los bienes colacionables no se refiere al momento de la realización de la liberalidad, sino que se difiere hasta el instante en el que se proceda a valorar la masa hereditaria en orden a su partición,<sup>40</sup> si bien esta valoración deberá referirse al estado físico en que estos se encontraban en el instante de llevarse a cabo la donación.<sup>41</sup> La colación habrá de realizarse pues, en el ámbito del Derecho civil propio de Galicia, teniendo en cuenta el valor de mercado del bien objeto del pacto de apartación en el momento de perfeccionarse este, con independencia de las vicisitudes posteriores del mismo, que pudo haber experimentado cambios substanciales de valor en el lapso de tiempo transcurrido entre el momento de realizarse la apartación y el momento en que se va a proceder al pago de las

---

<sup>40</sup> En efecto, el art. 1045 CC (y así resulta también de las prescripciones contenidas en el art. 847 CC) establece como momento de la valoración de los bienes colacionables, no el de la muerte del causante, sino el tiempo en que se evalúen los bienes hereditarios, que será el más cercano posible al acto de adjudicación de los bienes en la partición. La cuestión se suscitó abiertamente en el caso resuelto por la STS de 28 de abril de 1988 [RJ 1988\3284]: en sentencia de primera instancia devenida firme se decidió que los bienes donados se colacionarían «por el valor al tiempo de practicar la valoración actualizada». En fase de ejecución de sentencia, la Audiencia decidió que la frase anterior había de entenderse por el valor «a la fecha de la sentencia». El TS casa la sentencia, señalando que los bienes han de valorarse «al tiempo de realizar su tasación». El mismo problema, entre los mismos litigantes, vuelve a aparecer en la Sentencia de 17 de diciembre de 1992 [RJ 1992\10696] (el bien donado, originariamente rústico, había devenido urbano). La doctrina jurisprudencial es compartida por las SSTS de 29 de septiembre de 1966 [RJ 1966\4254] y de 17 de marzo de 1989 [RJ 1989\2161]. En la doctrina, entre otros, VALLADARES RASCÓN, E. «Comentario al art. 1045 del CC», en BERCOVTIZ, R. (dir.). *Comentarios al CC*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2009 (3ª ed.), pág. 1211; CARBALLO FIDALGO, M. *Las facultades del contador-partidor testamentario*. Madrid: Civitas, 1999, págs. 156 y 157. En contra, ROCA JUAN, J. *Comentarios al CC y Compilaciones forales*. T. XIV. Vol. 2º. Madrid: Edersa, 1989, págs. 57 y 58.

<sup>41</sup> Aplicando este precepto, entre otras, la SAP de Asturias, Sección 6ª, de 19 de febrero de 2001 [JUR 2001\125801].

legítimas a los legitimarios del apartante. En cuanto a la actualización «monetaria» de la suma pecuniaria resultante de dicha valoración, el legislador gallego de 2006 ha prescindido de la previsión del índice que haya de utilizarse en orden a realizar tal actualización, siendo posible acudir tanto a la evolución de los índices de precios al consumo, como a la aplicación de los tipos de interés legal del dinero. La referencia a la actualización «monetaria» parece que conduce a optar por la segunda de las posibilidades de las indicadas.

En cuanto a la dispensa de la obligación de colacionar por el apartado, que la LDCG contempla expresamente, con arreglo al régimen codicial, la dispensa, como acto de disposición *mortis causa*, es libremente revocable (STS de 13 de marzo de 1989 [RJ 1989\2036; en contra de lo señalado en la más antigua de 21 de marzo de 1902 [JC T. 93, § 77]), debiendo ser expresamente prevista por el causante y pudiendo formalizarse en el propio testamento o en el título acreditativo del negocio gratuito de transmisión del bien colacionable, sin que, en este último caso, la dispensa pueda revocarse en testamento (la revocación del testamento en el que se contempla la dispensa, obviamente supone su revocación), aunque sí quepa su revocación, obviamente, en los casos de revocación de la donación al amparo de las previsiones de los arts. 644 y ss. del CC. Un sector de la doctrina —sobre el fundamento de que, admitiendo el legislador la dispensa en la donación, nada impide su realización posterior con las formalidades propias del negocio de donación— admite, al igual que hace la doctrina italiana, que la dispensa pueda realizarse después de la donación y en un negocio distinto del testamento, siempre que aquel reúna los requisitos formales de la donación.<sup>42</sup> Este parecer viene también avalado por el argumento que resulta de la constatación del hecho de que el testador —donante— conserva su plena libertad para regular su sucesión en la forma que estime oportuna. Sin embargo, en estos casos en que la dispensa no se ha dispuesto en el acto de donación, como quiera que la dispensa posterior es una disposición *mortis causa* de contenido patrimonial y en el

---

<sup>42</sup> De este parecer son autores tan prestigiosos en este ámbito como VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Estudios de Derecho sucesorio*, T. IV. Madrid: Ed. Montecorvo, 1982, pág. 502; LACRUZ BERDEJO, J. L. y ALBALADEJO, M. *Derecho de sucesiones. Parte general*. Barcelona: Ed. Librería Bosch, 1961, pág. 571 (§ 70.427); DE LOS MOZOS, J. L. *La colación*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1965, pág. 272; ROCA JUAN, J. en *Comentarios al CC y Compilaciones forales* (dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART). T. XIV. Vol. 2º. Madrid: Edersa, 1989, pág. 41; VALLADARES RASCÓN, E. «Comentario al artículo 1036 del CC», en BERCOVTIZ, R. (dir.). *Comentarios al Código Civil*, op. cit., 2ª ed., pág. 1240.

Ordenamiento jurídico sucesorio propio del Derecho civil territorial común el único negocio con eficacia *mortis causa* de contenido patrimonial que se admite es precisamente el testamento, no parece que pueda compartirse aquel parecer en defecto de previsión legal expresa al efecto y habiendo desaparecido las razones de economía procesal en atención a las que el Codificador civil admite la dispensa en el negocio de donación.<sup>43</sup> En este mismo sentido milita el argumento derivado de la consideración de la dispensa formando parte del negocio lucrativo aceptado de manera global por el donatario, de forma que la revocación de la dispensa supone una alteración substancial de la «base del negocio» (se acepta la donación porque subsistía la expectativa de recibir más en la herencia). En todo caso, entonces, si se aceptase la revocación de la dispensa, habría de admitirse la posibilidad de renuncia por el donatario a la donación.<sup>44</sup> Esta interpretación resulta, además, acorde con el Derecho histórico español, representado por las Partidas, en las que se preveía la dispensa de la colación de la donación únicamente «quando gela daba, o en testamento» (Partida 6.15.3).

Trasladadas estas consideraciones al ámbito de interpretación del art. 227 LDCG, la dispensa de la obligación de colacionar por el apartado puede realizarse formando parte del negocio apartacional, sin perjuicio de la admisibilidad de la misma realizada en un testamento posterior. En el primer caso, comoquiera que forma parte de la base del negocio de apartación —el legitimario, acepta ser apartado y la dispensa de la obligación de colacionar— no podrá ser revocada ulteriormente, salvo en el caso de revocación del negocio en su conjunto. En el segundo supuesto, podrá ser revocada de conformidad con las normas que rigen la revocación del testamento en que haya sido dispuesta.

## **VII. Pérdida de eficacia sobrevenida de la apartación: ¿mutuo disenso y revocación unilateral?**

Al amparo de la regulación contenida en la Ley de 1995, algún autor proveniente de la práctica notarial llevó a la exasperación el carácter «definitivo» de la exclusión de la condición de legitimario del apartado que predicaba su art. 134.1, hasta el

---

<sup>43</sup> Vid. GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M. «El fundamento de la colación hereditaria y su dispensa». *Anuario de Derecho Civil*, vol. 48, núm. 3 (1995), págs. 1105 y ss., especialmente, en este sentido, la pág. 1195.

<sup>44</sup> DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho civil*. Vol. IV. Madrid: Tecnos, 2017 (12ª edic.), pág. 588.

punto de considerar que, aun cuando, en virtud de un nuevo pacto, apartante y apartado acordasen el retorno de los bienes al patrimonio del apartante, en ningún caso el apartado recuperaría la condición de legitimario.<sup>45</sup> Frente a este parecer, la mayor parte de los autores que se han pronunciado sobre esta cuestión admitían el mutuo disenso como modo de extinción de la apartación<sup>46</sup> y esta posibilidad ha de admitirse también bajo la vigencia de la Ley de 2006, debiendo integrar el pacto extintivo, que es posible mientras vivan apartante y apartado y ambos gocen de la plena capacidad de obrar (ex art. 210 de la Ley 2/2006), a efectos de su validez, los requisitos formales previstos para el otorgamiento del pacto en su art. 211. La extinción por mutuo disenso conllevará la restitución de las prestaciones recíprocamente realizadas, debiendo considerarse que el pacto extintivo tiene, a estos efectos, eficacia *ex nunc*.<sup>47</sup>

Mayor dificultad entraña la extinción de la apartación en virtud de revocación unilateral, descartándose, en todo caso la viabilidad de esta por el apartado, se ha apuntado la posibilidad del ejercicio de la referida revocación unilateral por el apartante. Obviamente no se está pensando en una revocación unilateral sometida a la libre voluntad del apartante, que vulneraría las más elementales normas de la vinculación contractual entre las partes —y, en concreto, lo dispuesto, con carácter general, en el art. 1256 CC—, sino en aquellos supuestos en los que el apartado incurriese con posterioridad al pacto en causa de desheredación o de indignidad para suceder, así como en aquellos supuestos en que su conducta pudiera ser calificada como de ingrata respecto del apartante.<sup>48</sup> Se trata, en definitiva, de llevar al ámbito del apartamiento las causas en virtud de las que los pactos de mejora quedan sin efecto de conformidad con el art. 218 LDCG, excepción hecha, claro está, de la relativa a la prelación del apartado. Precisamente el hecho de que se contemplen aquellas causas respecto de los pactos de mejora y se omita su eficacia

---

<sup>45</sup> Así se pronunciaba GUTIÉRREZ ALLER, V. *Réxime económico-familiar e sucesorio na Lei de Dereito civil de Galicia*, op. cit., pág. 96.

<sup>46</sup> Así, entre otros, LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los artículos 134 y 135 de la Ley de Derecho Civil de Galicia», cit., pág. 980; GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1473.

<sup>47</sup> PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á. «Comentario a la DA 1<sup>a</sup> de la LDCG/1995», en *Comentarios al CC y Compilaciones forales*. T. XXXII. Vol. 2<sup>o</sup>, op. cit., pág. 1380.

<sup>48</sup> En sentido afirmativo bajo la vigencia de la LDCG, se ha pronunciado expresamente GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., págs. 1475 y 1476.

en relación con el apartamiento se erige como la principal barrera a su admisión, al utilizar el canon sistemático en la hermenéutica del sistema. En efecto, frente al carácter general con el que se contemplan las causas que habilitan la revocación unilateral de los pactos sucesorios, como excepción al principio general de irrevocabilidad, en el art. 401 CDCFAr o en el § 2294 BGB, el legislador gallego del año 2006 ha previsto las causas de revocación únicamente respecto de determinados pactos sucesorios y no respecto del apartamiento. En el caso de admitirse la revocación unilateral por el apartante en los casos enunciados, su ejercicio determinaría la recuperación por el apartado de la condición de legitimario sin perjuicio de que, dado el elenco de causas enunciadas, pudiese ser justamente desheredado o incurrir en causa de indignidad para suceder.

## **VIII. Los acreedores y el pacto de apartación**

### *1. La posible utilización de la apartación para defraudar los derechos de los acreedores*

Las posibilidades que ofrece el pacto de apartación para defraudar los derechos e intereses, tanto del apartante, como del apartado, son fácilmente imaginables y bien conocidas.<sup>49</sup> En efecto, puesto que el valor de los bienes o derechos de contenido patrimonial que se transmiten al apartado es indiferente, como resulta de lo dispuesto en el art. 225 LDCG —«independientemente del valor de la misma», si bien el precepto se refiere, como resulta de la toma en consideración de la versión en gallego (alude a «bens ou dereitos [...] con independencia do seu valor») de la norma, al valor de los bienes o derechos y no, como pudiera pensarse con la mera lectura de la traducción castellana, al valor de la apartación—, fácilmente podrían defraudarse los derechos de los acreedores del legitimario apartado mediante el pacto de apartación en el que se acuerde la entrega de bienes o derechos con un valor inferior o muy inferior en comparación con el valor aproximado y esperado de

---

<sup>49</sup> Vid. LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia (Comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición Adicional Tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio y a la Ley 10/2007, de 28 de junio)*. Vol. I, *op. cit.*, págs. 572 a 575. Expone también las finalidades espurias con las que, en algunas ocasiones, se utiliza el pacto de apartación, ESTÉVEZ FERNÁNDEZ, M. «Más sobre la naturaleza jurídica del apartamiento y otras cuestiones polémicas que plantea», en *Libro homenaje a I. Sánchez Mera, op. cit.*, especialmente la pág. 1284.

la legítima a que se renuncia. En todo caso, y con independencia de que se defrauden derechos de terceros, debe compartirse la invalidez de una apartación en la que los bienes atribuidos al apartado tengan un valor irrisorio o desproporcionadamente inferior respecto del valor de la legítima esperada, en lo que podría calificarse, siguiendo la terminología utilizada en el ámbito de la compraventa, como apartamiento *nummo uno*.<sup>50</sup> En este supuesto estaríamos en presencia de un negocio nulo y no rescindible. En este caso, la nulidad se podrá argumentar tanto en la infracción de una norma imperativa como resulta ser el art. 225 LDCG y, con más claridad en la infracción del art. 242 LDCG, aplicando la sanción de nulidad de pleno derecho que, con carácter general, establece el art. 6.3 CC para los actos de contravención de normas cogentes y como sanciona expresamente el art. 242 LDCG la renuncia a la legítima (salvo en los casos de apartación);<sup>51</sup> como, probablemente de manera más adecuada técnicamente, en la calificación de la apartación como un negocio simulado en los casos en que la renuncia a la legítima gratuita se disimule en un pacto de apartación. En efecto, el art. 242 LDCG declara la nulidad de la renuncia o transacción respecto de la legítima salvo el caso de la apartación, tratándose de una norma imperativa cuya contravención determina la nulidad absoluta del negocio de renuncia y que puede hacerse valer por cualquiera, incluidos obviamente los acreedores del renunciante. El fundamento de la aplicación de esta norma radicaría en que no puede calificarse como apartación el negocio de renuncia a la legítima realizado por un legitimario que acepta un bien o un derecho de un valor irrisorio y cuya causa no es la propia del negocio de apartación (renuncia a la legítima futura a cambio de recibir determinados bienes o derechos, de naturaleza patrimonial, en vida del causante).

De igual manera, es posible defraudar los derechos de los acreedores del apartante a través de la atribución al apartado de bienes o derechos patrimoniales con un valor claramente excesivo o desproporcionado respecto del valor de la legítima.

---

<sup>50</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1478.

<sup>51</sup> Calificación de norma imperativa, cuya contravención determina la nulidad de pleno derecho del negocio de renuncia, con el efecto de la recíproca restitución de las prestaciones que resulta de lo dispuesto en el art. 1303 CC, realizada expresamente, v. gr., por GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P.; NIETO ALONSO, A. y HERRERO OVIEDO, M. «Las legítimas en la Ley 2/2006 de Derecho civil de Galicia», en TORRES GARCÍA, T. F. (Coord.). *Tratado de legítimas*. Barcelona: Atelier, 2012, pág. 213.

## *2. El poder de agresión de los acreedores*

Partiendo de las premisas que se derivan de las consideraciones realizadas a propósito de la naturaleza jurídica del pacto de apartación, fácil es aventurar la inseguridad en la que se sitúan las consecuencias que se derivan en cuanto a la viabilidad de acciones impugnatorias de la apartación ejercitadas por los acreedores, sean estos del apartado o del apartante. La jurisprudencia ha visto tradicionalmente con recelo los pactos renunciativos de la legítima, situándolos bajo la sospecha de que podía utilizarse para burlar los derechos de los legitimarios, forzados a aceptar una renuncia anticipada a su legítima a cambio de bienes de valor inferior a la cuota legitimaria a la que tendrían derecho en el momento de abrirse la herencia, al tiempo que pueden utilizarse para burlar los derechos de los acreedores (*v. gr.*, STS de 5 de noviembre de 2013 [RJ 2013\8429]).<sup>52</sup>

El régimen jurídico de las referidas acciones impugnatorias y su viabilidad en relación con el negocio de apartación se expone en los epígrafes que siguen.<sup>53</sup>

### *A. Los acreedores del apartado*

En el caso de los acreedores del apartado se tratará de aquellos supuestos en los que estos vean reducidas sus posibilidades de ver satisfechos sus créditos por haber recibido menos de lo que su expectativa legitimaria representa. Razonable es pensar que, si la prestación recibida por el apartado representa un valor patrimonial ínfimo o muy reducido en relación con el caudal del apartante, nos podríamos situar en el ámbito de la simulación negocial y, por lo tanto, de nulidad del negocio y no ante un negocio susceptible de rescisión por fraude de acreedores.

En otros supuestos, en los que el valor del bien adjudicado al apartado no permita fundar una acción de nulidad por simulación (casos de renuncia a la legítima que no pueda calificarse de gratuita), pero represente un valor que perjudica objetivamente a sus acreedores —que lo sean en el momento de celebrarse el pacto—, habrá de acudir a la aplicación de la regla general contemplada en el art. 6.2 CC, a tenor de la cual el perjuicio de terceros se erige como una barrera a la

---

<sup>52</sup> *Vid.* HERRERO OVIEDO, M. «Pactos sucesorios en el CC y en la LDC de Galicia», capítulo 32 del *Tratado de Derecho de Sucesiones*, T. I, 2ª ed., *op. cit.*, pág. 1350.

<sup>53</sup> Se sigue en esencia el contenido de mi estudio «Los derechos de los acreedores frente a los bienes objeto de los pactos sucesorios (Pactos sucesorios y protección de los acreedores)», en *Foro Galego. Revista Xurídica*, núm. 202 (2012-2013), en particular, las págs. 35 a 49.

eficacia de las renunciaciones de derechos, si es que la apartación lo es.<sup>54</sup> De este precepto y de la interpretación conjunta de lo dispuesto en los arts. 1297.1 CC (presunción de fraude de los negocios dispositivos realizados a título gratuito) y 643 CC (presunción de fraude del donante que no se ha reservado bienes bastantes para hacer frente al pago de deudas anteriores) algunos autores han derivado la posibilidad de apreciar la concurrencia de un fraude de naturaleza objetiva en todos aquellos supuestos de negocios de naturaleza dispositiva que tienen una causa más débil que la que da origen al derecho del acreedor que pretenda impugnar tal negocio dispositivo;<sup>55</sup> en nuestro caso, la apartación.

Sin embargo, desde la perspectiva del derecho de los acreedores del apartado no podemos desconocer que, en el momento en que se realiza el negocio apartacional, la expectativa legitimaria del apartado difícilmente puede calificarse de un derecho de contenido patrimonial que engrose el patrimonio de este, pues los acreedores carecen de cualquier derecho sobre tal expectativa (no puede ser objeto de embargo, ni de ejecución).

La cuestión puede tornarse más dudosa en el caso en el que, mientras se mantenga viva la posibilidad de ejercicio de la acción rescisoria (esto es, durante los cuatro años siguientes contados desde la fecha de la perfección de la apartación y, en todo caso, del conocimiento del negocio apartacional por los acreedores o desde la fecha de su inscripción registral, ex art. 1299.I CC)<sup>56</sup> fallezca el causante y se abra su herencia, momento en el que el apartado no recibirá lo que por legítima le hubiera correspondido en caso de no mediar la apartación. ¿Pueden en este caso los acreedores del apartado cuyos créditos sean anteriores a la celebración de la apartación ejercitar la acción rescisoria por fraude de acreedores con fundamento en el núm. 3º del art. 1291 CC, calificando la apartación como negocio celebrado en

---

<sup>54</sup> En este sentido, GARCÍA RUBIO, M.ª P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1478.

<sup>55</sup> El razonamiento se encuentra en la obra de JEREZ DELGADO, C. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)* [Prólogo de A. M. MORALES MORENO]. Madrid: Ed. CER, 1999, págs. 194 y ss. (donaciones modales realizadas por el donante insolvente) y págs. 297 y ss. (en relación con actos abdicativos o de renuncia).

<sup>56</sup> SSTS de 4 de septiembre de 1995 [RJ 1995\6490], de 17 de julio de 2000 [RJ 2000\5932] y de 2 de diciembre de 2002 [RJ 2002\10407], que precisan que no puede diferirse el *dies a quo* del cómputo del plazo cuatrienal de la acción de rescisión por fraude al momento en que el acreedor haya perseguido infructuosamente los bienes del deudor.

fraude de acreedores que no pueden de otro modo cobrar lo que se les debe? La respuesta sugerida por la doctrina que se ha pronunciado al respecto es afirmativa.<sup>57</sup>

Pero, sin duda la razón fundamental por la que, desde la perspectiva de los acreedores del apartado debe cuestionarse la rescisión del apartado por fraude es la representada por sus efectos. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 1295 CC, en la rescisión por fraude de acreedores no hay una disolución o destrucción del contrato lesivo, sino que lo que aquel precepto codicial impone es el desconocimiento de su eficacia traslativa de bienes o derechos que habrán de ser objeto de restitución con sus frutos o intereses, siempre que no estén en poder de terceros adquirentes de buena fe o que hayan adquirido en virtud de título gratuito (en cuyo caso la restitución se transforma en una indemnización de daños y perjuicios a cargo del causante de la lesión —arts. 1298 CC y 37.4º LH—).<sup>58</sup> En puridad en estos supuestos, lo que sucede es que el acreedor que ha ejercitado la acción rescisoria fundada en la lesión de los derechos de crédito de que es titular, apreciada la concurrencia de los presupuestos de la rescisión contractual, puede ejecutar los bienes y derechos de contenido patrimonial objeto del negocio rescindido, que resulta inoponible frente al mismo.<sup>59</sup> Es por esta razón por la que la doctrina jurisprudencial admite la rescisión parcial, en tanto que el perjuicio sufrido por el acreedor es la medida de la rescisión (v. gr., SSTS de 28 de noviembre de 1997 [RJ 1997\8430] y de 21 de noviembre de 2006 [RJ 2006\8077]). Con fundamento en estas consideraciones, en derredor de los efectos de las acciones rescisorias por fraude de acreedores, se ha señalado la inadecuación de las mismas en aras a la protección de los acreedores del apartado que nada recibirían como consecuencia de su estimación.<sup>60</sup>

Por el contrario, podrían resultar eficaces desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los acreedores del apartado las acciones de nulidad fundadas en la

---

<sup>57</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. «El apartado sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1479.

<sup>58</sup> Entre otros, ALBERRUCHE DÍAZ-FLORES, M.<sup>a</sup> M. *La rescisión por lesión en el Derecho civil español*. Madrid: La Ley, Madrid, 2010, págs. 204 a 207.

<sup>59</sup> Vid. JORDANO FRAGA, F. *La acción revocatoria o paulina (Algunos aspectos esenciales de su régimen en el Derecho vigente)*. Granada: Editorial Comares, 2001, especialmente las págs. 174 y ss.; GARCÍA VICENTE, J. R. «Comentario del art. 1295 del CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. T. VII. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 9224 y 9225.

<sup>60</sup> LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», cit., pág. 575.

simulación de la apartación y también la que resulta del art. 643 CC. En efecto, al igual que las donaciones realizadas en fraude de acreedores, además de rescindibles pueden ser nulas de pleno derecho, tanto cuando se trata de supuestos de simulación absoluta sin que concurra *animus donandi* alguno y sí solo la finalidad de transmisión de la mera titularidad formal de los bienes o derechos objeto del negocio traslativo para ponerlos fuera del alcance de los acreedores del donante (v. gr., STS de 27 de febrero de 2001 [RJ 2001\2554], SAP de Guipúzcoa, Sección 2ª, de 22 de diciembre de 2008 [JUR 2009\47454]), como cuando concurre en ellas causa ilícita (art. 1275 CC), también en el caso de la apartación realizada con este propósito o finalidad, sin que concurra la causa propia del negocio de apartación, debe ampararse el ejercicio de la acción por los acreedores no de rescisión por fraude de acreedores, sino por nulidad, lo que conlleva a la inaplicación del plazo cuatrienal de caducidad del art. 1299 CC (en este sentido, STS de 27 de marzo de 2007 [RJ 2007\1616], a propósito de una donación realizada por los padres a un hijo, condenados aquellos por un delito de alzamiento de bienes).<sup>61</sup>

En lo que respecta a la virtualidad que podemos derivar de la previsión del art. 643 CC, claro está que si pretendemos dotar de una verdadera utilidad al referido precepto en sede de efectos y límites de las donaciones —y si se considera de aplicación analógica la norma que contiene al ámbito de la apartación realizada en fraude de acreedores, partiendo de la calificación de este como negocio jurídico dispositivo realizada a título gratuito—, debemos rechazar la doctrina jurisprudencial asumida por la STS de 17 de julio de 2000 [RJ 2000\5932] que, por otra parte, es la única en la que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha fijado el alcance de esta norma. En esta Sentencia, el TS declara que el art. 643 CC no concede al acreedor defraudado por la donación —presumiéndose el fraude si como consecuencia de la liberalidad el patrimonio del donante no fuese suficiente para satisfacer las deudas contraídas antes de perfeccionarse la misma, con independencia de la fecha de su vencimiento— una acción diversa de la rescisoria, cuya naturaleza es similar a la que resulta de los arts. 1291.3, 1297 e inciso final del art. 1111 CC. Argumenta el TS que no encuentra razón por la que la donación debiera tener un régimen distinto al que resulta del art. 1297.I CC y que consistiera en una asunción *ex lege*

---

<sup>61</sup> Vid. SABORIDO SÁNCHEZ, P. *La causa ilícita: delimitación y efectos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, págs. 250 a 260; y, respecto de la donación sin *causa donandi* REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Problemas prácticos en la transmisión de bienes a título gratuito de padres a hijos». *Aranzadi civil-mercantil*, núm. 2 (2011).

por el donatario de las deudas del donante, sin consentimiento de los acreedores de aquel y que pudieran resultar perjudicados precisamente por esta razón. Para el TS los arts. 1297-I y 643 CC son normas complementarias, pudiendo los acreedores invocar cualquiera de ellas para ejercitar la acción rescisoria de la donación por fraude de acreedores. Esta interpretación supone que el donatario no puede estar pasivamente legitimado en la acción que ejerciten los acreedores del donante exigiendo el pago de sus créditos, sino solo en la acción rescisoria, previa excusión de los bienes del donante, de manera que, en último caso, el donatario perdería el bien recibido a título lucrativo, pero su patrimonio no se vería afectado.<sup>62</sup>

Sin embargo, el art. 643 CC es susceptible de otra interpretación que permite dotarlo de un contenido diferente de las normas que regulan la rescisión por fraude de acreedores y de su complemento, representado por la presunción de fraude que respecto de los negocios traslativos gratuitos establece el art. 1297.I CC; esto es, dotarlo de autonomía frente a estas normas. En efecto, el párrafo 1º del art. 643 CC establece que, no existiendo estipulación en la donación que imponga

---

<sup>62</sup> Parecer doctrinal asumido, entre otros, v. gr., por ALBALADEJO, quien afirma que el art. 643 CC supone que los bienes que recibió y que hizo suyos el donatario, en virtud de la donación, pueden resultar afectos al pago de las deudas del donante a través de la impugnación de la donación por los acreedores del donante por medio de la acción rescisoria (vid. ALBALADEJO, M. «Comentario de los arts. 642 y 643 del CC», en *Comentario del Código Civil*. T. I. Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1631 y 1632; también, ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S. *La donación*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, 2006, pág. 501; por DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. *Sistema de Derecho civil*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 1999 (8ª ed.), pág. 310; por PÉREZ CONESA, C. «La donación», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.). *Manual de Derecho civil (Contratos)*. Madrid: Ed. Bercal, 2011 (3ª ed.), pág. 158; por DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «Comentario del art. 643 del CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. Valladolid: Lex Nova, 2010, pág. 754; ibídem, DOMÍNGUEZ LUELMO, A. «Comentario del art. 37 de la LH», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. Valladolid: Lex Nova, 2013, pág. 387; y por PÉREZ GARCÍA, M. J. «Comentario del artículo 643 del CC», en CAÑIZARES LASO, A.; DE PABLO CONTRERAS, P.; ORDUÑA MORENO, J.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. (dirs.). *Código Civil Comentado*. Vol. II. Cizur Menor: Ed. Civitas, 2011, pág. 181. En relación, precisamente, con la posible aplicación del art. 643 CC en el ámbito de la protección de los acreedores del mejorado, asumen la referida interpretación doctrinal, ORDOÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J.; VIDAL PEREIRO, V. M. «Comentario de los artículos 214 a 218 de la LDCG», en *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia*. Vol. I, op. cit., pág. 454.

al donatario el pago de las deudas del donante, de estas deudas solo responderá el donatario cuanto la donación se haya hecho en fraude de acreedores. Entonces puede considerarse que lo que este precepto establece es una acción directa de los acreedores del donante, titulares de créditos constituidos antes de la donación, dirigida al pago de estos, siempre que la donación se haya hecho en fraude de acreedores y solo en su defecto se podría instar la rescisión de la donación, conforme a las normas generales de los arts. 1291.3º y concordantes del CC. Esta interpretación ha sido asumida por algunos comentaristas del art. 643 CC, que se apoyan en afirmaciones de LACRUZ<sup>63</sup> y también es seguida por algunas Audiencias Provinciales.

Los argumentos que avalan esta interpretación del art. 643.I CC, que es un precepto carente de antecedentes históricos, son sustancialmente los que siguen:

- 1º) El argumento sistemático, en tanto que el precepto debe interpretarse conjuntamente con su precedente, el art. 642 CC, que permite imponer al donatario el pago de las deudas del donante, incluso las posteriores a la donación. El art. 643 CC disciplina el régimen de responsabilidad del donatario por deudas del donante en defecto de previsión convencional alguna al respecto.

---

<sup>63</sup> LACRUZ afirma que el art. 643 CC contiene una medida más dura que la rescisión, cual es la posibilidad del acreedor de dirigirse contra el donatario para hacer efectivo su crédito sobre todos los bienes de este y que ello hace innecesaria, en principio, la rescisión por fraude (cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho civil*. T. II. Vol. 3º. Barcelona: Bosch, 1986, págs. 143 y 144). Por su parte, ESPIGARES HUETE señala que el art. 643 CC implica un medio distinto de la acción de rescisión por fraude de acreedores (vid. ESPIGARES HUETE, J. C. «¿Rescisión de donaciones realizadas en fraude de acreedores?: el artículo 643 del Código Civil». *Revista de Derecho Privado*, núm. 3 (2002), pág. 267). ALBIEZ entiende que se trata de una interpretación que tiene argumentos sólidos (vid. ALBIEZ DOHRMANN, K. J. «Comentario del art. 643 del CC», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.). *Comentarios al Código Civil*. T. IV. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, págs. 4904 y 4905). Precisamente en relación con las acciones que pueden ejercitar los acreedores del apartante frente al apartado, LOIS PUENTE, a la pregunta acerca de si resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 643 del CC, responde afirmativamente señalando que el apartado no responde, en principio de las deudas del apartante, pero si este no se reservó bienes bastantes para satisfacerlas, sus acreedores deben tener acción directa contra el apartado (cfr. LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», cit., pág. 574).

- 2º) La carencia de virtualidad del art. 643 CC si se le otorga la interpretación a tenor de la cual solo permite la rescisión de la donación por fraude de acreedores.
- 3º) Se trata de una interpretación que, en determinados supuestos, puede ser tuitiva de los intereses del donatario, en tanto que le permitirá mantener la propiedad del bien donado, pagando las deudas del donante, de manera que optará por esta solución cuando el valor del bien, contemplado tanto en términos objetivos o de valor de mercado, como en términos estrictamente subjetivos, sea superior a la deuda o deudas a las que haya de hacer frente. Por otra parte, comoquiera que es posible que el apartado pueda ser heredero, voluntario o legal, y, en consecuencia, puede recibir bienes o derechos de la herencia del causante/apartante, en el caso de que, además de haber renunciado anticipadamente a la legítima, renuncie a la herencia tras la apertura de la sucesión, sus acreedores podrán ejercitar la facultad que les atribuye el art. 1001 CC. Esto es, podrán pedir al Juez que les autorice para aceptar la herencia en nombre del apartado/heredero que la repudia, aprovechándoles la aceptación en cuanto sea necesario para cubrir el importe de sus respectivos créditos.

Algún comentarista de los arts. 224 a 227 LDCG ha ido un poco más lejos en la virtualidad que pudiera otorgarse al art. 1001 CC en este ámbito, afirmando que, una vez abierta la sucesión del apartante, los acreedores del apartado podrían pretender que el apartamiento no ha tenido lugar en orden a permitir la aplicación de la norma que se contiene en este precepto y cuya aplicación se ha tratado de eludir.<sup>64</sup> El argumento es la proscripción del fraude de ley ex art. 6.4 CC, de manera que la utilización de una norma de cobertura como es la que permite la renuncia a la legítima en el caso de la apartación, no puede amparar la exclusión de la norma que se pretende defraudar: la aplicación del art. 1001 CC y la facultad de los acreedores del legitimario, formalmente apartado, de aceptar la herencia de su causante en su nombre. Con todo, parece que la acción que mejor se adecua a este supuesto es la acción revocatoria contemplada en el inciso final del art. 1111 CC, habida cuenta de que también exige la concurrencia de fraude de los derechos de los acreedores del apartado, facilitándose la prueba de su concurrencia a través del juego de las presunciones de fraude aplicables a los negocios

---

<sup>64</sup> En este sentido, LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», cit., pág. 574.

jurídicos gratuitos; al tiempo que la subsidiariedad requerida para el éxito de la acción revocatoria no dista mucho del hecho de que el art. 1001 CC permita la aceptación de la herencia por los acreedores hasta el límite necesario para satisfacer el importe de sus créditos.

#### *B. Los acreedores del apartante*

Desde la perspectiva del apartante y de sus acreedores —siempre que la fecha de constitución de las obligaciones o de la constitución de los derechos de crédito de los que estos sean titulares activos sea anterior al negocio apartacional,<sup>65</sup> excluyendo a los que adquieran esta condición en un momento posterior a la perfección del negocio apartacional—, la adjudicación de bienes o derechos que representen un valor notablemente superior al que por legítima le correspondería al apartado habilitaría objetivamente el ejercicio de acciones rescisorias por estos acreedores.

Si se admite la naturaleza gratuita de la apartación, que se presenta como evidente desde la perspectiva de los acreedores del apartante, estos podrán impugnar la disposición que esta conlleva a través de la acción que contempla el art. 1291.3º CC, en relación con la presunción *iuris e de iure* de fraude de los negocios de esta naturaleza que acoge el art. 1297.I CC,<sup>66</sup> habida cuenta de la inexistencia de argumentos para proteger al adquirente a título lucrativo en detrimento del acreedor perjudicado o defraudado; al tiempo que la referida naturaleza de la presunción se cohonestaba con la regla general que establece el art. 385.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Lo que no resulta procedente es pretender que el apartado se subrogue directamente en la posición jurídica del apartante en un proceso de ejecución seguido frente al patrimonio de este último. Así lo pretendía la parte ejecutante en el supuesto resuelto, en primera instancia, por el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Caldas de Reis de 14 de noviembre de 2008 [JUR 2010\65824] y confirmado, en grado de apelación, por el Auto de la Sección 3ª de la AP de Pontevedra núm. 94/2009, de 1 de octubre [JUR 2009\470149], precisando que la transmisión de un bien por el deudor ejecutado en virtud de una apartación no

---

<sup>65</sup> IMAZ ZUBIAUR, L. *La sucesión paccionada en el Derecho civil vasco*. Madrid/Barcelona: Ed. La Notaría – Col·legi Notaris de Catalunya, 2006, pág. 479.

<sup>66</sup> La aplicación de estas normas es afirmada expresamente, respecto de la impugnación de la apartación por los acreedores del apartante, *v. gr.*, por LOIS PUENTE, J. M. «Comentario de los arts. 224 a 227 de la LDCG», *cit.*, pág. 575.

supone la existencia de una sucesión hereditaria del único obligado frente al que se sigue el procedimiento de ejecución, no otorgando la transmisión del bien realizada al apartado, adquirente del mismo, la condición de ejecutado, señalando en su razonamiento jurídico 4º que «[l]a situación entonces viene a ser la equivalente a la resultante en el caso de cualquier negocio, oneroso o gratuito, de disposición de bienes del ejecutado que como el aquí realizado pueda llegar a resultar fraudulento, penal o civilmente, siendo por ello sancionable y rescindible de resultar en perjuicio del acreedor ejecutante (Arts. 1111, 1291 CC y Arts. 257 y ss. C Penal). Resulta entonces necesario concluir la necesaria confirmación de la resolución de la instancia denegatoria de la ampliación de la ejecución solicitada por la ejecutante, remitiendo a la parte al cauce civil o penal que entienda le corresponde conoce y ha hecho reserva expresa de los mismos».

En el caso de concurso de acreedores, la disposición que conlleva la apartación podrá impugnarse en virtud del ejercicio de las acciones de reintegración o rescisorias concursales *ex arts. 71 y ss. LC*, que se fundan en la existencia de perjuicio para la masa activa del concurso (del apartante o de la herencia), presumiéndose este *iuris et de iure* respecto de los negocios jurídicos a título gratuito realizados por el deudor cuyo concurso se declare dentro de los dos años inmediatos a la celebración del negocio dispositivo rescindible (en el caso que nos ocupa, la apartación).

Pero aun, admitiendo que no estemos en presencia de un negocio gratuito, su carácter oneroso no vedaría la impugnación del mismo por los referidos acreedores ni se reduciría a aquellos supuestos en los que resulte viable la acción revocatoria o pauliana por resultar posible la acreditación de la concurrencia del *consilium fraudis* entre el deudor apartante y el apartado, con la finalidad de defraudar los derechos patrimoniales de los acreedores del primero.

En efecto, aun si se admite la naturaleza onerosa de la apartación, la rescisión de este negocio es posible al amparo de la previsión del art. 1292 CC: pagos hechos por el deudor en estado de insolvencia por cuenta de obligaciones a cuyo cumplimiento no podía ser compelido.<sup>67</sup> En efecto, el apartante no tiene obligación

---

<sup>67</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1479. Por otra parte, también lo sería en los supuestos en los que la apartación sea posterior a la fecha en que se hubiese dictado sentencia en virtud de la que se condene al apartante al pago o, desde luego, se hubiese trabado embargo de sus bienes y derechos, siendo notoria entonces la presencia de acreedores impagados y de dificultades económicas que permiten subsumir el supuesto en la presunción de fraude que se aplica a las

alguna de satisfacer en vida las legítimas, de manera que, si voluntariamente decide hacerlo, detrae activos patrimoniales sin que concurra ninguna obligación, pudiendo encontrarse una evidente *eadem ratio* entre este supuesto y el de fraude objetivo por pago de obligaciones no vencidas por el deudor insolvente. Los acreedores del apartante, titulares de créditos en el momento de realizarse el negocio apartacional, podrán ejercitar la acción rescisoria de este con el referido fundamento normativo.

Por otra parte, la doctrina ha intentado construir la presunción de fraude en el ámbito de las transmisiones realizadas a título oneroso en aquellos casos en los que exista una notable desproporción entre el valor del bien que sale del patrimonio del transmitente y la contraprestación pactada, si como consecuencia se produce una lesión de los derechos de crédito de que sean titulares los acreedores del primero.<sup>68</sup> En este supuesto, a través del poder de configuración de la realidad que ampara la autonomía privada, se trataría de transformar en un acto dispositivo oneroso a un negocio realizado a título gratuito, precisamente con el propósito de que, mediante el velo de esta naturaleza, se ponga al amparo de las facultades rescisorias de los acreedores respecto de los negocios dispositivos a título gratuito. Evidente resulta que los límites de la autonomía privada y, en particular, el orden público, imponen que tal transformación típica no pueda resultar amparada por el Derecho.

Si esta presunción de fraude opera, el apartado podría verse sometido a los efectos de la acción rescisoria, de manera que podría optar por restituir el bien o bienes recibidos en virtud de la apartación o por pagar los créditos del apartante; al tiempo que si se acreditase que actuó de mala fe (con conocimiento de la intención fraudulenta del negocio apartacional) los acreedores del apartante podrían interesar la indemnización de los daños y perjuicios que hubiesen padecido en el caso de que el apartado no pudiera restituir el bien al patrimonio del apartante (art. 1298 CC).

---

enajenaciones a título oneroso que contempla el art. 1297.II del CC y que es extensible a los adquirentes a partir de la fecha de la sentencia condenatoria o del auto acordando el embargo. En este sentido, MARTÍN PÉREZ, J. A. «Comentario del art. 1297 del CC», en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.). *Comentarios al Código Civil, op. cit.*, págs. 1426 y 1427.

<sup>68</sup> La construcción se encuentra en JEREZ DELGADO, C. *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, op. cit., págs. 273 y ss. (capítulo rubricado expresivamente «la falta de equivalencia de las prestaciones en los contratos onerosos como posible manifestación del fraude»). En particular, respecto del pacto de apartación, GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. «El apartamiento sucesorio en el Derecho civil gallego», cit., pág. 1480.

En el caso de procedimientos concursales o universales de ejecución derivados de la situación de insolvencia del apartante, aun calificándose como un negocio oneroso, se presumirá *iuris tantum* el perjuicio patrimonial de la apartación y ello de conformidad con la previsión del art. 71.3.1º LC, por tratarse necesariamente de un acto dispositivo a título oneroso realizado a favor de una persona especialmente relacionada con el concursado (los legitimarios, cualquiera que sea, se encuentran dentro de las personas que contempla el art. 93.1 LC especialmente relacionadas con el concursado persona física, en tanto que se incluye el cónyuge o la persona que conviva con el concursado con análoga relación de afectividad o haya convivido durante los dos años anteriores a la declaración de concurso, así como los descendientes). Por otra parte, si tomamos en consideración la posibilidad que brinda el art. 1292 CC, en sede concursal el pago o cumplimiento de obligaciones no vencidas, en tanto que supone una lesión del principio de la *par conditio creditorum*, el art. 71.3.3º LC establece la presunción *iuris tantum* de perjuicio para la masa activa del concurso respecto de los pagos y otros actos de extinción de obligaciones con garantía real cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.

En cuanto a los requisitos de la acción revocatoria o paulina que han decantado jurisprudencia y doctrina se encuentran los que siguen:<sup>69</sup>

- 1º) El ejercicio de la acción pauliana se admite solo en relación con negocios jurídicos que tienen funciones dispositivas (traslativas), contenido patrimonial y eficacia *inter vivos*. No parece presentarse dificultad alguna en relación con los dos primeros aspectos, puesto que el negocio de apartación es típicamente dispositivo y, como ya he señalado, el objeto del mismo son bienes o derechos de naturaleza patrimonial. Más problemas puede suscitar la exigencia de que se trate de negocios jurídicos *inter vivos*.

A propósito de esta última cualidad, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 6ª, de 12 de junio de 2009 [JUR 2009\301419] y, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2011 (dictada en el recurso de apelación

---

<sup>69</sup> *Vid.*, entre otros, CRISTÓBAL MONTES, Á. *La vía pauliana*. Madrid: Tecnos, 1997, págs. 85 y ss.; ORDUÑA MORENO, J. *La acción rescisoria por fraude de acreedores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Análisis de su concepto y de los presupuestos y requisitos para el ejercicio de la acción)*. Barcelona: Ed. J. M.ª Bosch, 1992 (2ª ed.), especialmente las págs. 117 y ss.; y MUÑIZ ESPADA, E. *La acción revocatoria como una vicisitud del concurso*. Madrid: Ed. CER, 2006, especialmente las págs. 172 y ss.

691/2010) [JUR 2010\115549], así como el Auto de la misma Audiencia Provincial, Sección 3ª, de 1 de octubre de 2009 [JUR 2009\470149], consideran que, en el caso de la apartación, la transmisión se produce a través de un negocio jurídico *inter vivos* de disposición, sin perjuicio de su vocación reguladora de una situación *post mortem*.

Este parecer de la jurisprudencia del orden jurisdiccional civil no es compartido en el ámbito contencioso-administrativo, como ya se ha señalado en el momento en que se expuso esta cuestión en relación con el pacto de mejora con entrega de presente. En este último la calificación de la apartación como negocio jurídico *mortis causa* permite la aplicación de la excepción del gravamen previsto en el art. 33.3.b de la Ley del IRPF, en relación con las ganancias patrimoniales, que se reputan no existentes en el caso de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente. En relación con esta cuestión, las SSTSJ de Galicia, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de marzo de 2006 (recursos núms. 743/2003) y 549/2012, de 24 de septiembre [JT 2012\1130], consideran necesario conciliar la naturaleza *inter vivos* de la adquisición patrimonial con la de pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título *mortis causa* a la apartación. Este parecer no fue compartido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT). A esta diferencia de criterio le vino a poner fin la STS, Sala Tercera, de 9 de febrero de 2016 [RJ 2016\1365] resolviendo un recurso de casación en interés de Ley promovido por la AEAT, pronunciándose en sentido contrario al interesado por la Administración tributaria recurrente, al declarar que en el caso de la apartación «no estamos ante dos negocios uno *inter vivos* y otro *mortis causa*», sino ante un solo negocio en el que existe una única voluntad y finalidad común, sin que sea procedente descomponer su contenido económico para, desvirtuando su naturaleza jurídica y su funcionalidad, otorgarle un tratamiento tributario en función del impuesto que haya de resultar de aplicación. La apartación, afirma el TS, es un pacto sucesorio y su tratamiento fiscal es el que se deriva de esta naturaleza jurídica, cualquiera que sea el impuesto del que se trate, cuando, como es el caso, no existe un tratamiento específico en la regulación de uno u otro impuesto. En consecuencia, la apartación, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del

contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la Ley del IRPF.<sup>70</sup> En este mismo sentido, en fecha 2 de marzo de 2016, el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) resolvió un recurso de alzada interpuesto por la propia AEAT contra una resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional (TEAR) de Galicia, señalando que «la apartación es una institución propia del Derecho civil de gallego, y, como indica el TEAR de Galicia en su resolución recurrida, el TSJG, [en distintas sentencias] dictadas en esta materia, y corrobora el TS, la apartación gallega, como pacto sucesorio, es una transmisión lucrativa por causa de muerte del contribuyente, comprendida dentro del art. 33.3.b) de la LIRPF». En esta Resolución el TEAC se hace eco también de una proposición no de ley aprobada por el Parlamento Gallego, por unanimidad, en el mes de noviembre de 2014 en virtud de la que instaba a la Xunta de Galicia a «que demande a la AEAT que tenga en cuenta los pronunciamientos del TSJ [...] para los efectos de su no tributación en el IRPF».

- 2º) Ha de tratarse de negocios dispositivos de contenido patrimonial. Respecto de la concurrencia de este presupuesto en el caso del negocio de apartación, sirva para acreditarlo la toma en consideración de lo dispuesto en el art. 225 LDCG, que si bien excluye cualquier exigencia de equivalencia entre los bienes que recibe el apartado y el valor de lo que por legítima pudiera corresponderle, se excluyen atribuciones meramente simbólicas o con un valor vil o irrisorio.<sup>71</sup> Es cierto que podría admitirse la atribución de bienes no evaluables económicamente, pero en este caso obvio resulta que los acreedores del apartante carecerán de cualquier interés en la rescisión del negocio apartacional.
- 3º) Ha de producirse un perjuicio o lesión del derecho del acreedor. Este perjuicio se conecta con las posibilidades de satisfacción del crédito por el acreedor y, por esta razón, se vincula con la subsidiariedad legal de la

---

<sup>70</sup> Sobre esta cuestión, puede verse, *v. gr.*, GÓMEZ TABOADA, J. «IRPF y pactos sucesorios ¿punto final?». *El Notario del Siglo XXI*, núm. 66 (marzo-abril de 2016), págs. 152 y 153; y MARTORELL GARCÍA, V. «La mejora y apartación gallega en la práctica: STS de 9 de febrero de 2016», en <http://www.notariosyregistradores.com>.

<sup>71</sup> Entre otros, PILLADO MONTERO, A. «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia». *Revista Xurídica Galega*, núm. 13 (1996), pág. 64; y REBOLLEDO VARELA, Á. L. «Comentario del art. 225 de la LDCG», *cit.*, pág. 972.

acción rescisoria. Esta subsidiariedad presenta, a su vez, dos perspectivas; a saber: la insuficiencia del patrimonio del apartante/deudor para satisfacer sus deudas; y la inexistencia de otros recursos legales a disposición del acreedor para lograr el cobro (*v. gr.*, existencia de terceros garantes solidarios o de garantías o privilegios para el cobro prestadas por terceros o por el propio deudor, pero en posesión de un tercero) así como la imposibilidad de acudir a otros mecanismos que el Ordenamiento jurídico ponga a su disposición para privar de validez o eficacia al negocio cuya rescisión se pretenda.

- 4º) La concurrencia del *consilium fraudis* entendido como conocimiento o como ignorancia negligente por el apartado de que el apartamiento causa un perjuicio a los acreedores del apartante. Precisamente es respecto de la prueba de la concurrencia de este presupuesto respecto del que se establecen las presunciones de fraude, *iuris et de iure* respecto de los negocios realizados a título gratuito (art. 1297.I CC y 37.4.a LH). Sin embargo, este requisito requiere de una inmediata precisión a la luz de la regulación de las acciones rescisorias en la LC y de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del TS. En efecto, el régimen de la acción rescisoria por fraude de acreedores se ha objetivado de manera progresiva, desplazándose el centro de gravedad desde el elemento intencional de defraudar al elemento objetivo representado por el perjuicio que el acto o negocio dispositivo supone para el acreedor. En ocasiones, el fraude se presume (art. 1297 CC) y en otros casos basta con la concurrencia del elemento del perjuicio como acontece en las acciones rescisorias concursales (art. 71 LC). En estos supuestos, el fraude de acreedores no radica en el propósito o en la intención común de los contratantes que, como tal, se eleve a la categoría de causa del contrato y que por su ilicitud determina su nulidad; si no que el contrato es válido, pero, al tener como consecuencia el fraude de los acreedores —o de alguno de ellos—, puede ser objeto de rescisión si, dentro del plazo previsto en la norma, se ejercita la acción pauliana por el sujeto activamente legitimado.

Consecuencia de la anterior afirmación es que la defraudación que comete el deudor al disponer de sus bienes en perjuicio de sus acreedores no tiene por qué ser dolosa o intencional, bastando para el éxito de la acción rescisoria que se produzca el perjuicio por mera negligencia o de manera no premeditada. En definitiva, no se requiere la concurrencia de un *animus*

*nocendi* o de perjudicar a los acreedores, como han precisado, *v. gr.*, las SSTS núms. 657/2005, de 19 de julio [RJ 2005\5342] y 575/2015, de 3 de noviembre [RJ 2015\4939]. De este modo, se advierte como la exigencia del requisito del *consilium fraudis* para el éxito de la acción rescisoria por fraude de acreedores ha sido flexibilizada por la doctrina jurisprudencial en el sentido de que no se requiere malicia en el vendedor o transmitente ni intención de causar un perjuicio en el adquirente, siendo suficiente la mera conciencia de que se puede ocasionar dicho perjuicio a los intereses económicos de la parte acreedora. Así las cosas, el *consilium fraudis* se entiende de manera amplia como conciencia en el deudor del empobrecimiento, real o fingido, que causa al acreedor, de manera que basta que el deudor enajenante haya conocido, o debido conocer, la eventualidad del perjuicio para que este requisito concorra; requiriéndose la complicidad o el conocimiento de la persona con la que se contrata, si bien para que se entienda acreditada su concurrencia, resulta suficiente la conciencia de causar un daño o un perjuicio (*scientia fraudis*), de manera tal que resulta más relevante la diligencia que se despliegue para conocer las consecuencias del negocio dispositivo, que el exacto grado de conocimiento de estas consecuencias que concorra. En consecuencia, el elemento central de las acciones rescisorias pasa a estar constituido por el daño, consistente en el perjuicio del acreedor derivado de la minoración de la solvencia del deudor, que le impide cobrar lo que este le debe, produciéndose la frustración de su derecho de crédito, no requiriendo el éxito de la acción rescisoria la prueba de la actividad intencionada y directamente dolosa, siendo suficiente la referida conciencia de causar el daño patrimonial al acreedor.

En cuanto a la eficacia restitutoria derivada del éxito de la acción rescisoria, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1295 CC y para el caso de la rescisoria o revocatoria concursal, en el art. 73.1 LC, ha de tenerse en cuenta la posibilidad de que el bien o bienes objeto de la apartación rescindida hayan sido transmitidos, por el apartado, a un tercero de buena fe. El art. 1295.II CC, acorde con el art. 37 LH, prescribe que en el caso de que los bienes se hallen en poder de terceros de buena fe, no procederá la rescisión, pudiendo reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión (art. 1295.III CC) y, para el caso de la rescisoria concursal, el art. 73.2 LC dispone que si los bienes no pudieran reintegrarse a la masa por pertenecer a un tercero que hubiese procedido de buena fe o gozase de

irreivindicabilidad o de protección registral, se condenará a quien hubiese sido parte en el negocio rescindido (en nuestro caso, al apartado) a entregar el valor que tuviera el bien cuando salió del patrimonio del apartante concursado,<sup>72</sup> incrementado con el interés legal del dinero y en caso de que la sentencia que estima la acción rescisoria apreciase mala fe en el apartado, se le condenará, además, a indemnizar la totalidad de los daños y perjuicios causados en la masa activa del concurso.

A estos efectos ha de tenerse en cuenta que el art. 37.4 LH establece que las acciones rescisorias de enajenaciones hechas en fraude de acreedores perjudicarán a los adquirentes a título gratuito y también a los adquirentes a título oneroso cómplices en el fraude, pero no a los adquirentes a título oneroso de buena fe.

*C. ¿Los legitimarios no apartados pueden impugnar el negocio de apartación que perjudique sus legítimas?*

De alguna manera pudiera pensarse que, en tanto que de lo dispuesto en el art. 249 LDCG, los legitimarios carecen de acción real para perseguir los bienes del causante, reconduciéndose su naturaleza a la de acreedores de una cuarta del haber hereditario líquido (*pars valoris* ex art. 243 LDCG) y, en consecuencia, encontrándose activamente legitimados para el ejercicio de una acción de naturaleza personal frente al heredero, pueden ejercitar acciones de nulidad de la apartación fundada en la simulación de este negocio, en orden a la tutela de sus derechos legitimarios.

En vida del causante/apartante, la respuesta es negativa, pudiendo traerse a colación la doctrina jurisprudencial que acoge la STS de 23 de septiembre de 1992 que rechazó de manera clara que la acción de simulación pueda ejercitarse por los legitimarios con la finalidad de defensa de sus expectativas sucesorias. La solución diversa se acoge, *v. gr.*, en el Código Civil portugués de 1966/1976, cuyo art. 242.2 declara que la nulidad por simulación puede también ser invocada por los herederos legitimarios que pretendan actuar en vida del causante y parte del negocio simulado, en orden a impugnar estos negocios dispositivos realizados simuladamente con la finalidad de perjudicar su expectativa legitimaria. El precepto ha de completarse con la previsión del art. 605 de mismo CC portugués, a tenor del cual los acreedores, tanto respecto de actos de disposición anteriores, como posteriores a la constitución

---

<sup>72</sup> Sobre los efectos restitutorios de las acciones rescisorias concursales en estos supuestos puede verse, *v. gr.*, la STS de 9 de abril de 2014 [RJ 2014\2316].

de su derecho de crédito, si tienen interés en la declaración de nulidad de dichos actos, están legitimados activamente para su impugnación siempre que hayan producido o agravado la insolvencia; precisando su apartado 2º que la impugnación aprovecha a todos los acreedores y no solo al que la invoca.<sup>73</sup>

Tras el fallecimiento del causante/apartante la tutela de los derechos de los legitimarios que vean mermados sus derechos legitimarios por la disposición realizada a favor del legitimario apartado se articula en el Derecho civil propio de Galicia a través de la acción de reducción contemplada en el art. 251.2 LDCG.

A diferencia de lo que sucede en el caso de los descendientes que hayan sido mejorados en virtud del pacto de este nombre en el supuesto en que todos los bienes del causante se hayan distribuido en virtud de negocios de esta naturaleza, al que algunos comentaristas de la LDCG han reputado aplicable la norma codicial que contempla el caso de distribución de toda la herencia en legados (el art. 891 CC) atribuyendo a los legatarios la responsabilidad por las deudas del causante, en proporción a sus respectivas cuotas y salvo previsión en otro sentido del testador;<sup>74</sup> no parece que esta solución, consistente en la aplicación analógica de dicha norma, pueda asumirse en el caso de distribución de todos los bienes y activos hereditarios en virtud de pactos de apartación, que habrán de ser objeto de reducción o, en su caso, de rescisión a instancia de los acreedores perjudicados.

Los legitimarios sí tienen legitimación activa para el ejercicio de acciones de nulidad —fundadas en causas que determinen la nulidad de pleno derecho o en la inexistencia— y también de anulabilidad de los pactos sucesorios, a diferencia de los herederos voluntarios cuya legitimación activa se restringe a las primeras. En este sentido se pronunció la STSJ de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, núm. 5/2009, de 6 de marzo [JUR 2003\294867], en relación con una acción de impugnación de un pacto de apartación ejercitada por un legitimario fundada en el hecho de que el objeto era un bien de naturaleza ganancial y no había concurrido el consentimiento de uno de los cónyuges.

---

<sup>73</sup> Por su parte, a tenor de lo dispuesto en el art. 394.2 del Código civil portugués, quienes han sido parte en el negocio simulado, no pueden invocar la simulación para impugnar el negocio.

<sup>74</sup> Aplicación analógica del art. 891 CC propugnada por ORDÓÑEZ ARMÁN, F. M.; PEÓN RAMA, V. J.; VIDAL PEREIRO, V. M. «Comentario de los artículos 214 a 218 de la LDCG», cit., págs. 451, 459 y 460.



# Cambio climático, energía y comunidades autónomas: el impulso de la transición energética mediante el cierre de centrales térmicas en la Ley balear 10/2019\*

**Jordi Jaria-Manzano**

Profesor Agregado Serra Húnter  
de Derecho Constitucional y Ambiental  
Universitat Rovira i Virgili

**Endrius Cocciolo**

Profesor Agregado de Derecho Administrativo  
y de Derecho de la Energía  
Universitat Rovira i Virgili

## RESUMEN

La Ley 10/2019, de cambio climático y transición energética de las Illes Balears, articula una serie de medidas innovadoras para hacer efectiva la estrategia de transición energética y la acción climática, en consonancia con el marco normativo y las exigencias internacionales y europeas. En el estudio se considera el encuadre competencial de Ley y la forma en que se proyectan las competencias autonómicas en el ámbito de la energía. Finalmente se analiza, de forma específica, la fundamentación de las normas que regulan el cierre de centrales térmicas no solo por su originalidad jurídica, sino por su carácter esencial para asegurar la transición energética en términos reales.

**Palabras clave:** cambio climático, transición energética, cierre centrales térmicas, Islas Baleares.

---

\* Este trabajo ha sido desarrollado dentro del proyecto de investigación *Constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo*, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad para el trienio 2017-2019 (proyecto DER2016-80011-P; investigadores principales: Jordi Jaria-Manzano y Susana Borràs Pentinat). El estudio, en todas sus partes, es el resultado de una reflexión compartida por ambos autores. La aportación del Dr. Jordi Jaria-Manzano, corresponde a los epígrafes I, II, III, y IV, mientras el epígrafe V ha sido elaborado por el Dr. Endrius Cocciolo. Finalmente, el epígrafe VI ha sido desarrollado de forma conjunta.

**RESUM**

La Llei 10/2019, de canvi climàtic i transició energètica de les Illes Balears, articula una sèrie de mesures innovadores per fer efectiva l'estratègia de transició energètica i l'acció climàtica, d'acord amb el marc normatiu i les exigències internacionals i europees. En l'estudi es considera l'enquadrament competencial de Llei i la forma en què es projecten les competències autonòmiques en l'àmbit de l'energia. Finalment s'analitza, de forma específica, la fonamentació de les normes que regulen el tancament de centrals tèrmiques no només per la seva originalitat jurídica, sinó pel caràcter essencial que tenen de cara a assegurar la transició energètica en termes reals.

**Paraules clau:** canvi climàtic, transició energètica, tancament centrals tèrmiques, Illes Balears.

**ABSTRACT**

Law 10/2019, on climate change and energy transition of the Balearic Islands unfolds a series of innovative measures to make effective the energy transition strategy as well as climate action, in line with the international and European regulatory framework and requirements. The study considers the powers of the autonomous community in this area and the way in which they are projected in the field of energy. Finally, it specifically analyses the legal basis of regulatory provisions for the closure of thermal power plants, not only because of their legal novelty, but also because they are essential to ensure the energy transition in effective terms.

**Key words:** climate change, energy transition, power plant closure, Balearic Islands.

**SUMARIO**

**I. Introducción. II. La reacción ante el cambio climático y la política energética. III. La ley balear y su encuadramiento competencial. 1. El hecho insular y el desarrollo sostenible. 2. Las competencias de la Comunidad Autónoma en relación con el cambio climático y su proyección sobre el régimen jurídico de la energía. IV. La proyección de las competencias autonómicas en el ámbito energético. V. La transición energética de la teoría a la práctica: el procedimiento para el cierre de las centrales eléctricas de combustibles fósiles de las Illes Balears. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.**

## **I. Introducción**

La Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética (LCCTE), constituye una importante novedad legislativa en el ordenamiento jurídico de las Illes Balears, en la medida que formula una estrategia comprehensiva en cuanto al cambio climático en la comunidad autónoma. La Ley incluye normas que se refieren a aspectos diversos de la actividad económica y hace suyos los objetivos derivados tanto del Derecho internacional como de la estrategia de la Unión Europea en relación con la neutralidad climática. En línea con otras normas autonómicas y anticipándose a la acción del Estado, la Ley balear afronta el reto del cambio climático de una manera ambiciosa e integral.

Obviamente, el aspecto central de cualquier política dirigida a afrontar el cambio climático es el abordaje de la transición energética, entendido como un marco complejo de transformación social que conlleva, entre otros factores, el avance hacia una economía hipocarbónica, que sea cada vez menos dependiente de los combustibles fósiles. En este sentido, la Ley 10/2019, como no podía ser de otro modo, incluye un paquete de medidas encaminadas en esa dirección, entre las que destaca la promoción del cierre de centrales térmicas, que justamente generan energía eléctrica a través del uso de combustibles fósiles, siendo, por lo tanto, un tipo de instalación claramente desintonizado de una estrategia energética hipocarbónica. El presente trabajo contextualiza la Ley 10/2019 como estrategia normativa para promover la transición energética y analiza seguidamente las medidas que prevé en relación con las centrales térmicas.

## **II. La reacción ante el cambio climático y la política energética**

El cambio climático antrópicamente inducido es el aspecto más relevante del proceso geológico que marca la transición del Holoceno, la época geológica en la que ha vivido la humanidad durante los últimos milenios, y el Antropoceno, una nueva era geológica en la que el planeta estaría entrando y que vendría definida por un impacto tan significativo de la actividad humana en el Sistema Tierra que estaría provocando una modificación global del mismo.<sup>1</sup> En este contexto, desde que las

---

<sup>1</sup> El cambio climático sería uno de los nueve límites planetarios, cuya superación definiría una transformación comprehensiva del Sistema Tierra. *Vid.* ROCKSTRÖM, J. [*et al.*]. «Planetary boundaries: Exploring the safe operating space for humanity». *Ecology and Society*, vol. 14, núm. 2 (2009), pp. 32 y ss. El cambio climático constituiría, en este contexto,

advertencias de los expertos se fueron produciendo a partir de la década de los ochenta,<sup>2</sup> se ha producido una reacción internacional ante el fenómeno, que empieza con la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (CMNUCC), adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992.<sup>3</sup> El régimen internacional del cambio climático culmina, de momento, en el Acuerdo de París, adoptado en el marco de la 21.<sup>a</sup> Conferencia de las Partes (COP21), que se celebró en la capital francesa en 2015,<sup>4</sup> acuerdo histórico en el que se establecen compromisos destinados a disminuir las emisiones de gases de efecto invernadero con el objetivo de mitigar el cambio climático y que afectan particularmente al uso de los combustibles fósiles, cuya combustión es fundamental en la causación de la modificación del sistema climático.<sup>5</sup>

---

uno de los marcadores fundamentales del tránsito geológico que experimenta en este momento el Sistema Tierra. *Vid.*, en relación con ello, LOWE, T. [*et al.*]. «Does tomorrow ever come? Disaster narrative and public perceptions of climate change». *Public Understanding of Science*, vol. 15, núm. 4 (2006), pp. 435-457.

<sup>2</sup> El *World Climate Research Programme* fue iniciado en 1980.

<sup>3</sup> El texto en castellano está disponible en [http://unfccc.int/files/essential\\_background/background\\_publications\\_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf](http://unfccc.int/files/essential_background/background_publications_htmlpdf/application/pdf/convsp.pdf) [última visita el 24 de abril de 2020]. Sobre los principios fundamentales de la CMNUCC, *vid.* DOLZER, R. «Die internationale Konvention zum Schutz des Klimas und das allgemeine Völkerrecht». BEYERLIN, U.; BOTHER, M.; HOFMANN, R.; PETERSMANN, E.U. (eds.). *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*. Berlin, Heidelberg, Nueva York: Springer, 1995, pp. 957-973.

<sup>4</sup> El texto en castellano está disponible en [https://unfccc.int/files/essential\\_background/convention/application/pdf/spanish\\_paris\\_agreement.pdf](https://unfccc.int/files/essential_background/convention/application/pdf/spanish_paris_agreement.pdf) [última visita el 24 de abril de 2020].

<sup>5</sup> El uso intensivo de los combustibles fósiles define el metabolismo de las sociedades industriales, habilitando las innovaciones tecnológicas y organizativas que las definen. Hasta la generalización del uso de los combustibles fósiles que definen la era industrial, la humanidad había utilizado energías renovables. *Vid.*, en relación con ello, FISCHER-KOWALSKI, M.; HABERL, H. «Sustainable Development: socio-economic metabolism and colonization of nature». *International Social Science Journal*, vol. 50, núm. 158 (1998), p. 581. El tema ha sido desarrollado ampliamente por MALM, A. en *Fossil Capital. The Rise of Steam Power and the Roots of Global Warming*. Londres: Verso, 2016. El vínculo entre el uso de los combustibles fósiles, la concentración de dióxido de carbono en la atmósfera y el aumento de la temperatura media global está a día de hoy firmemente establecida a pesar de la persistencia del escepticismo en relación con ello. *Vid.* GILLINGS, M. R.; HAGAN-LAWSON, E. L. «The cost of living in the Anthropocene». *Earth Perspectives*, vol. 1, núm. 2 (2014), p. 2; así como

En consecuencia, cualquier aproximación global a la cuestión del cambio climático requiere afrontar las fuentes de energía utilizadas en una sociedad determinada. La cuestión energética deviene así uno de los aspectos centrales de la política climática y como muestra el propio Acuerdo de París debe integrar cualquier régimen jurídico dirigido a afrontar el cambio climático. En este sentido, el Informe especial elaborado por el Panel Intergubernamental de Expertos (IPCC) y publicado en octubre de 2018 insiste en la necesidad de una ambiciosa transición energética para mantener los límites del calentamiento global en curso por debajo de una temperatura media de 1,5 °C.<sup>6</sup>

Por otra parte, esta ha sido la aproximación de la Unión Europea a la cuestión desde hace más de una década, con la formulación del Paquete de medidas sobre clima y energía hasta 2020, formulado en 2007, y que implica un 20 % de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (respecto a los niveles de 1990), un 20 % de energías renovables en la UE en relación con el conjunto de la energía utilizada y un 20 % de mejora de la eficiencia energética.<sup>7</sup> Estos objetivos han sido reformulados de manera ambiciosa de cara al 2020 con la adopción del Marco sobre clima y energía para 2030, que establece una reducción de al menos un 40 % de las emisiones de gases de efecto invernadero (con respecto a 1990); un aumento de la cuota de energías renovables hasta al menos un 32%; y un incremento hasta al menos un 32,5 % en la eficiencia energética.<sup>8</sup> Aún más recientemente, en el marco del *Green Deal* europeo, la Unión ha iniciado la elaboración de una estrategia para lograr la neutralidad climática en 2050.<sup>9</sup> En definitiva, el compromiso de la Unión Europea con las políticas de mitigación del cambio climático y la transición energética no solo es clara, sino que tiene una ambición creciente.

---

JASANOFF, S. «Cosmopolitan Knowledge: Climate Science and Global Civic Epistemology», en DRYZEK, J. S.; NORGAARD, R. B.; SCHLOSBERG, D. (eds.). *The Oxford Handbook of Climate Change and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 130.

<sup>6</sup> Vid. «Intergovernmental Panel on Climate Change». *Special Report: Global Warming of 1.5 °C. Summary for Policymakers, C2*.

<sup>7</sup> Vid. [https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020\\_es](https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2020_es) [última visita el 24 de abril de 2020].

<sup>8</sup> Vid. [https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030\\_es](https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2030_es) [última visita el 24 de abril de 2020].

<sup>9</sup> Vid. [https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2050\\_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/strategies/2050_en) [última visita el 28 de abril de 2020].

De acuerdo con ello, la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética, tal como indica su propio título y se expone reiteradamente en su exposición de motivos, centra buena parte de las medidas dedicadas a la contribución de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears a la mitigación y adaptación en relación con el cambio climático, en línea con lo establecido en el Acuerdo de París, al impulso de la transición energética. Así, la Ley prevé el desarrollo de «medidas [...] para luchar eficazmente contra los efectos del cambio climático» entre las que se configura el «Plan de Transición Energética y Cambio Climático como la principal herramienta planificadora, cuyas determinaciones serán vinculantes para el Plan Director Sectorial Energético y para otros tipos de instrumentos».<sup>10</sup> Evidentemente, el carácter comprensivo de la Ley comentada, así como la necesidad de incidir en aspectos relativos al régimen energético, suscitan cuestiones competenciales relevantes a la hora de justificar una legislación autonómica de este alcance.

### III. La ley balear y su encuadramiento competencial

Efectivamente, tal como se deriva de la propia dimensión de la materia abordada, como se ha señalado previamente, la Ley plantea una aproximación holística y una estrategia general, que particularmente se proyecta sobre el régimen energético. Esta visión general, que ha sido recomendada por los expertos y que constituye la aproximación escogida en el diseño de las políticas climáticas en el entorno más próximo, parece la manera adecuada de abordar una cuestión de tanta complejidad y tan significativa transversalidad como el cambio climático.<sup>11</sup> En todo caso, antes de entrar a examinar concretos títulos competenciales que habilitan la acción de la comunidad autónoma en una materia como la que nos ocupa, cabe señalar que determinados elementos sustantivos

---

<sup>10</sup> *Vid.* la Exposición de Motivos de la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética, apartado VII.

<sup>11</sup> Un ejemplo de ello es el Informe 4/2014 de 15 de octubre, del Consejo Asesor para el Desarrollo Sostenible de Cataluña, en relación, en este caso, con el anteproyecto de Ley catalana de cambio climático, que culminaría en la Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático (DOGC núm. 7426, de 3 de agosto). El informe está disponible en [http://cads.gencat.cat/web/.content/Documents/Informes/CADS\\_2014\\_4\\_avantproj\\_llei\\_CC-def.pdf](http://cads.gencat.cat/web/.content/Documents/Informes/CADS_2014_4_avantproj_llei_CC-def.pdf) [última visita el 24 de abril de 2020].

que configuran el régimen de autogobierno de las Illes Balears permiten contextualizar y fundamentar una acción comprensiva respecto al cambio climático por parte de las instituciones autonómicas.

Así, hay que partir de la singularidad del marco estatutario de las Illes Balears para justificar la viabilidad de la aproximación elegida por la Ley 10/2019, alineada, como se ha visto, con las estrategias globales y europeas en relación con el cambio climático, lo que, en última instancia, justificaría la adecuación de los instrumentos estratégicos elegidos, así como las medidas concretas que enlazan con ellos, particularmente, en el desarrollo de un programa de transición energética. A nuestro juicio, deben considerarse dos elementos fundamentales en la configuración del régimen de autogobierno de las Illes Balears que soportan la aproximación holística y las medidas concretas tomadas en la Ley 10/2019 en materia de transición energética.

#### *1. El hecho insular y el desarrollo sostenible*

En primer lugar, debe considerarse la insularidad, a la que se refiere el preámbulo del Estatuto como elemento diferencial de la Comunidad Autónoma, viniendo reafirmada por el art. 3.1 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (EAIB), que «ampara la insularidad del territorio de la Comunidad Autónoma como hecho diferencial y merecedor de protección especial». La vulnerabilidad de las comunidades insulares está bien establecida,<sup>12</sup> así como la exposición del área mediterránea a las consecuencias del cambio climático.<sup>13</sup> Esta singularidad es un sólido fundamento para

---

<sup>12</sup> *Vid.*, por ejemplo, MOUCHET, V. S. [et al.]. «Vulnerability to climate change of islands worldwide and its impact on the tree of life». *Scientific Reports*, núm. 9 (2019), p. 14471. Por otra parte, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 10/2019: «El 18 de mayo de 2017, la Comisión Europea y catorce estados miembros de la Unión con territorios insulares firmaron una declaración política sobre energía limpia para las islas de la Unión Europea, en la que reconocen la vulnerabilidad de estos territorios al cambio climático y su potencial para contribuir a reforzar el desarrollo sostenible en la Unión. Afirman también que “con su fuerte sentimiento de comunidad y el potencial territorial, las islas de la UE pueden ser arquitectas de su propia transición energética”, y se comprometen a promover y apoyar transiciones energéticas diseñadas específicamente para los territorios insulares, preservando la seguridad del suministro».

<sup>13</sup> *Vid.*, por ejemplo, CRAMER, W. [et al.]. «Climate change and interconnected risks to sustainable development in the Mediterranean». *Nature Climate Change*, núm. 8 (2018), pp. 972-980.

la aproximación a la cuestión en la Ley, en particular, respecto a la territorialización de objetivos en relación con la vulnerabilidad del territorio.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la propia Constitución española, en su art. 138.1, se refiere expresamente a las particularidades del hecho insular, señalando que «[e]l Estado garantiza la realización efectiva del principio de solidaridad consagrado en el artículo 2 de la Constitución, velando por el establecimiento de un equilibrio económico, adecuado y justo entre las diversas partes del territorio español, y atendiendo en particular a las circunstancias del hecho insular».

Por otro lado, a la hora de definir y proteger la singularidad derivada de la insularidad, hay que tener en cuenta que el Estatuto de Autonomía establece, en su preámbulo, el desarrollo sostenible como uno de los valores fundamentales que sustenta el ejercicio del autogobierno. El art. 12.3 del Estatuto reitera el compromiso de las instituciones autonómicas con el desarrollo sostenible. Este compromiso se proyecta, en sede estatutaria, en relación con las políticas de adaptación y mitigación del cambio climático, de acuerdo con una perspectiva que las alinea con las estrategias internacionales que se desarrollen. En este sentido, el art. 23.2 EIAB establece que «la Comunidad Autónoma cooperará con las instancias nacionales e internacionales en la evaluación y en las iniciativas relacionadas con el medio ambiente y el clima». Estas cláusulas permiten desplegar una estrategia climática propia, de acuerdo con la singularidad que otorga la insularidad en el marco de las competencias de la Comunidad Autónoma.

Si bien es cierto que ninguna de estas normas es, por sí misma, atributiva de competencias, todas ellas contribuyen a subrayar el carácter singular de la Comunidad Autónoma por razones de su geografía y el compromiso de las instituciones para sacar adelante políticas climáticas sostenibles. En este sentido, a nuestro juicio, deben tenerse en cuenta a la hora de valorar las competencias específicas de la Comunidad Autónoma para regular cuestiones relativas al cambio climático y para hacer efectivas en su territorio las estrategias que se siguen, tanto en el ámbito internacional como en el de la Unión Europea, para reaccionar ante un fenómeno tan crucial en la evolución futura de las comunidades humanas insulares.

## *2. Las competencias de la Comunidad Autónoma en relación con el cambio climático y su proyección sobre el régimen jurídico de la energía*

A la hora de fijar el marco competencial que permite a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears el diseño de una estrategia global en relación con el cambio

climático como la contenida en la Ley 10/2019, hay que referirse, en primer lugar, a los diferentes títulos competenciales que, explícitamente, permiten políticas públicas autonómicas de alcance amplio en este ámbito. En concreto, cabe citar como competencias relevantes en este ámbito las siguientes:

- a) Organización, régimen y funcionamiento de sus instituciones propias en el marco de este Estatuto (art. 30.1 EAIB, configurada como una competencia exclusiva).
- b) Estadísticas de interés para la Comunidad Autónoma (art. 30.32 EAIB, configurada como competencia exclusiva).
- c) Servicio meteorológico de la Comunidad Autónoma (art. 30.38 EAIB, asimismo, competencia exclusiva).
- d) Investigación, innovación y desarrollo científico y técnico, así como el establecimiento de líneas propias de investigación y seguimiento, control y evolución de los proyectos (art. 30.44 EAIB, también una competencia exclusiva).
- e) Protección del medio ambiente y ecología, sin perjuicio de la legislación básica del Estado, con la facultad de dictar normas adicionales de protección (art. 30.46 EAIB).

Es esta última competencia, sin embargo, la más relevante para articular las diferentes medidas que definen la estrategia energética prevista en la Ley 10/2019. Nos hallamos ante un título competencial complejo, de carácter fundamentalmente teleológico, que ampara tanto medidas residuales en relación con títulos competenciales específicos como medidas de carácter general que toman los diferentes poderes públicos para garantizar, en última instancia, el contenido del artículo 45 de la Constitución, persiguiendo «una política global de protección ambiental».<sup>14</sup> En la medida en que la Ley analizada define una estrategia comprehensiva en relación con el cambio climático, es este último título competencial el más relevante a la hora de encuadrarla.

En este sentido, debe recordarse que el legislador estatal, a la hora de regular el mercado de emisiones, que constituye un aspecto crucial en las políticas de

---

<sup>14</sup> *Vid.*, en este sentido, la STC 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 4 (BOE núm. 296, de 10 de diciembre), refiriéndose a la competencia estatal sobre legislación básica en esta materia, concepción que debe proyectarse, por su propia naturaleza a las normas adicionales de protección que se dictan en relación con ella y su complemento a través del desarrollo legislativo autonómico.

mitigación del cambio climático, señala que lo hace en ejercicio de su competencia en relación con la legislación básica en materia de protección del medio ambiente. En este sentido la exposición de motivos de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero,<sup>15</sup> afirma:

«En primer lugar, esta Ley es una norma sustancialmente medioambiental. Así, tanto su objetivo —contribuir a la reducción de las emisiones antropogénicas de efecto invernadero— como su origen —los compromisos asumidos con arreglo al Protocolo de Kioto y la propia directiva—, le otorgan ineludiblemente este carácter.»<sup>16</sup>

Por otra parte, en el momento de la aprobación de la Ley aquí comentada, cabe señalar que no existía una legislación básica específica en buena parte de las materias que regulaba, lo que legitimaba la intervención del legislador autonómico, dentro del ámbito definido por el art. 30.46 EAIB.<sup>17</sup> En todo caso, la cuestión del

---

<sup>15</sup> BOE núm. 59, de 10 de marzo.

<sup>16</sup> El apartado XIV de la Exposición de Motivos de la Ley 13/2010, de 5 de julio, por la que se modifica la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para perfeccionar y ampliar el régimen general de comercio de derechos de emisión e incluir la aviación en el mismo (BOE núm. 163, de 6 de julio), plantea la cuestión exactamente en los mismos términos. En todo caso, hay que tener en cuenta que, en relación con la acción de los poderes públicos sobre la atmósfera, el Tribunal Constitucional ha considerado que puede trascender la protección del medio ambiente, como sucedió en relación con el Real Decreto 102/2011, de 28 de enero, relativo a la mejora de la calidad del aire (BOE núm. 25, de 29 de enero). En concreto, en la STC 53/2016, de 17 de marzo (BOE núm. 97, de 22 de abril), en la que resolvía el conflicto de competencias suscitado en relación con la citada norma, el Tribunal Constitucional consideró la norma desde un punto de vista finalista y, en consecuencia, estableció que perseguía una serie de objetivos más allá de la protección del medio ambiente, considerando, en última instancia que la norma venía apoyada en la competencia estatal en materia de servicio meteorológico, esto es, el art. 149.1.20 CE, dado su «alcance mucho más ambicioso que el de la exclusiva protección medioambiental».

<sup>17</sup> En el momento de redactar estas líneas, el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico estaba tramitando un anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética, después de que decayera la tramitación en el Congreso de los Diputados de la proposición de Ley de Cambio Climático y Transición Energética en la

encuadre competencial de la norma dentro de la materia relativa a la protección del medio ambiente es importante para justificar la existencia de normas adicionales de protección, ya que la Comunidad Autónoma no puede alterar el contenido de las bases estatales en ninguna otra materia.<sup>18</sup> Efectivamente, las normas adicionales de protección, como es sabido, modifican el sentido de la legislación básica en esta materia específica, en la medida que permiten al legislador autonómico introducir válidamente normas que aumentan la protección del bien jurídico, esto es, el medio ambiente, por lo que las bases aquí funcionan no como una regulación uniforme, sino como una legislación de mínimos.<sup>19</sup>

El Tribunal Constitucional ha reiterado en su jurisprudencia que la legislación básica del Estado en materia de protección del medio ambiente permite no solo su desarrollo, sino el establecimiento de normas adicionales de protección, por lo que las bases fijadas por las autoridades centrales del Estado «no impiden que las Comunidades Autónomas desarrollen normativamente las prescripciones básicas o establezcan niveles de protección más altos».<sup>20</sup> Esto es importante porque permite al legislador autonómico definir estándares más elevados de protección en relación con la normativa estatal, en caso de que esta exista, por lo que, para justificar una inconstitucionalidad eventual, sería necesario no solo que la regulación autonómica fuera diferente de la legislación básica del Estado, sino que implicara el establecimiento de estándares de protección inferior en relación con el medio ambiente.

A todo ello, cabe añadir las facultades implícitas que la comunidad autónoma adquiere para el ejercicio de estas competencias, ya que, de acuerdo con el Estatuto de Autonomía, «[e]n el ámbito de las competencias que en este Estatuto se le atribuyen, corresponden a las Illes Balears, además de las facultades expresamente contempladas, todas aquellas que resulten inherentes a su pleno ejercicio» (art. 38 EAIB).

Por último, recordando la alineación del proyecto con las estrategias comunitarias en la materia, hay que tomar en consideración que las competencias afectadas por el Anteproyecto se proyectan en relación con la transposición del Derecho de la UE en las condiciones que fija el propio Estatuto de Autonomía

---

legislatura anterior. El texto de esta última puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados)* Serie B, núm. 48-1.

<sup>18</sup> *Vid.* la STC 214/2015, de 22 de octubre, FJ 4 (BOE núm. 284, de 27 de noviembre).

<sup>19</sup> *Vid.* la STC 102/1995, de 26 de junio, FJ 9 (BOE núm. 181, de 31 de julio).

<sup>20</sup> *Vid.* la STC 53/2017, de 11 de mayo, FJ 6 (BOE núm. 142, de 15 de junio).

(art. 109 EAIB). Aunque, ciertamente, no se trata de una transposición en sentido propio, hay que tener en cuenta que las políticas europeas en materia de cambio climático implican también las instituciones regionales y locales, como pone de manifiesto la Decisión núm. 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020.<sup>21</sup>

En este sentido, la legislación balear vendría cubierta por los objetivos fijados en el ámbito de la Unión Europea, así como justificada por la actitud proactiva que exige la mencionada decisión, que afirma, en la 29.<sup>a</sup> de sus consideraciones preliminares:

«Además de los diferentes Estados miembros, los Gobiernos centrales, las autoridades y organizaciones locales y regionales y los agentes del mercado (junto con los hogares y los consumidores particulares) deben contribuir a la realización del compromiso de reducción de la Comunidad, independientemente del nivel de emisiones de gases de efecto invernadero que se les pueda atribuir.»<sup>22</sup>

El apoyo competencial de la norma balear parece en consecuencia, bastante sólido. Sin embargo, cabe plantearse la posible afectación del título competencial de las instituciones centrales del Estado respecto a las bases del régimen energético y minero, de acuerdo con el art. 149.1.25 CE, competencia estatal que afecta, particularmente a las medidas adoptadas en la Ley balear en relación con la transición energética. A ello dedicamos el siguiente apartado de este trabajo.

#### **IV. La proyección de las competencias autonómicas en el ámbito energético**

La cuestión energética ha motivado una parte importante de la conflictividad competencial en materia de medio ambiente a lo largo de la última década, como

---

<sup>21</sup> DOUE núm. L 140, de 5 de junio.

<sup>22</sup> Hay que notar que las instituciones centrales del Estado aceptan la posibilidad de que una comunidad autónoma tome como referencia la normativa europea a falta de legislación básica estatal. *Vid.*, en este sentido, la Resolución EXI/596/2017, de 8 de marzo, por la que se hace público un Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Conflictos de la Comisión Bilateral Generalidad-Estado en relación con el Decreto ley 3/2016, de 31 de mayo, de medidas urgentes en materia de contratación pública (DOGC núm. 7337, de 27 de marzo).

muestran los contenciosos suscitados en cuestiones como la fractura hidráulica o las energías renovables. Podría afirmarse, en definitiva, que «la problemática energética habría sustituido al debate hidráulico en los últimos años como cuestión central en la jurisprudencia constitucional en materia de protección del medio ambiente».<sup>23</sup> Destaca particularmente en cuanto a ello, la jurisprudencia constitucional en relación con diferentes prohibiciones autonómicas de la fractura hidráulica, tecnología que permite la obtención de hidrocarburos y, por lo tanto, favorece la perpetuación de una economía basada en el consumo de energías fósiles, con los consiguientes efectos para el cambio climático.<sup>24</sup>

Por otra parte, cabe señalar que el Tribunal Constitucional ha sido particularmente deferente en relación con el cambio de la estrategia energética del Gobierno central, consistente fundamentalmente en revertir la política de fomento de las energías renovables con el refuerzo consiguiente de la presencia de energías fósiles en la oferta, lo que, en definitiva, promueve una regresión clara referente a la mitigación del cambio climático.<sup>25</sup> En definitiva, parece concluirse que el Tribunal Constitucional ha adoptado la agenda proclive al uso de energías fósiles promovida desde el Gobierno central desde 2012 y ha sido particularmente restrictivo respecto a las políticas autonómicas enfocadas a la promoción de una transición energética alineada con la Unión Europea, basada en la reducción de los combustibles que producen la emisión de gases de efecto invernadero en la atmósfera.

Esta posición del Tribunal Constitucional se ha visto reafirmada respecto a la materia que nos ocupa en el conflicto competencial suscitado a raíz de la Ley del Parlamento de Cataluña 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático.<sup>26</sup> Así, en la

---

<sup>23</sup> Vid. JARIA-MANZANO, J. «Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 8, núm. 1 (2017), p 25.

<sup>24</sup> Cabe citar aquí las STC 106/2014, de 24 de junio (BOE núm. 177, de 22 de julio); 134/2014, de 22 de julio (BOE núm. 199, de 16 de agosto); 208/2014, de 15 de diciembre (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2015), y 260/2015, de 3 de diciembre (BOE núm. 10, de 12 de enero de 2016).

<sup>25</sup> Cabe citar aquí las STC 96/2014, de 12 de junio (BOE núm. 162, de 4 de julio); 109/2014, de 26 de junio (BOE núm. 177, de 22 de julio); 270/2015, de 17 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2016); 19/2016, de 4 de febrero (BOE núm. 57, de 7 de marzo); 29/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71, de 23 de marzo); 30/2016, de 18 de febrero (BOE núm. 71, de 23 de marzo), y 42/2016, de 3 de marzo (BOE núm. 85, de 8 de abril).

<sup>26</sup> DOGC núm. 7426, de 3 de agosto.

Sentencia 87/2019, de 20 de junio,<sup>27</sup> el juez de la constitucionalidad insistía en un posicionamiento que, más allá de avalar las tesis del Gobierno central, implicaba asimismo asumir una banalización de la competencia relativa a la protección del medio ambiente en relación con el cambio climático, asumiendo que no podía tomarse como punto de referencia para definir una estrategia comprensiva en la materia. En definitiva, el Tribunal asumía una «aproximación conservadora» que abonaba «el bloqueo de iniciativas autonómicas que promuevan la transición energética», haciendo caso omiso de la evolución reciente del Derecho internacional del cambio climático, así como de la progresiva evidencia científica producida en los últimos años.<sup>28</sup>

Sin embargo, debe notarse, asimismo, que el mismo Tribunal Constitucional ha considerado los objetivos de la UE en materia energética como un criterio que sirve para dar contorno a las competencias autonómicas —si bien es cierto que el título afectado en la Sentencia era el correspondiente al art. 149.1.22 CE—, con la consecución de los «objetivos de eficiencia energética y medioambientales en línea con los establecidos por la Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables; la Directiva 2010/31/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios; o la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética».<sup>29</sup>

En este sentido, hay que subrayar que, efectivamente, la regulación contenida en la Ley 10/2019, aparte de alinearse con el enmarcamiento competencial que realiza el legislador básico en la materia, como se ha podido ver anteriormente, es subsumible en las competencias implícitas de la Comunidad Autónoma en esta materia —art. 38 EAIB en relación con el art. 30.46 EAIB— y las estrategias energéticas previstas se alinean con la normativa europea que las apoya. Por ello, hay que concluir, en definitiva, que, de entrada, el apoyo estatutario a la aproximación elegida por la Ley es notorio.<sup>30</sup> Sin embargo, dados los

---

<sup>27</sup> BOE núm. 177, de 25 de julio.

<sup>28</sup> Vid. JARIA-MANZANO, J. «Jurisprudencia constitucional en materia de protección del medio ambiente (segundo semestre 2019)». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1 (2019), p. 5.

<sup>29</sup> Vid. la STC 68/2017, de 25 de mayo, FJ 6 (BOE núm. 156, de 1 de julio).

<sup>30</sup> Esta sería la consecuencia de una interpretación a contrario de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para los casos en que se produce una contradicción entre la

antecedentes en cuanto a la incidencia de las comunidades autónomas en el régimen energético, así como el precedente del pronunciamiento del Tribunal Constitucional en relación con la Ley catalana de cambio climático, podían albergarse dudas sobre el encaje constitucional de las disposiciones de la Ley 10/2019 que se refieren a cuestiones energéticas.

Ahora bien, por una parte, no todas las disposiciones de la Ley catalana en relación con cuestiones vinculadas al régimen energético recibieron un reproche de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, lo que permite concluir la existencia de un cierto margen para las comunidades autónomas. Ello refuerza la argumentación anterior en relación con las disposiciones estatutarias que enmarcan la Ley 10/2019. Además, cabe señalar que, a pesar de que el Gobierno central discutió, de entrada, el encaje de la Ley balear en el ámbito competencial reservado a la comunidad autónoma, ambos ejecutivos llegaron a un acuerdo el pasado 20 de noviembre, lo que evitó que el contencioso llegara al Tribunal Constitucional.<sup>31</sup>

En conclusión, las disposiciones relativas al régimen energético que se analizan a continuación pueden considerarse compatibles con el marco competencial derivado del Estatuto de Autonomía. Por otra parte, el acuerdo referido, aparte de anunciar una nueva actitud del Gobierno central en materia de transición energética, permite también albergar esperanzas respecto a las posibilidades de las comunidades autónomas en relación con el diseño de estrategias ambiciosas para afrontar el cambio climático, lo que, por otra parte, parece derivar del propio Derecho de la Unión Europea y, en particular, de la ya citada Decisión 406/2009/CE.<sup>32</sup>

---

legislación autonómica y la básica del Estado, sea una contradicción sin matices, sea una contradicción que incorpora una disminución de la protección del bien jurídico —para el caso específico de las competencias en materia de protección del medio ambiente—. *Vid.*, en este sentido, la STC 205/2016, de 1 de diciembre (BOE núm. 7, de 9 de enero de 2017).

<sup>31</sup> Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado – Comunidad Autónoma de Illes Balears en relación con la Ley 10/2019, de 22 de febrero, de cambio climático y transición energética (BOIB núm. 170, de 19 de diciembre de 2019).

<sup>32</sup> En relación con el cambio de actitud del Gobierno central en esta materia cabe citar un conjunto reciente de normas que incluye el Real Decreto-ley 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores (BOE núm. 242, de 6 de octubre); el Real Decreto-ley 25/2018, de 21 de diciembre, de medidas urgentes para una transición justa de la minería del carbón y el desarrollo sostenible de las comarcas mineras (BOE núm. 308, de 22 de diciembre); el Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en

## V. La transición energética de la teoría a la práctica: el procedimiento para el cierre de las centrales eléctricas de combustibles fósiles de las Illes Balears

Ante el contexto de inestabilidad y degradación ecológica del Sistema Tierra, característico de la nueva era geológica del Antropoceno, las instituciones públicas y los gobiernos, en todos los niveles, están desplegando una serie de programas o marcos socio-tecnológicos para hacer frente a la transición ecológica.<sup>33</sup> Según GARCÍA, la dilucidación del concepto de transición ecológica permite identificar su núcleo esencial, es decir, la transición energética.<sup>34</sup> Además, tal como acertadamente subraya GALERA RODRIGO, no debe cometerse el error de considerar coincidentes los conceptos de descarbonización y de transición energética.<sup>35</sup>

En efecto, las políticas de transición energética, correctamente entendidas, son mucho más ambiciosas y tienen dos componentes: uno de carácter tecnológico (la

---

el sector de la industria y el comercio en España (BOE núm. 296, de 8 de diciembre); el Real Decreto 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica (BOE núm. 83, de 6 de abril), y el Real Decreto-ley 17/2019, de 22 de noviembre, por el que se adoptan medidas urgentes para la necesaria adaptación de parámetros retributivos que afectan al sistema eléctrico y por el que se da respuesta al proceso de cese de actividad de centrales térmicas de generación (BOE núm. 282, de 23 de noviembre). Sobre estas medidas, *vid.* los siguientes trabajos de PRESICCE, L.: «El periplo de la regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113 (2019), pp. 181-222; «Legislación básica de protección del medio ambiente (primer semestre de 2019)». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1 (2019), pp. 1-24, y «Legislación básica de protección del medio ambiente (segundo semestre 2019)». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 2, pp. 1-11.

<sup>33</sup> JENKINS, K.; SOVACOO, B. J.; MCCAULEY, D. «Humanizing sociotechnical transition through energy justice: An ethical framework for global transformative change». *Energy Policy*, núm. 117 (2018), p. 66.

<sup>34</sup> GARCÍA, E. «La transición ecológica: definición y trayectorias complejas». *Ambienta*, núm. 125 (2018), p. 95. Disponible en: [https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/Biblioteca/Revistas/pdf\\_AM%2FPDF\\_AM\\_Ambienta\\_2018\\_125\\_completa\\_2.pdf](https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/Biblioteca/Revistas/pdf_AM%2FPDF_AM_Ambienta_2018_125_completa_2.pdf).

<sup>35</sup> GALERA RODRIGO, S. «Transición energética en España: retos jurídicos más allá del Mercado», en GALÁN VIOQUE, R.; GONZÁLEZ RÍOS, I. (eds.). *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 499.

sustitución de la tecnología basada en la explotación de los recursos energéticos fósiles por otras energías renovables o con emisiones de carbono y contaminantes muy bajas o nulas); y otro de carácter social, en la medida en que implica un cierto grado de transformación de la organización y el comportamiento social, así como de las instituciones públicas y privadas. Esta segunda vertiente de la transición energética abarca una serie de cuestiones inherentes a la justicia, a la descentralización del mercado, a la fragmentación del poder económico y la realización de derechos humanos que, en su conjunto, deberían conducir hacia una nueva concepción de democracia energética.<sup>36</sup>

Ahora bien, tomar en serio la transición energética y pasar de la teoría a la práctica requiere una operación que parece obvia: la disminución progresiva de la explotación intensiva de energía derivada de los combustibles fósiles. Sin embargo, llevar a cabo esta reducción de recursos energéticos fósiles no ha sido ni simple ni real. En efecto, tal como han señalado BONNEUIL y FRESSOZ, la lección histórica que hay que aprender es que nunca ha habido una verdadera transición energética, sino una serie de adiciones de nuevas fuentes de energía primaria.<sup>37</sup> Por otra parte, HELDEWEG y SAINTIER, han denominado «primera transición» al cambio de paradigma económico y de gobernanza que se ha producido en la transformación de un sistema energético caracterizado por el rol de los monopolios públicos a un sistema de mercado competitivo y regulado. Mientras que las reformas actualmente en marcha constituirían la «segunda transición», es decir, una transformación hacia un modelo económico bajo en carbono, además de un sistema energético descentralizado, con un mayor control ciudadano y más equitativo.

La Ley balear 10/2019 es especialmente innovadora, en la medida en que no se limita a fijar entre sus objetivos tanto la progresiva descarbonización como el fomento de la democratización de la energía (art. 2 LCCTE), sino que contempla un amplio abanico de medidas para alcanzarlos. A continuación, se prestará atención a aquellas que van dirigidas a la descabornización real del sistema

---

<sup>36</sup> Sobre estas cuestiones, *vid.* COCCILO, E. «Estado garante, energía y transición justa: (re)formulación teórica y despliegue práctico», en DARNACULLETA GARDELLA, M. M.; ESTEVE PARDO, J.; IBLER, M. (coords.). *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*. Madrid: Marcial Pons, 2020, pp. 211-243.

<sup>37</sup> BONNEUIL, C.; FRESSOZ, J. B. *The shock of the Anthropocene*. Londres: Verso, 2017, p. 101.

energético de las islas.<sup>38</sup> Por ello, parece especialmente importante que la LCCTE contenga una disposición específica, en el art. 56, sobre la reducción de la generación eléctrica de origen fósil. Más allá del loable objetivo, la norma en cuestión articula una original solución a la cuestión del procedimiento de cierre de oficio de las centrales térmicas o la sustitución por combustibles menos contaminantes, según los objetivos especificados en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley.

Estas cuestiones merecen ser analizadas, en la medida en que el procedimiento de cierre de centrales térmicas es necesario para hacer efectivo el objeto de la Ley: «el cumplimiento de los compromisos internacionales que emanan del Acuerdo de París mediante el ordenamiento de las acciones encaminadas a la mitigación y la adaptación al cambio climático en las Illes Balears, así como la transición a un modelo energético sostenible, socialmente justo, descarbonizado, inteligente, eficiente, renovable y democrático» (art. 1).

De acuerdo con los principios de la transición justa<sup>39</sup> (art. 2 *in fine*), el Gobierno de las Illes Balears podrá adoptar, en colaboración y cooperación con las administraciones públicas competentes y las empresas afectadas, las medidas necesarias para llevar a cabo de forma eficaz las actuaciones previstas en el art. 56, a saber: la determinación, por el Plan Director Sectorial Energético, de «las condiciones óptimas para el funcionamiento de las centrales térmicas de las Illes Balears, así como los criterios, el procedimiento y los plazos para su transición, el cierre o la sustitución por combustibles menos contaminantes, en consonancia con los objetivos de reducción de emisiones establecidos en el marco de la normativa básica estatal y del Plan de Transición Energética y Cambio Climático» (art. 56.1). Las condiciones mencionadas en este primer apartado serán de referencia para revisar las autorizaciones ambientales integradas de las que son beneficiarias las centrales térmicas (art. 56.2), de tal manera que «cuando las condiciones impuestas no se puedan cumplir, el Gobierno podrá revocar las autorizaciones concedidas y ordenar el cierre total o parcial de las instalaciones de generación térmica» (art. 56.3).

---

<sup>38</sup> Para un estudio de las medidas de transición justa, *vid.* COCCILOLO, E. «Estado garante, energía y transición justa...», *cit.*

<sup>39</sup> La LCCTE ha sido la primera norma en España en incorporar en su texto articulado los «principios de transición justa», siguiendo la elaboración de la doctrina más avanzada en la materia: SOVACCOOL, B.; DWORKIN, M. H. «Energy justice: Conceptual insights and practical applications». *Applied Energy*, núm. 142 (2015), pp. 438-440.

A la vista de las citadas disposiciones normativas, resulta de interés desarrollar una serie de consideraciones sobre la viabilidad jurídica del procedimiento de cierre de oficio de las centrales eléctricas para que de dicha actuación administrativa no derive un derecho de compensación a favor de las empresas que explotan las correspondientes instalaciones.

El art. 3 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (LSE) otorga al Estado la facultad de autorizar instalaciones de producción de electricidad con una potencia eléctrica instalada de más de 50 MW situadas en territorios no peninsulares, cuando sus sistemas eléctricos estén efectivamente integrados en el sistema peninsular. Este último requisito no se cumple en el caso de las Illes Balears; de hecho, no se ha dictado la Orden Ministerial en materia de integración efectiva en el sistema eléctrico peninsular.<sup>40</sup> Además, cabe señalar que los territorios no peninsulares, de acuerdo con el art. 10 LSE, podrán ser objeto de una regulación singular y que esta (RD 738/2015, art. 9)<sup>41</sup> reproduce sustancialmente la disposición citada en materia de competencia del art. 3 LSE. Las centrales térmicas, a las que se refiere la Disposición Adicional Cuarta de la LCCTE, tienen una potencia instalada superior a 50 MW, sin embargo, al tratarse de instalaciones no integradas en el sistema peninsular y cuyo aprovechamiento no afecta a otras comunidades autónomas recaen en el ámbito autorizatorio que corresponde al Gobierno balear.

Por otra parte, el Decreto balear 36/2003 que regula el procedimiento administrativo en materia de centrales eléctricas<sup>42</sup> se refiere únicamente a la instalación, ampliación y reforma, pero no dice nada sobre su cierre de instalaciones, por lo que es necesario referirse de nuevo en este aspecto a la

---

<sup>40</sup> Al revés, la Orden vigente lo califica de sistema eléctrico aislado: véase la Orden TEC/1172/2018, de 5 de noviembre, por la que se redefinen los sistemas eléctricos aislados del territorio no peninsular de las Illes Balears y se modifica la metodología de cálculo del precio de adquisición de la demanda y del precio de venta de la energía en el despacho de producción de los territorios no peninsulares (BOE núm. 275, de 14 de noviembre).

<sup>41</sup> Real Decreto 738/2015, de 31 de julio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica y el procedimiento de despacho en los sistemas eléctricos de los territorios no peninsulares (BOE núm. 183, de 1 de agosto).

<sup>42</sup> Decreto 36/2003, de 11 de abril, por el que se modifica el Decreto 99/1997, de 11 de julio, por el que se regula el procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las instalaciones eléctricas de la comunidad autónoma de las Illes Balears (BOIB núm. 57, de 24 de abril).

regulación nacional básica de la LSE. La norma estatal, en el art. 53.5, establece que «[l]a transmisión y cierre definitivo de las instalaciones de [...] producción [...], así como el cierre temporal de las instalaciones de producción requerirán autorización administrativa previa en los términos establecidos en esta ley y en sus disposiciones de desarrollo». De ello se deriva que la norma contempla solo el supuesto de cierre a instancia de parte del titular de la instalación, por lo que parece haber una laguna normativa en relación con el cierre de oficio de la instalación de producción. Este vacío normativo, sin embargo, no es óbice para impedir a la Administración balear la revisión de una autorización como resultado de la aprobación de nuevas normas o planes con los que los derechos otorgados por la autorización resulten incompatibles.

Una vez alcanzada esta conclusión es necesario contrastarla con la opinión del Consejo de Estado y con la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley Catalana de Cambio Climático. El Consejo de Estado consideró de manera muy categórica que las comunidades autónomas no pueden limitar o incluso eliminar la existencia de determinadas instalaciones térmicas de generación de energía, además porque ello «supondría una vulneración de los derechos de los productores de electricidad».<sup>43</sup> Los argumentos han sido asumidos por el Tribunal Constitucional que en la ya citada Sentencia ha concluido que:

«Por todo lo anterior debe concluirse que no pueden las comunidades autónomas decidir libre, aislada e individualmente si, y en su caso cómo, afrontan esta “transición energética”, y la fecha en que debe conseguirse ésta, a modo de *dies ad quem*. Solo el Estado se encuentra en la posición y tiene las herramientas para decidir y planificar esa transformación. No solo por tener encomendadas las competencias ya señaladas de los núms. 13, 23 y 25 del

---

<sup>43</sup> Dictamen del Consejo de Estado 904/2017, del 2 de noviembre: «En consecuencia, ninguna Comunidad Autónoma tiene competencias para implantar en su territorio “un modelo cien por cien renovable, desnuclearizado y descarbonizado” (apartado 1), en el que “el consumo de combustibles fósiles tienda a ser nulo” (letra c)), no solo porque tal modelo no es compatible con el que establecen las normas estatales, sino también porque, desde una perspectiva más concreta, ello produciría una vulneración de los derechos de los productores de energía eléctrica consagrados en el artículo 26.1 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico, uno de los cuales consiste, precisamente, en “la utilización en sus unidades de producción de aquellas fuentes de energía primaria que consideren más adecuadas respetando, en todo caso, los rendimientos, las características técnicas y las condiciones de protección medioambiental contenidas en la autorización de dicha instalación”».

art. 149.1, con el contenido que resulta de la doctrina constitucional citada en el precedente fundamento jurídico 4, sino por la necesaria coordinación con los restantes Estados miembros de la Unión Europea y con la propia Unión, con competencia en la materia, pues en un espacio sin fronteras interiores y libre circulación de mercancías, servicios personas y capitales (art. 26.2 del tratado de funcionamiento de la Unión Europea) solo actuando de manera conjunta puede afrontarse esa transformación» [FJ 10].

La decisión persevera en una senda criticable y desfasada, tal como ha tenido ocasión de decir la doctrina,<sup>44</sup> y en nuestra opinión, socava el camino hacia una verdadera transición energética, ignora las dimensiones y las demandas de justicia energética y climática, tiene una concepción centralizada y limitada de democracia y, peor aún, ignora la urgencia del problema. Además, los argumentos del Consejo de Estado y del Tribunal Constitucional no convencen, y menos aún parece correcta una eventual aplicación analógica al caso balear, al menos, por las dos siguientes razones: en primer lugar, porque no parece respetar las competencias autonómicas, y especialmente la singularidad de las Illes Balears, tal como hemos argumentado en los epígrafes anteriores. Como consecuencia, las Illes Balears mantienen intactas sus competencias en materia de generación eléctrica, que ejercerán de acuerdo con lo establecido en las leyes y reglamentos aplicables antes mencionados.

La segunda razón es que los derechos de las empresas operadoras de las centrales eléctricas no son absolutos ni intangibles, especialmente si se tiene en cuenta lo dispuesto en el art. 26.1.a) LSE, según el cual es posible imponer «las limitaciones al cambio de combustible y a las condiciones de contratación que puedan establecerse reglamentariamente para aquellas centrales de producción con retribución regulada». En efecto, las centrales térmicas a las que se refiere la Disposición Adicional Cuarta de la LCCTE reciben una remuneración regulada por su actividad de generación de electricidad. Por lo tanto, la posibilidad de intervenir en las condiciones de operación y cambio de combustible de las centrales de

---

<sup>44</sup> Vid. ALENZA GARCÍA, J. F. «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima». *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55 (2016), pp. 7 y 8. Vid., también, NOGUEIRA LÓPEZ, A. «El demediado derecho a un medio ambiente adecuado», en PENDÁS, B. (dir.); GONZÁLEZ, E., RUBIO, R. (coords.). *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Vol. III. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018, pp. 2465-2482, y GALERA RODRIGO, S. «Transición energética: un salto cualitativo en el progreso democrático». *Ambienta*, núm. 125 (2018), pp. 68-85.

generación mediante el Plan Director Sectorial Energético debe considerarse jurídicamente correcta, de acuerdo con los objetivos de reducción de emisiones establecidos en el Plan de Transición Energética y Cambio Climático de las Illes Balears y en el marco de la normativa estatal.

También hay que señalar que el Plan de Transición Energética y Cambio Climático tiene carácter reglamentario, ya que ha de ser aprobado por Decreto del Gobierno de las Illes Balears (art. 10.4 LCCTE); además, tiene como finalidad general determinar «el marco integrado y transversal de ordenación y planificación de objetivos, políticas y acciones que permitan cumplir con las finalidades de esta ley» (art. 10.1 LCCTE), es decir, «la transición a un modelo energético sostenible» (art. 1.1 LCCTE) y la progresiva descarbonización de la economía y la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (art. 2.c LCCTE).

En conclusión, de acuerdo con una interpretación sistemática de la legislación aplicable, la disposición del art. 56 LCCTE dirigida a la reducción de la electricidad de origen fósil mediante el cierre o la imposición de un cambio de combustible, de las centrales térmicas de generación, por parte del Gobierno Balear debe considerarse constitucionalmente correcta, aunque siempre será necesario obtener, por razones de seguridad del suministro, el informe del operador del sistema exigido por el art. 53.5 LSE,<sup>45</sup> y que justamente el legislador balear requiere en el art. 56.3 LCCTE.

La potestad de cierre de las plantas de generación térmica depende de la revocación de las autorizaciones ambientales integradas.<sup>46</sup> Cabe destacar que las

---

<sup>45</sup> Art. 53.5 LSE: «En todo caso, el cierre definitivo de instalaciones de generación requerirá el informe del operador del sistema en el que se consignarán las posibles afecciones del cierre a la seguridad de suministro y en el que se deberá pronunciar motivadamente si éste resulta posible sin poner en riesgo la seguridad de suministro».

<sup>46</sup> Sobre las autorizaciones ambientales integradas y su revisión, hay una amplia literatura jurídica, *ex multis*: PERNAS GARCÍA, J. J. *Estudio jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: la autorización ambiental integrada*. Barcelona: Atelier, 2004; RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Á. M. «La autorización ambiental integrada», en ALENZA GARCÍA, J. F. (coord.). *Comentario a la ley foral de intervención para la protección ambiental*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006; FORTES MARTÍN, A. *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*. Barcelona: Ecoiuris, 2004; LOZANO CUTANDA, B.; SÁNCHEZ LAMELAS, A.; PERNAS GARCÍA, J. J. *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada. Doctrina, textos legales anotados y jurisprudencia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2012; CASADO CASADO, L.; PERNAS GARCÍA, J. J.; DE LA VARGA PASTOR, A.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. «La ordenación económica de los

autorizaciones ambientales integradas de las centrales térmicas de las Illes Balears están afectadas por un régimen de exención temporal al cumplimiento de los valores límite de emisión, debido a que forman parte de una pequeña red aislada. En efecto, de acuerdo con la Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre de 2010, sobre emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación), las centrales térmicas afectadas por las disposiciones de la LCCTE están exentas del cumplimiento de los valores límite de emisión establecidos en la parte 1 del anexo V de esta Directiva, exención que tiene como fecha límite el 31 de diciembre de 2019. A partir de ese momento, se requerirá una nueva autorización ambiental integrada que garantice el cumplimiento de las posibles emisiones, una vez agotada la vigencia temporal de la mencionada excepción. El Real Decreto Legislativo 1/2016, de 16 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de prevención y control integrados de la contaminación (LPCIC), prevé diferentes supuestos de revisión de las autorizaciones ambientales integradas. En particular, el art. 26.4 establece que la autorización ambiental integrada debe ser revisada de oficio en una serie de circunstancias, entre las que cabe destacar, cuando «[a]sí lo exija la legislación sectorial que resulte de aplicación a la instalación o sea necesario cumplir normas nuevas o revisadas de calidad ambiental» (art. 26.4.e LPCIC). En este caso, la revisión de la autorización ambiental integrada «no dará derecho a indemnización y se tramitará por el procedimiento simplificado establecido en el reglamento de desarrollo» (26.5 LPCIC).

Como consecuencia final, el cierre de las instalaciones de generación depende, según lo establecido en el art. 56 LCCTE, de las condiciones óptimas establecidas en el Plan Director Sectorial Energético para la operación de las centrales térmicas, en consonancia con los objetivos de reducción de emisiones. Por lo tanto, estas condiciones serán determinantes para la revisión de las autorizaciones ambientales integradas, de acuerdo con las medidas de transición energética, y en el caso de que no se puedan cumplir las condiciones fijadas, el Gobierno balear podrá revocar las autorizaciones y ordenar el cierre total o parcial de las instalaciones de generación.

---

proyectos con repercusión ambiental en el contexto de la crisis económica. Autorización ambiental integrada, evaluación del impacto ambiental de proyectos y licencia y comunicación previa de actividades con menor incidencia ambiental», en SANZ LARRUGA, J.; PERNAS GARCÍA, J. J.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. (coords.). *Derecho ambiental para una economía verde: informe Red Ecover*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, pp. 49-116.

## VI. Conclusiones

La Ley 10/2019 supone una apuesta estratégica ambiciosa en relación con el cambio climático, que enlaza con las líneas maestras del régimen internacional en la materia y con el Derecho actualmente vigente en la Unión Europea, así como con las tendencias futuras que se van definiendo en el marco del *Green Deal*. En este contexto, ofrece un camino para la transición energética que no se queda en el puro programa, sino que prevé medidas concretas que deben tener un impacto en la huella de carbono de las Illes Balears. Ello se logra a través de una contextualización competencial de la regulación prevista que permite desarrollar una política propia en la materia, respondiendo al marco normativo del autogobierno balear y, en particular, a las singularidades que lo definen, entre las que cabe mencionar el hecho insular, de primera importancia en esta materia. Por otra parte, la Ley se ha aprobado en un momento en que la política energética del Gobierno central se reajusta de cara a una descarbonización de la economía, lo que seguramente rebajará la tensión competencial que ha definido el sector energético a lo largo de la última década.

Entre las medidas concretas que permiten hacer efectiva la estrategia de transición energética de una manera coherente con los desafíos de la transición ecológica y de la emergencia derivada del cambio climático, se han analizado de forma específica las medidas dirigidas a la reducción de la generación eléctrica de origen fósil. La nueva regulación balear sobre el cierre de centrales térmicas articula una fórmula original, constitucionalmente no controvertida, que desmiente la orientación de la doctrina jurisprudencial de «petrificación de las competencias» y refuta una política ambiental centralizadora, sendos obstáculos al despliegue de una política energética y climática alineadas con las perspectivas y exigencias europeas e internacionales.

## VII. Bibliografía

ALENZA GARCÍA, J. F. «Las energías renovables ante la fugacidad legislativa: la mitificación de los principios de (in)seguridad jurídica y de (des)confianza legítima». *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 55 (2016).

BONNEUIL, C.; FRESSOZ, J. B. *The shock of the Anthropocene*. Londres: Verso, 2017.

CASADO CASADO, L.; PERNAS GARCÍA, J. J.; DE LA VARGA PASTOR, A.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. «La ordenación económica de los proyectos con repercusión ambiental en el contexto de la crisis económica. Autorización ambiental

integrada, evaluación del impacto ambiental de proyectos y licencia y comunicación previa de actividades con menor incidencia ambiental», en SANZ LARRUGA, J.; PERNAS GARCÍA, J. J.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, J. (coords.). *Derecho ambiental para una economía verde: informe Red Ecover*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016.

COCCIOLO, E. «Estado garante, energía y transición justa: (re)formulación teórica y despliegue práctico», en DARNACULLETA GARDELLA, M. M.; ESTEVE PARDO, J.; IBLER, M. (coords.). *Nuevos retos del Estado garante en el sector energético*. Madrid: Marcial Pons, 2020.

CRAMER, W. [et al.]. «Climate change and interconnected risks to sustainable development in the Mediterranean». *Nature Climate Change*, núm. 8 (2018).

DOLZER, R. «Die internationale Konvention zum Schutz des Klimas und das allgemeine Völkerrecht». BEYERLIN, U.; BOTHEN, M.; HOFMANN, R.; PETERSMANN, E. U. (eds.). *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*. Berlin, Heidelberg, Nueva York: Springer, 1995.

FISCHER-KOWALSKI, M.; HABERL, H. «Sustainable Development: socio-economic metabolism and colonization of nature». *International Social Science Journal*, vol. 50, núm. 158 (1998).

FORTES MARTÍN, A. *El régimen jurídico de la autorización ambiental integrada*. Barcelona: Ecoiuris, 2004.

GALERA RODRIGO, S. «Transición energética en España: retos jurídicos más allá del Mercado», en GALÁN VIOQUE, R.; GONZÁLEZ RÍOS, I. (eds.). *Derecho de las energías renovables y la eficiencia energética en el horizonte 2020*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

- «Transición energética: un salto cualitativo en el progreso democrático». *Ambienta*, núm. 125 (2018).

GARCÍA, E. «La transición ecológica: definición y trayectorias complejas». *Ambienta*, núm. 125 (2018).

GILLINGS, M. R.; HAGAN-LAWSON, E. L. «The cost of living in the Anthropocene». *Earth Perspectives*, vol. 1, núm. 2 (2014).

«Intergovernmental Panel on Climate Change». *Special Report: Global Warming of 1.5 °C. Summary for Policymakers, C2*.

JARIA-MANZANO, J. «Constitución, desarrollo y medio ambiente en un contexto de crisis». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 8, núm. 1 (2017).

- «Jurisprudencia constitucional en materia de protección del medio ambiente (segundo semestre 2019)». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1 (2019).

JASANOFF, S. «Cosmopolitan Knowledge: Climate Science and Global Civic Epistemology», en DRYZEK, J. S.; NORGAARD, R. B.; SCHLOSBERG, D. (eds.). *The Oxford Handbook of Climate Change and Society*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

JENKINS, K.; SOVACOOOL, B. J.; MCCAULEY, D. «Humanizing sociotechnical transition through energy justice: An ethical framework for global transformative change». *Energy Policy*, núm. 117 (2018).

LOWE, T. [et al.]. «Does tomorrow ever come? Disaster narrative and public perceptions of climate change». *Public Understanding of Science*, vol. 15, núm. 4 (2006).

LOZANO CUTANDA, B.; SÁNCHEZ LAMELAS, A.; PERNAS GARCÍA, J. J. *Evaluaciones de impacto ambiental y autorización ambiental integrada. Doctrina, textos legales anotados y jurisprudencia*. Madrid: Wolters Kluwer, 2012.

MALM, A. *Fossil Capital. The Rise of Steam Power and the Roots of Global Warming*. Londres: Verso, 2016.

MOUCHET, V. S. [et al.]. «Vulnerability to climate change of islands worldwide and its impact on the tree of life». *Scientific Reports*, núm. 9 (2019).

NOGUEIRA LÓPEZ, A. «El demediado derecho a un medio ambiente adecuado», en PENDÁS, B. (dir.), GONZÁLEZ, E., RUBIO, R. (coords.) *España Constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas*. Vol. III. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2018.

PERNAS GARCÍA, J. J. *Estudio jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: la autorización ambiental integrada*. Barcelona: Atelier, 2004.

PRESICCE, L. «El periplo de la regulación del autoconsumo energético y generación distribuida en España: la transición de camino hacia la sostenibilidad». *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 113 (2019).

- «Legislación básica de protección del medio ambiente (primer semestre de 2019)». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 1 (2019).
- «Legislación básica de protección del medio ambiente (segundo semestre 2019)». *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 10, núm. 2 (2019).

ROCKSTRÖM, J. [et al.]. «Planetary boundaries: Exploring the safe operating space for humanity». *Ecology and Society*, vol. 14, núm. 2 (2009).

RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Á. M. «La autorización ambiental integrada», en ALENZA GARCÍA, J. F. (coord.). *Comentario a la ley foral de intervención para la protección ambiental*. Pamplona: Instituto Navarro de Administración Pública, 2006.

SOVACOOOL, B.; DWORKIN, M. H. «Energy justice: Conceptual insights and practical applications». *Applied Energy*, núm. 142 (2015).

COMENTARIS I NOTES



# La protección del derecho a saber en las Illes Balears

**Carmen Fernández González**

Doctora en Derecho

## SUMARIO

**I. El auge del gobierno abierto y de la transparencia. II. Los mecanismos legales para la satisfacción del derecho a saber.** 1. *Ideas generales.* 2. *La solicitud de acceso a la información pública (SAIP).* 3. *La reclamación de acceso a la información pública.* **III. La protección del derecho a la información pública en las Illes Balears.** 1. *Antecedentes.* 2. *La Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública (CRAIP). Naturaleza del órgano, composición y ámbito de actuación.* 3. *El acceso del ciudadano a la CRAIP.* 4. *Aspectos de procedimiento.* **IV. Consideraciones finales.** **V. Nota bibliográfica.**

## I. El auge del gobierno abierto y de la transparencia

Las primeras décadas del siglo XXI han puesto de manifiesto un interés creciente por la idea de gobernanza y por los cambios que ello conlleva en la relación entre poderes públicos y ciudadanos. Cada vez en más países y con mayor insistencia, la ciudadanía quiere conocer cómo actúan los poderes públicos y qué mecanismos determinan la toma de decisiones por los gobernantes. Se trata de un movimiento global al que acompaña el concepto del *open government*, gobierno abierto, acuñado en la etapa del presidente norteamericano Barack Obama, y regido especialmente por los principios de buen gobierno y de transparencia.

La idea de transparencia en la actuación de los poderes públicos y, particularmente, de las administraciones públicas, pone de relieve la necesidad de introducir cambios en la organización y el funcionamiento de los aparatos administrativos a fin de que su actividad sea plenamente accesible, facilitando a los ciudadanos la información y los documentos de los que disponen las autoridades.

Este planteamiento busca el control y la rendición de cuentas del poder público y, por ende, evitar abusos y comportamientos ilícitos o contrarios a la ética pública. En este contexto, cabe referirse al «derecho a saber» como un instrumento legal puesto en manos de la ciudadanía para la mejora del ejercicio del poder público y, en definitiva, de la calidad del sistema democrático.

La recepción de estas ideas en nuestro país se produjo formalmente con la aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (LTAIPBG), cuyo preámbulo reconoce explícitamente que estos tres conceptos deben ser los ejes fundamentales de toda acción política. Esta norma, mayoritariamente de carácter básico y dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.1ª, 13ª y 18ª de la Constitución (CE), supone un claro avance respecto de la situación anterior en la medida que incrementa la transparencia de la actividad pública, reconoce y garantiza por vez primera el derecho de acceso a la información pública y establece nuevas obligaciones de buen gobierno para el conjunto de los entes públicos.

La Ley ha venido a operar un cambio en nuestra concepción del poder público, que ya no puede seguir actuando con las dosis habituales de opacidad. Para conseguir sus objetivos, el legislador ha arbitrado diversos mecanismos. Este trabajo se centra en uno de ellos, el derecho de acceso a la información pública. Se trata del derecho de todo ciudadano a saber cómo actúa el poder público, de qué informaciones dispone y qué documentos y datos tiene en su poder. Un derecho, además, que puede ser ejercido sin tener que alegar ningún motivo ni acreditar la condición de interesado en un procedimiento administrativo.

## **II. Los mecanismos legales para la satisfacción del derecho a saber**

### *1. Ideas generales*

La LTAIPBG regula, entre otros aspectos, la transparencia y el acceso a la información pública, conceptos estrechamente relacionados. El principio de transparencia exige determinadas obligaciones de publicidad activa a los poderes públicos y al mismo tiempo constituye el fundamento para permitir que los ciudadanos accedan a los contenidos que no son directamente visibles, esto es, que no han sido publicitados o facilitados de algún modo por dichos poderes. El legislador ha previsto, así pues, que aunque las organizaciones públicas proporcionan ya mucha información, debe reconocerse a toda persona o entidad la posibilidad de acceder a cualquier información, documento o dato que obre en

### *La protección del derecho a saber en las Illes Balears*

su poder, salvo en determinados supuestos relacionados, entre otros, con la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control, el secreto profesional, la propiedad intelectual e industrial o la protección del medio ambiente. Juega también como límite la protección de datos personales, aunque debe ponderarse su virtualidad en cada caso.

La LTAIPBG dispone que todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública en los términos previstos en el art. 105.b) CE. Pero ¿qué debe entenderse por información pública? Pues bien, se incluyen en el concepto legal de información pública todos los contenidos o documentos, cualquiera que sea su formato o soporte, que obren en poder de alguno de los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de dicha Ley y que hayan sido elaborados o adquiridos en el ejercicio de sus funciones. Es importante subrayar que el derecho no tiene por objeto la información ajena a los poderes públicos, sea porque no haya sido elaborada por estos, sea porque no obre en su poder. Tampoco se reconoce el derecho respecto de aquellas informaciones o datos que deban ser reelaborados por los poderes públicos, de modo que no es posible invocar este derecho, por ejemplo, para que una administración realice, en respuesta a la solicitud de información, una estadística relativa a determinados datos.

Los sujetos a quienes puede exigírseles la satisfacción del derecho no son solo las administraciones públicas, sino también el Congreso de los Diputados, el Tribunal Constitucional, el Defensor del Pueblo y otras instituciones autonómicas como las Asambleas Legislativas, los Consejos Consultivos o los Consejos Económicos y Sociales. El acceso a la información relativa a los órganos judiciales queda fuera del radio de acción de la LTAIPBG.

Pues bien, ¿cómo se encauza el derecho de los ciudadanos a conocer el contenido de una licencia de obra, el sueldo anual del alcalde o las empresas de un concreto sector económico que han recibido subvenciones? ¿Qué fórmulas arbitra la Ley citada para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública? La respuesta es sencilla: el procedimiento de acceso a la información pública y un recurso especial para el caso de que con dicho procedimiento no se satisfaga adecuadamente el derecho.

#### *2. La solicitud de acceso a la información pública (SAIP)*

El procedimiento se inicia mediante una «solicitud de acceso a la información pública» formulada por la persona que pretende conocer datos, contenidos o documentos que constituyen información pública de cualquiera de los sujetos

obligados por la LTAIPBG. El procedimiento se tramita y resuelve por la institución o el órgano administrativo que puede decidir sobre el acceso a la información solicitada.

La regla general en esta materia debe ser una respuesta favorable a facilitar el acceso de la persona solicitante, siempre que no concurra alguno de los límites legales a los que antes se ha hecho referencia. Tales límites presentan un carácter abstracto y su aplicación será siempre relativa. Dicho de otra manera, no estamos en presencia de una exclusión automática del derecho de acceso en esas materias, ni basta apelar a ellas genéricamente, sino que para que los límites sean aplicables deberá efectuarse una ponderación que permita valorar, caso por caso, la importancia del acceso a la información pública.

Para los casos en que no se proporcione al solicitante la información, la satisfacción sea parcial, se deniegue la solicitud o no haya pronunciamiento del poder público requerido, cabe la posibilidad de interposición de una reclamación especial que tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto hoy en el art. 112.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (y antes en el art. 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

### *3. La reclamación de acceso a la información pública*

Si el ciudadano no ve completamente satisfecho su derecho, la Ley pone a su disposición la reclamación de acceso a la información pública, sin perjuicio lógicamente de la vía judicial. Se trata de un recurso especial de carácter potestativo, y previo al recurso contencioso-administrativo, cuya resolución se encomienda a un órgano específico, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG). Se trata de un órgano estatal de carácter independiente con atribuciones en materia de promoción de la transparencia y de garantía del derecho de acceso a la información pública. Los arts. 23 y 24 LTAIPBG regulan el régimen de impugnaciones en esta materia.

Cabe señalar sin embargo que, a fin de respetar al máximo las competencias autonómicas, la LTAIPBG prevé expresamente que el CTBG solo será competente respecto de aquellas comunidades autónomas con las que se haya firmado convenio al efecto, de manera que, a falta de dicho instrumento de colaboración, las competencias en materia de reclamaciones de acceso a la información pública corresponderán a los órganos específicos creados por las autoridades autonómicas correspondientes. Algunas comunidades optaron (mayoritariamente en sus leyes de transparencia y buen gobierno) por la creación de un órgano propio de resolución de

reclamaciones. Es el caso de Andalucía, Aragón, Cataluña, Canarias, Galicia o Región de Murcia. Otras, como La Rioja, Cantabria, Madrid, Extremadura o Castilla-La Mancha, encomendaron la resolución de las reclamaciones al CTBG integrado en la Administración General del Estado, en algunos casos de manera transitoria. Todos estos órganos deben caracterizarse por su independencia e imparcialidad, por su especialización y por su carácter colegiado.

### **III. La protección del derecho a la información pública en las Illes Balears**

#### *1. Antecedentes*

En el año 2016, el Gobierno de las Illes Balears planteó la posibilidad de que el órgano propio encargado de la resolución de las reclamaciones fuese el Consejo Consultivo de las Illes Balears, en línea con la vía adoptada con anterioridad por la Comunidad Autónoma de Madrid. Sin embargo, la idea no fue bien acogida: un dictamen desfavorable de este órgano estatutario impidió que se materializase la pretensión gubernamental (Dictamen 27/2016, de 9 de marzo).

Poco después, se aprobó el Decreto 24/2016, de 29 de abril, de creación y atribución de competencias a la Comisión para la Resolución de las Reclamaciones en materia de Acceso a la Información Pública (BOIB núm. 54, de 30 de abril). Dicha Comisión estaba integrada por tres letrados miembros del Cuerpo de Abogacía de la Comunidad Autónoma, designados por sorteo entre voluntarios para llevar a cabo esta función. De entre ellos se elegía al presidente. Esta fórmula, que en su momento fue planteada como solución provisional, cumplió suficientemente con las exigencias de independencia, imparcialidad y preparación técnica que se requieren a los órganos de garantía del derecho de acceso.

Una nueva etapa se inició con la aprobación del Decreto 1/2019, de 11 de enero, regulador de la Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública (BOIB núm. 6, de 12 de enero), que es objeto de examen en el apartado siguiente.

#### *2. La Comisión para las Reclamaciones de Acceso a la Información Pública (CRAIP). Naturaleza del órgano, composición y ámbito de actuación*

La CRAIP es un órgano sin personalidad jurídica, dotado de autonomía funcional e independencia de criterio que, en un primer momento, estuvo adscrita a la Consejería de Presidencia, y en la actualidad lo está a la Consejería de Administraciones Públicas y Modernización. Según se establece en el Decreto

regulador de la Comisión, está formada por tres juristas de reconocido prestigio con más de cinco años de experiencia profesional en el ámbito del Derecho Público, nombrados por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma por un periodo de tres años, e inamovibles, siendo sus causas de cese objetivas. Los miembros de la Comisión, que son retribuidos por el sistema de dietas, eligen de entre ellos a su presidente. Presta asistencia a la CRAIP, con voz pero sin voto, un secretario designado por el titular del citado departamento autonómico entre funcionarios públicos licenciados o graduados en Derecho pertenecientes al grupo A1.

El régimen de funcionamiento de la Comisión es el previsto, con carácter general, para los órganos colegiados de la Administración autonómica, completándose, además, con reglas relativas a la asignación de ponencias, la adopción de acuerdos, la posibilidad de formulación de votos particulares y la notificación de las resoluciones.

Por lo que concierne a su ámbito competencial, corresponden a la CRAIP la instrucción y la resolución de las reclamaciones que se interpongan contra las resoluciones expresas o las desestimaciones presuntas dictadas o producidas, en materia de acceso a la información pública, por la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, los consejos insulares, los ayuntamientos y el resto de entidades del sector público dependientes o vinculadas con estas administraciones, la Universitat de les Illes Balears, las fundaciones del sector público de cualquiera de las administraciones anteriores, los consorcios, y los colegios profesionales y otras corporaciones de derecho público, en la medida que la información solicitada tenga relación con el ejercicio de sus funciones públicas. En cambio, la CRAIP no es competente para resolver las reclamaciones que se interpongan contra las decisiones que en esta materia adopten instituciones autonómicas como el Parlamento de las Illes Balears, la Sindicatura de Cuentas, el Consejo Consultivo o el Consejo Económico y Social, cuyas resoluciones en materia de acceso solo son susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Tampoco es competente la CRAIP para conocer de las reclamaciones interpuestas contra órganos estatales radicados en las Illes Balears.

### *3. El acceso del ciudadano a la CRAIP*

En el marco de las normas generales reguladoras del procedimiento administrativo, la práctica seguida por la CRAIP en el tratamiento de las reclamaciones es el que se desprende de lo siguiente. En primer lugar, las reclamaciones de los ciudadanos pueden interponerse, como ya se apuntó, contra

### *La protección del derecho a saber en las Illes Balears*

las resoluciones expresas o las desestimaciones presuntas de las SAIP, o bien cuando, resuelta favorablemente la solicitud, no se produzca materialmente el acceso. Por tanto, únicamente cuando la SAIP no haya sido resuelta satisfactoriamente a juicio del solicitante, porque no se le haya facilitado la información solicitada o porque no se haya resuelto en plazo su solicitud, podrá interponerse una reclamación.

Por lo que se refiere a la legitimación, hay que señalar que pueden presentar una reclamación las personas físicas y jurídicas, tanto españolas como extranjeras, que tengan capacidad de obrar. En ningún caso es exigible la condición de interesado ni ningún vínculo con el objeto de la solicitud de acceso. En cuanto a la representación, no existe ninguna especialidad.

Las reclamaciones dirigidas a la CRAIP deben presentarse siempre por escrito con indicación de la identidad del reclamante y, en su caso, del representante, así como del domicilio a efectos de notificaciones y el medio escogido para ellas (correo postal o electrónico). Debe aportarse la copia de la SAIP, con especificación de fecha y número del expediente, de la información pública solicitada y del lugar, fecha y firma del reclamante. Debe adjuntarse copia de la resolución objeto de reclamación, si se ha producido. La SAIP puede incluir además la fundamentación de la reclamación. En el escrito de reclamación se puede hacer constar expresamente la preferencia lingüística del reclamante a efectos de comunicaciones; si no se hace así, la CRAIP se relacionará normalmente con este en catalán de acuerdo con la legislación balear en materia de cooficialidad lingüística. La CRAIP pone a disposición de la ciudadanía un formulario con todos los campos necesarios para la reclamación, que obviamente no es obligatorio y que se encuentra en la web oficial del Gobierno de las Illes Balears.

#### *4. Aspectos de procedimiento*

El plazo para interponer la reclamación es de un mes a partir de la fecha de recepción de la notificación de la resolución, o a partir de la fecha en la que se produce el silencio administrativo o el vencimiento del plazo de diez días previsto en la LTAIPBG sin que se haya facilitado de manera efectiva el acceso concedido a la información pública. Debe recordarse que, según estableció la Disposición Adicional Tercera, punto 1, del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (BOE núm. 67, de 14 de marzo), se suspendieron los términos y se

interrumpieron los plazos para la tramitación de los procedimientos de las entidades del sector público.

Una vez analizada y siempre que cumpla los requisitos señalados anteriormente, la reclamación debe ser admitida a trámite, sin perjuicio de lo que se derive del expediente. En caso de inadmisión, la resolución deberá ser motivada e indicar expresamente los posibles recursos contra la misma. Admitida a trámite, la CRAIP remitirá la reclamación en el plazo de diez días a la Administración que puede dar acceso a la información solicitada, solicitando de la misma copia de la resolución objeto de la reclamación, en su caso, e informe sobre esta última, además de la información y los antecedentes que resulten relevantes para su resolución. El plazo para contestar dicho requerimiento es de diez días. La resolución sobre la admisión a trámite deberá ser notificada en todo caso al reclamante. Si la reclamación ha sido admitida, se le indicará que, de conformidad con lo establecido en el art. 22.1.c) de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el procedimiento queda en suspenso hasta que la CRAIP reciba de la Administración competente la información solicitada.

En ocasiones, la Administración, al recibir la notificación de la CRAIP, opta por facilitar el acceso solicitado sin más trámites, circunstancia que debe ser comunicada a este organismo. También puede suceder que dicha Administración comunique a la CRAIP que ya ha dado acceso a la información con anterioridad. En ambos supuestos, la CRAIP, previa comunicación al interesado solicitando su conformidad con la información recibida, archivará el procedimiento por satisfacción anticipada de la pretensión que conlleva la pérdida del objeto de la reclamación.

También cabe la posibilidad de que la reclamación sea interpuesta por un tercero titular de un derecho o interés afectado por una resolución de acceso a la información pública. En este supuesto, la CRAIP lo comunicará en el plazo de diez días a la Administración contra la cual se reclama para que se abstenga de manera provisional de facilitar la información solicitada. Si la CRAIP admite a trámite la reclamación del tercero, la Administración no podrá facilitarla hasta que la Comisión no resuelva favorablemente al acceso y dicha resolución sea firme. Todos estos extremos también deberán notificarse a la persona solicitante del acceso a la información pública, pues tiene derecho a formular alegaciones y presentar los documentos que estime conveniente; se le debe advertir, no obstante, de que este trámite no suspende el procedimiento.

En el supuesto de que la Administración reclamada haya denegado el acceso a la información solicitada en base a que no dispone de la misma porque está en

poder de otra Administración, la CRAIP se dirigirá a esta y le informará de la presentación de la reclamación; le solicitará que compruebe que, efectivamente, está en su poder la información solicitada; y, finalmente, le propondrá que permita el acceso a dicha información al reclamante para evitar así nuevas solicitudes.

Si el procedimiento de reclamación continúa su tramitación, por no haberse satisfecho el derecho de acceso, el secretario de la Comisión dará traslado del expediente al miembro de la misma que haya sido designado al efecto para que redacte la ponencia correspondiente. Cuando, para la resolución del procedimiento, deban tenerse en cuenta hechos o documentos nuevos que no figuran en el expediente original, deberán ser facilitados a los interesados para que puedan formular alegaciones o presentar documentos; todo ello deberá ser trasladado al resto de interesados. El acceso al expediente puede producirse de manera presencial o bien por medios electrónicos.

La CRAIP dispone de un plazo de tres meses para dictar la resolución que corresponda en derecho, plazo que comienza a contar desde el día que la reclamación tuvo entrada en el registro de la Comisión. Dicha resolución deberá ser notificada a las partes, esto es, al reclamante, a la Administración contra la que se reclamó y a los terceros afectados que hayan tenido participación en el procedimiento, en el plazo de diez días, a partir de la fecha en que se dictó. La notificación debe contener información sobre la posibilidad de interponer, contra la resolución dictada por la Comisión, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses, de acuerdo con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Todas las resoluciones de la CRAIP deben comunicarse además a la Dirección General de Transparencia y Buen Gobierno para su publicación en la web, previa supresión, en su caso, de los datos personales.

#### **IV. Consideraciones finales**

El derecho a saber es todavía un derecho escasamente interiorizado en la sociedad española. Así sucede también en las Illes Balears, comunidad en la que se ha podido constatar el desconocimiento generalizado de las posibilidades que ofrece la LTAIPBG a los ciudadanos y a los grupos sociales en los que estos se integran. Aunque un número significativo de solicitudes de información pública tiene que ver actualmente más con el acceso a documentos y datos de interés privativo

del solicitante (quien gracias a la información obtenida puede articular mejor la defensa de sus intereses, por ejemplo, en la vía administrativa o judicial), no hay duda de que estamos ante un derecho de enorme trascendencia para el control del poder público y, en especial, de las administraciones públicas, del que raramente se sirven los colectivos ciudadanos, los agentes sociales, las fuerzas políticas o los medios de comunicación.

En cualquier caso, merece ser destacado el papel llevado a cabo por la CRAIP desde la entrada en vigor del Decreto que la creó. El balance correspondiente al año 2019 ofrece, entre otros, los siguientes datos:

|   |    |
|---|----|
| Reclamaciones presentadas   | 51 |
| Resoluciones dictadas (24 de reclamaciones presentadas en 2018 y 41 de reclamaciones presentadas en 2019) | 65 |
| Resoluciones de archivo (18 por pérdida de objeto y 5 por desistimiento del reclamante)                   | 23 |
| Resoluciones desestimatorias (de las cuales, 2 por pérdida de objeto)                                     | 11 |
| Resoluciones de estimación total  | 18 |
| Resoluciones de estimación parcial  | 4  |
| Resoluciones de inadmisión  | 9  |

Como se aprecia, en más del 60 % de los casos los solicitantes han visto satisfecho su derecho de acceso. Recuérdese que la pérdida de objeto equivale a la satisfacción anticipada de la pretensión por parte de la Administración concernida por la reclamación.

Los datos anteriores, clasificados por administraciones, ponen de relieve que, de las resoluciones dictadas, 28 se refieren a entes y órganos de la Comunidad Autónoma, incluyendo el sector instrumental; 5 corresponden a consejos insulares, 32 a ayuntamientos y entes locales menores y 1 a un colegio profesional.

Las reclamaciones efectuadas durante los años 2016, 2017 y 2018 fueron, respectivamente, 18, 17 y 38. Es decir, que el año 2019 se ha producido un incremento en torno al 34 % respecto del año anterior, que ya había sido el que registró un mayor número de reclamaciones.

Para terminar, parecen oportunas dos reflexiones de *lege ferenda*. Señalemos, en primer lugar, que debería plantearse una posible ampliación del propio concepto de información pública, hoy contenido en el art. 13 LTAIPBG, para poder dar cabida a las nuevas realidades que el avance de la tecnología ya está alumbrando a una velocidad asombrosa. Se trataría así de añadir al concepto actual de información pública otros aspectos tales como algoritmos o ficheros

audiovisuales, que ya existen en poder de los sujetos obligados a facilitar dicha información o lo estarán próximamente.

En segundo y último lugar, cabe constatar que, en ocasiones, tras la intervención de los órganos de garantía del acceso a la información pública que finaliza con una resolución favorable al reclamante, este no ve satisfecho su derecho de manera real y efectiva, puesto que el sujeto obligado a facilitárselo, no lo hace. En definitiva, se trata de intentar evitar la inactividad de las administraciones y sujetos obligados por la LTAIPBG. Dicha situación podría quizá enervarse estableciendo legalmente, tanto a nivel estatal como autonómico, un sistema de infracciones y sanciones en la materia, tal como ya prevé la legislación andaluza, y otorgando potestad sancionadora al CTBG estatal y a los órganos autonómicos como la CRAIP, o bien a otras autoridades u órganos administrativos.

## **V. Nota bibliográfica**

FERNÁNDEZ RAMOS, S.; PÉREZ MONGUIÓ, J. M.<sup>a</sup> *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*. Madrid: Aranzadi, 2014.

GUICHOT REINA, E. (dir.). *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Madrid: Tecnos, 2014.

MARTÍN DELGADO, I. (dir.). *Transparencia y acceso a la información pública: de la teoría a la práctica*. Madrid: lustel, 2019.

SEGURA GINARD, L. J. «La Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares y la Comisión para la resolución de las reclamaciones en materia de acceso a la información pública de las Islas Baleares», en TRONCOSO REIGADA, A. (dir.). *Transparencia Pública y Comunidades Autónomas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

TRONCOSO REIGADA, A. (dir.). *Transparencia Pública y Comunidades Autónomas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

VALERO TORRIJOS, J.; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.). *Régimen jurídico de la transparencia del sector público*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.



# Referèndums municipals *versus* consultes ciutadanes: la qüestió en la Llei balear de consultes populars i processos participatius

**Sebastià Rubí Tomàs**

Professor associat de dret constitucional  
Universitat de les Illes Balears

## SUMARI

**I. Introducció. II. El marc normatiu fonamental. III. La doctrina del Tribunal Constitucional.** 1. *En relació amb les consultes populars.* 2. *En relació amb el concepte de referèndum.* 3. *En relació amb el concepte de consultes populars no referendàries.* 4. *En relació amb l'àmbit competencial.* **IV. Els referèndums municipals i les consultes ciutadanes en la Llei balear 12/2019, de 12 de març, de consultes populars i processos participatius.** 1. *El títol competencial en joc i la introducció del concepte de consulta ciutadana.* 2. *Els referèndums municipals. Referència al seu caràcter vinculant.* 3. *Les consultes ciutadanes.* 4. *El Registre Únic de Participació Ciutadana.* **V. Referències bibliogràfiques.**

## I. Introducció

A través d'aquest text cercarem la resposta a les preguntes de per què la Llei 12/2019, de 12 de març, de consultes populars i processos participatius,<sup>1</sup> aprovada pel Parlament de les Illes Balears, va regular dos tipus de consultes populars —els referèndums municipals i les consultes ciutadanes—, i si no hagués estat millor resoldre la qüestió a través d'un sol instrument de consulta. Veurem que no va ser per caprici del legislador autonòmic, sinó per mor de com estan regulades, a nivell estatal, la democràcia directa i la democràcia participativa, i com les

---

<sup>1</sup> Publicada en el Butlletí Oficial de les Illes Balears núm. 36, de 16 de març, i en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 89, de 13 d'abril.

interpreta el Tribunal Constitucional. Al legislador autonòmic li hagués agradat poder fer una regulació més senzilla, que sota el paraigües d'una sola figura, s'agrupessin ambdós tipus de consultes.

Per analitzar la qüestió, en primer lloc, detallarem la normativa estatal, seguidament veurem la doctrina del Tribunal Constitucional que resulta d'aplicació, per acabar analitzant les diferències entre els referèndums municipals i les consultes ciutadanes, tal i com venen regulades en la legislació balear.

## II. El marc normatiu fonamental

En relació amb el tema que tractarem, cal destacar, de la Constitució espanyola, tres articles: el 9.2, que mana als poders públics «promoure [...] i facilitar la participació de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social»; el 23.1, que regula el dret dels ciutadans «a participar en els afers públics, directament o per mitjà de representants lliurement elegits en eleccions periòdiques per sufragi universal»; i el 92, el qual disposa el següent:

- «1. Les decisions polítiques de transcendència especial podran ser sotmeses al referèndum consultiu de tots els ciutadans.
2. El referèndum serà convocat pel Rei a proposta del president del Govern, autoritzada prèviament pel Congrés dels Diputats.
3. Una llei orgànica regularà les condicions i el procediment de les diverses modalitats de referèndum previstes per la present Constitució».

Aquest article fou desenvolupat al poc temps d'aprovar la Norma Fonamental, a través de la Llei orgànica 2/1980, de 18 de gener, sobre regulació de les diferents modalitats de referèndum,<sup>2</sup> la qual, en el seu article segon, apartat primer, preceptua que «[l]autorització per a la convocatòria de consultes populars per via de referèndum en qualsevol de les seves modalitats és competència exclusiva de l'Estat», regulació que està en consonància amb el mandat de l'art. 149.1.32 CE que determina que l'Estat té competència exclusiva per autoritzar «la convocatòria de consultes populars per via de referèndum».

Cal destacar que la Llei orgànica 2/1980, en la disposició addicional ens indica que: «Les disposicions d'aquesta Llei no inclouen en la seva regulació les consultes populars que puguin celebrar els Ajuntaments, relatives a assumptes rellevants d'indole municipal, en els seus territoris respectius, d'acord amb la legislació

---

<sup>2</sup> Publicada en el BOE núm. 20, de 23 de gener.

### *Referèndums municipals versus consultes ciutadanes...*

de règim local, i salvant, en tot cas, la competència exclusiva de l'Estat per a la seva autorització».

Aquesta remissió feta per aquesta Llei orgànica a la legislació local, així com la menció a la competència exclusiva de l'Estat per a la seva autorització, és considerada suficient per entendre satisfet el mandat constitucional que els drets fonamentals han de ser regulats per llei orgànica (art. 81.1 CE amb relació a l'art. 23.1 CE).

Finalment, de la normativa d'àmbit estatal ens queda per citar l'art. 71 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local,<sup>3</sup> que disposa:

«De conformitat amb la legislació de l'Estat i de la comunitat autònoma, quan aquesta tingui competència estatutàriament atribuïda per a això, els alcaldes, amb l'acord previ per majoria absoluta del ple i autorització del Govern de la Nació, poden sotmetre a consulta popular els assumptes de la competència pròpia municipal i de caràcter local que siguin d'especial rellevància per als interessos dels veïns, llevat dels relatius a la Hisenda local».

En definitiva, com veiem, la normativa estatal desenvolupa només un tipus de consulta popular, la referendària, i deixa en mans de les comunitats autònomes, si assumeixen la competència, la regulació de les consultes populars referendàries a l'àmbit municipal i la regulació de les consultes populars no referendàries.

### **III. La doctrina del Tribunal Constitucional**

#### *1. En relació amb les consultes populars*

Des del punt de vista de la doctrina del Tribunal Constitucional les consultes populars són un gènere dins el qual hi caben distintes figures jurídiques, les quals podríem separar en dos grans grups: les consultes referendàries i les consultes no referendàries. Així ens ho explica la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 31/2010,<sup>4</sup> en el fonament jurídic 69, en resposta a la pretensió dels recurrents que es declarés que consultes populars i referèndums eren una mateixa cosa. La resposta que donà el Tribunal Constitucional fou la d'afirmar que

---

<sup>3</sup> Publicada en el BOE núm. 80, de 3 d'abril.

<sup>4</sup> Dictada en el Recurs d'inconstitucionalitat núm. 8045-2006, interposat per noranta-nou diputats del Grup Parlamentari Popular del Congrés contra diversos preceptes de la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

existeixen consultes populars que no són referèndums, entenent per consultes no referendàries aquelles a través de les quals «se recaba la opinió de cualquier colectivo sobre cualesquiera asuntos de interés público a través de cualesquiera procedimientos» distintos de los que cualifican una consulta como referéndum (STC 103/2008, FJ 2) y con los límites materiales a los que también hicimos referencia en la STC 103/2008 (FJ 4)».

També en la STC 31/2015, de 25 de febrer,<sup>5</sup> donà la mateixa resposta, concretament en el fonament jurídic 5, quan ens ensenya que «[l]a Constitución, al referirse en el art. 149.1.32 a las “consultas populares por vía de referéndum” ha consentido la existencia de otras consultas populares que no fueran las referendarias, habiendo sido el legislador orgánico y estatutario el que las ha introducido en el bloque de constitucionalidad [...]. Por tanto, bajo aquella denominación genérica debe comprenderse la existencia de dos instituciones de raíz diferente: el referéndum y las consultas no referendarias. La primera es manifestación del derecho de participación política directa en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), mientras que las segundas, en cambio, lo son del mandato dirigido a los poderes públicos de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE y concordantes).»

Aquest criteri apareix alhora ratificat en la STC 137/2015, d'11 de juny,<sup>6</sup> quan apunta que l'art. 149.1.32 CE, en referir-se «tanto a las “consultas Populares”, en general, como a la institución del “referéndum”, la Constitución ha contemplado la posible existencia, junto a esta última institución, de otro tipo de consultas populares, cuyo fundamento y sentido difieren de los propios del referéndum».

Veiem, doncs, com sota el nom genèric de consultes populars hi troben cobertura distintes espècies, les consultes referendàries i les no referendàries. Dit així, notem com el segon grup pren nom per negació del primer, i això no és casualitat, ja que, com hem pogut llegir en la cita de la STC 31/2010, les consultes

---

<sup>5</sup> Dictada en resolució del Recurs d'inconstitucionalitat núm. 5829-2014, interposat pel president del Govern de l'Estat contra els art. 3 a 39, les disposicions transitòries primera i segona i la disposició final primera de la Llei del Parlament de Catalunya 10/2014, de 26 de setembre, de consultes populars no referendàries i altres formes de participació ciutadanes.

<sup>6</sup> Dictada en la impugnació de disposicions autonòmiques núm. 6415-2014, promoguda pel Govern de l'Estat, contra la disposició addicional i les disposicions finals del Decret del Govern de Canàries 95/2014, de 25 de setembre, pel qual s'aprova el Reglament de les consultes a la ciutadania en assumptes d'interès general de competència de la Comunitat Autònoma de Canàries, així com contra els art. 3, 4 i 9 a 26 del mateix Reglament.

no referendàries no poden reunir cap del requisits que es puguin predicar de les consultes referendàries, en el benentès que, fins ara, han estat declarades inconstitucionals totes les figures jurídiques regulades a l'àmbit autonòmic que, amb voluntat de ser consultes no referendàries, hagin reunit algun dels requisits essencials dels referèndums. El Tribunal Constitucional, en tots els casos ha entès que qualsevol consulta popular que hagi inclòs algun dels elements essencials del referèndum, encara que no tots, és inconstitucional.

Per això ens veiem obligats a determinar puntualment què és un referèndum, des del punt de vista del Tribunal Constitucional, i llavors, per exclusió o contrast — que és la paraula usada per la STC 137/2015—, podrem saber com definir la resta de consultes populars, o sigui, les no referendàries.

## *2. En relació amb el concepte de referèndum*

El que és una consulta referendària, o sigui, un referèndum, ens ho explica el Tribunal Constitucional en la Sentència 103/2008, d'11 de setembre:<sup>7</sup>

«El referéndum es un instrumento de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, esto es, para el ejercicio del derecho fundamental reconocido en el art. 23.1 CE. No es cauce para la instrumentación de cualquier derecho de participación, sino específicamente para el ejercicio del derecho de participación política, es decir, de aquella participación “que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo” (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 3). Es, por tanto, una forma de democracia directa [...] El referéndum es, por tanto, una especie del género “consulta popular” [...] cuyo objeto se refiere estrictamente al parecer del cuerpo electoral (expresivo de la voluntad del pueblo: STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 10) conformado y exteriorizado a través de un procedimiento electoral, esto es, basado en el censo, gestionado por la Administración electoral y asegurado con garantías jurisdiccionales específicas, siempre en relación con los asuntos públicos cuya gestión, directa o indirecta, mediante el ejercicio del poder político por parte de los ciudadanos constituye el objeto del derecho fundamental reconocido por la Constitución en el art. 23 (así, STC 119/1995, de 17 de julio).»

---

<sup>7</sup> Dictada en el Recurs d'inconstitucionalitat núm. 5707-2008, interposat pel president del Govern contra la Llei del Parlament Basc 9/2008, de 27 de juny, de convocatòria i regulació d'una consulta popular a fi de recaptar l'opinió ciutadana en la Comunitat Autònoma del País Basc sobre l'obertura d'un procés de negociació per aconseguir la pau i la normalització política.

I, per si fos cosa que no ho hagués deixat prou clar, continua dient que:

«Para calificar una consulta como referéndum o, más precisamente, para determinar si una consulta popular se verifica “por vía de referéndum” (art. 149.1.32 CE) y su convocatoria requiere entonces de una autorización reservada al Estado, ha de atenderse a la identidad del sujeto consultado, de manera que siempre que éste sea el cuerpo electoral, cuya vía de manifestación propia es la de los distintos procedimientos electorales, con sus correspondientes garantías, estaremos ante una consulta referendaria».

Reprodueixen aquesta línia interpretativa les ja citades STC 31/2015 i STC 137/2015.

### *3. En relació amb el concepte de consultes populars no referendàries*

Les consultes populars no referendàries no són expressió del dret de participació política (art. 23.1 CE), no són una figura expressiva de la democràcia directa, sinó que neixen del dret de participació ciutadana i, per tant, són figures de democràcia participativa, a què fa referència l'art. 9.2 CE, tal i com ens ve detallat en la STC 119/1995, de 17 de juliol, FJ 4.<sup>8</sup>

«[...] el art. 23.1 C.E. no agota las manifestaciones del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente. De hecho, el Texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones. En unos casos, se contiene un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos: así, el art. 9.2 C.E. contiene un mandato a los poderes públicos para que faciliten “la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social” [...]».

---

<sup>8</sup> Dictada en el Recurs d'empara núm. 773/1993, de 17 de juliol, contra la Sentència de la Secció Setena de la Sala Tercera del Tribunal Suprem, de 15 de desembre de 1992, que va estimar el recurs d'apel·lació interposat contra la dictada per la Secció Segona de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 30 de juliol de 1990, i contra l'Acord del ple de l'Ajuntament de Barcelona, de 12 de setembre de 1989, que va ratificar l'aprovació provisional acordada per la Comissió de Govern de 12 de juliol anterior del denominat «Pla especial de desenvolupament d'un parc urbà en el sector piscines i esports de Barcelona», així com contra la desestimació tàcita del recurs de reposició interposat contra aquest Acord.

Es tracta d'un criteri que comparteix i complementa la ja citada STC 31/2015, de 25 de febrer, puntualitzant que «[a] estas previsiones del constituyente se suman todas aquellas fórmulas de participación ciudadana que instituya el legislador ordinario —estatal o autonómico— en el marco de sus competencias [...]. Pero siempre, en el bien entendido sentido, de que no son expresiones del derecho de participación que garantiza el art. 23.1 CE, sino que obedecen a una *ratio* bien distinta. Se trata de manifestaciones que no son propiamente encuadrables ni en las formas de democracia representativa ni en la democracia directa, incardinándose más bien en un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa (STC 119/1995, de 17 de julio, FJ 6)».

#### *4. En relació amb l'àmbit competencial*

Finalment, amb l'objecte de deixar clar quin era l'àmbit competencial de l'Estat i el de les comunitats autònomes en aquesta matèria, cal destacar la STC 51/2017, de 10 de maig,<sup>9</sup> la qual, en el seu FJ 5, ens indexa la doctrina ja fixada pel propi Tribunal:

«a) El Estado ostenta, con arreglo al artículo 149.1.32 CE, competencia exclusiva para la autorización de consultas populares por vía de referéndum. [...] el Estado tiene competencia exclusiva para el «establecimiento y regulación» del referéndum [...] el Estado es competente para regular la institución del referéndum “cualquiera que sea la modalidad o ámbito territorial sobre el que se proyecte” [...].

b) [...] “la Constitución ... ha querido, en atención a la condición excepcional en nuestro ordenamiento de esta forma de democracia directa, que solo mediante normas estatales puedan preverse [...], los supuestos, tipos y formas de referéndum, sus ámbitos territoriales, los casos en que puede haber lugar a su convocatoria, sus procedimientos de desarrollo y garantías y, en fin, el reconocimiento jurídico a dar al pronunciamiento popular” [...].

[...] los estatutos de autonomía podían “reconocer a las Comunidades Autónomas algún género de intervención en la ejecución o, incluso, en el complemento normativo de los preceptos estatales que disciplinen, en los términos señalados, unas u otras figuras de referéndum, siempre que ello se realizara, claro está, sobre asuntos de competencia de la respectiva Comunidad Autónoma” [...].

c) [...] la previsión por el constituyente de unos concretos supuestos de referéndum “no agota el elenco de referendos admisibles en nuestro

---

<sup>9</sup> Dictada en el Recurs d'inconstitucionalitat núm. 8912-2010, interposat pel president del Govern, contra els articles 1 a 30, 43 i 45 de la Llei del Parlament de Catalunya 4/2010, de 17 de març, de consultes populars per via de referèndum.

ordenamiento” (FJ 5), de modo que en principio el legislador puede articular — aunque, hay que añadir ahora, no sin límites— otras figuras de consulta referendaria. Pero tal relativa apertura de la Constitución en este extremo queda confiada al legislador orgánico al que llaman los artículos 81.1 y 92.3 CE [...].

d) [...] el objeto de la consulta popular autonómica, ya sea referendaria o no, no puede desbordar el ámbito material de las competencias autonómicas [...]».

Com veiem, el legislador autonòmic: 1) no pot ni crear ni desenvolupar els referèndums d'àmbit territorial diferent al municipal, i 2) només pot desenvolupar els referèndums d'àmbit municipal, ja que així està previst en la normativa bàsica de l'Estat, i sempre sense desbordar-la.

#### **IV. Els referèndums municipals i les consultes ciutadanes en la Llei balear 12/2019, de 12 de març, de consultes populars i processos participatius**

Ens sembla innegable que el tipus de consulta més coneguda per la ciutadania és aquella en la qual l'autoritat competent formula una pregunta i el ciutadà ha de respondre amb un sí o un no, escrit en una papereta que diposita dins una urna. Doncs bé, si qui és cridat a dipositar la resposta dins una urna són totes les persones que formen el cos electoral i la consulta es fa amb les garanties i procediments que preveu la Llei electoral, es tracta d'una consulta referendària. I, com hem vist, el legislador autonòmic només pot regular els referèndums municipals, i sempre i en tot cas amb total respecte a la normativa bàsica estatal. Per la qual cosa, tenint en compte que era voluntat del legislador autonòmic que l'autoritat competent pogués formular preguntes que demanessin ser respostes amb un sí o un no, en l'àmbit insular o autonòmic, paral·lelament al desenvolupament autonòmic dels referèndums municipals es feia necessari crear una figura de consulta popular que no reunís cap dels requisits essencials dels referèndums, o sigui, que no fos cridat tot el cos electoral, que durant el desenvolupament de la consulta no hi hagués garanties del nivell del sistema electoral i que no hi hagués cap òrgan de control jurisdiccional, ni semblant al mateix, durant tot el procés. És a dir, una consulta sense cap garantia ni en el procés ni en el control del resultat.

##### *1. El títol competencial en joc i la introducció del concepte de consulta ciutadana*

Amb els antecedents, la normativa i doctrina constitucional que abans hem exposat, s'enfrontava el legislador balear per desenvolupar la competència prevista

### *Referèndums municipals versus consultes ciutadanes...*

en l'art. 31 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears relativa al «desenvolupament legislatiu i l'execució de les matèries següents: [...] 10. Sistemes de consultes populars a l'àmbit de les Illes Balears [...]».

Títol competencial suficient i necessari, tant per desenvolupar a l'àmbit autonòmic els referèndums municipals com per crear una figura jurídica nova, les consultes ciutadanes. Precisament per això, la Llei es va estructurar en dos grans blocs. Per una banda, la part relativa a l'exercici de la democràcia directa, que desenvolupa la normativa bàsica de l'Estat en relació amb el dret de participació política, reconegut en l'art. 23.1 CE, donant forma als referèndums municipals. I per l'altra, el bloc relatiu a la democràcia participativa en compliment del mandat de l'art. 9.2 CE, dirigit a tots els poders públics, creant diferents instruments jurídics que permetessin exercir el dret de participació ciutadana, entre els quals, per al que ara ens interessa, hi trobem les consultes ciutadanes.

D'aquesta manera, tenim dos tipus d'instruments que permeten a l'autoritat competent convocar una consulta, en la qual, tot formulant una pregunta, es demana una resposta al participant que pugui ser resposta amb un sí o un no, dipositant una papereta dins una urna. Així, en el títol II tenim les consultes populars referendàries, només en l'àmbit municipal, els requisits essencials de les quals són que, amb la prèvia autorització del Govern de l'Estat, es convoca a participar tot el cens electoral, tota la ciutadania, amb el procediment i garanties pròpies d'un procés electoral. I, en el títol III, entre d'altres, les consultes ciutadanes, que són consultes populars no referendàries, que es poden celebrar a l'àmbit infra-municipal, municipal, infra-insular, insular o autonòmic, però que en cap cas mai es convocarà el conjunt del cens electoral de l'àmbit de la consulta i, ni en el procediment de la consulta ni en el seu control, no hi haurà cap garantia administrativa ni jurisdiccional.

#### *2. Els referèndums municipals. Referència al seu caràcter vinculant*

Pel que fa a la regulació balear dels referèndums municipals, cal destacar que el legislador autonòmic va decidir que el seu resultat havia de ser vinculant, qüestió que es va introduir durant el procés de construcció de la Llei, una vegada emès el dictamen del Consell Consultiu de les Illes Balears.<sup>10</sup> Com diem, inicialment l'avantprojecte no preveia que els referèndums sempre fossin vinculants, però dins el procés de construcció de la norma es va decidir assumir l'opinió del vot particular, el qual s'expressà en el sentit que si en els referèndums es consulta el cos electoral,

---

<sup>10</sup> Dictamen núm. 36/2018, de 2 de maig, del Consell Consultiu de les Illes Balears, relatiu a l'Avantprojecte de llei de consultes populars i processos participatius.

o sigui, a tots els ciutadans en el seu conjunt, amb un procediment seguit amb totes les garanties pròpies d'un procés electoral, no sembla admissible que l'autoritat convocant no faci cas a l'opinió manifestada pel conjunt de ciutadans convocats a tal i únic efecte. Aquest criteri va ser assumit pel Govern de les Illes Balears i va ser incorporat dins el projecte de Llei que va remetre al Parlament. Aquest també va fer propi l'argument, convertint-se aquest requisit en una diferència més amb les consultes ciutadanes.

Ara bé, cal indicar immediatament que el Govern de l'Estat va considerar que el Parlament de les Illes Balears s'havia excedit competencialment en aquesta qüestió, en el benentès que, no és que els referèndums municipals no puguin ser vinculants, però si ho han de ser, hauria de ser la Llei orgànica que regula les distintes formes de referèndum la que ho hauria de recollir, atès que la norma balear l'únic que pot fer és desenvolupar la normativa bàsica de l'Estat, però en cap cas introduir o modificar elements essencials de la institució referendària.

Per resoldre aquesta qüestió i d'altres, amb suspensió del termini per formular recurs d'inconstitucionalitat per part del Govern de l'Estat, la Comissió Bilateral de Cooperació Administració General de l'Estat – Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el 4 de juny de 2019, va acordar iniciar negociacions per resoldre les discrepàncies, concretament, en relació amb els articles 2.2, 10.3,<sup>11</sup> 12, 16.4 i 19 a 36 de la referida Llei.<sup>12</sup>

Després de les pertinents reunions i contrast d'opinions jurídiques en relació amb el punt de si el Parlament de les Illes Balears pot establir que el resultat d'un referèndum municipal ha de ser vinculant per a l'autoritat convocant, la Comunitat Autònoma es va avenir a la posició del Govern de l'Estat, la qual, al meu parer, sosté una interpretació extensiva de la normativa estatal. Així, es va acordar que la Comunitat Autònoma assumia «el compromís de promoure la modificació de l'apartat tres [de l'art. 10], amb la finalitat d'ajustar-se a la competència exclusiva de l'Estat amb vista a la regulació de la disciplina del referèndum, amb l'abast interpretat pel Tribunal Constitucional en Sentència 137/2015, d'11 de juny, FJ 4.d), que estableix que "[...] només mitjançant normes estatals es poden preveure [...] el reconeixement jurídic a donar al pronunciament popular". A aquest efecte es donarà

---

<sup>11</sup> Al temps de l'emissió de l'informe del Consell Consultiu era l'art. 7.3.

<sup>12</sup> Resolució de 21 de juny de 2019, de la Secretaria General de Coordinació Territorial, per la qual es publica l'Acord de la Comissió Bilateral de Cooperació Administració General de l'Estat – Comunitat Autònoma de les Illes Balears en relació amb la Llei 12/2019, de 12 de març, de consultes populars i processos participatius, publicada en el BOE núm. 169, de 16 de juliol.

### *Referèndums municipals versus consultes ciutadanes...*

la redacció següent: El resultat d'aquest tipus de consulta serà vinculant per a l'autoritat convocant en els supòsits en què així es prevegi en la legislació estatal».

Assentiment que, a la vista del conjunt de la negociació, em sembla totalment assenyat, tenint en compte la deriva recentralitzadora a què es veuen sotmeses les comunitats autònomes en molts d'àmbits.

En relació amb el referèndum municipal, es va arribar a l'acord també d'eliminar dues qüestions que havien estat introduïdes durant el tràmit parlamentari, consistents que no pot ser convocat per una entitat local menor, ni es pot convocar a un àmbit menor al del municipi, obligant-se la Comunitat Autònoma a modificar els articles que així ho preveïen de tal manera que, quan es convoqui un referèndum, hagin de ser cridats tots els ciutadans i ciutadanes amb dret a vot del municipi.

La Comunitat Autònoma també va assumir el compromís de deixar expressament escrit en la Llei que el dret de vot s'exercirà d'acord amb les previsions de la Llei orgànica de règim electoral general, sense que sigui possible el «vot anticipat» ni votar sense sobre, només doblegant la papereta, ja que, encara que suposi un estalvi importantíssim en paper, implica una innovació que només pot dur a terme el legislador orgànic. Fins a aquest punt arriba l'exagerada interpretació restrictiva que es fa des del Govern central d'aquesta competència, que, no ho oblidem, tenim reconeguda en l'Estatut d'autonomia.

I, finalment, es va assumir el compromís per part de totes dues parts, que els art. 24, 25, 29, 35 i 36, dels capítols III i IV del títol I, seran interpretats de conformitat amb la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, de tal manera que s'estarà als seus mandats quant a la composició i funcionament de les juntes electorals de zona, aprovació de les paperetes i actes de la consulta municipal, formació i constitució de les taules electorals, així com votació i escrutini.

### *3. Les consultes ciutadanes*

Des del Govern central no es va plantejar cap problema de constitucionalitat en relació amb les figures de democràcia participativa, la qual cosa entenem que vol dir que es va aplicar correctament la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la qüestió. O sigui, la regulació de les consultes ciutadanes queda intacta.

Per a la regulació de les consultes ciutadanes, la tasca del legislador autonòmic consistí en trobar una fórmula que no obligués a convocar el cos electoral, o sigui, a tota la ciutadania i tenint en compte que tampoc servien les fórmules d'ampliar el vot als majors de 16 anys, o a tots els residents als municipis de les Illes, ja que, en

qualsevol cas, dins d'aquests registres hi ha incloses, també, totes les persones censades (*vid.* STC 31/2015, FJ 8).

D'acord amb la regulació autonòmica vigent, podem definir una consulta ciutadana de la següent manera: una consulta popular no referendària, un instrument de democràcia participativa i una forma d'exercir el dret de participació ciutadana, a través de la qual un ajuntament, un consell o el Govern de les Illes formula una pregunta a un grup de persones per tal que manifestin la seva opinió, a través d'un sí, un no o en blanc, en relació amb qualsevol qüestió que es consideri oportuna, dins l'àmbit de la competència de l'autoritat consultant i d'interès per a la ciutadania, sense les garanties d'un procés electoral i sense necessitat d'autorització del Govern de l'Estat, el resultat de la qual no serà vinculant.

A la definició diem que només es pot consultar un grup de persones, atès que segons la ja citada STC 31/2015, dins l'àmbit autonòmic, també l'insular, només són possibles les consultes sectorials, o sigui, a un grup de persones, però mai a la ciutadania en general o en conjunt, en tant que només articulen «voluntades particulars o colectivas, pero no generales, esto es, no imputables al cuerpo electoral» (amb cita de la ja també referida STC 103/2008, d'11 de setembre, FJ 2).

Finalment, també cal destacar de la definició que el resultat d'una consulta ciutadana, en cap cas, serà vinculant per a l'Autoritat convocant. L'explicació rau en el fet que com que no s'han consultat tots els ciutadans, sinó només un grup, un sector de la població, el resultat és només una orientació per a l'Autoritat convocant per prendre la decisió que només a aquesta li correspon, en virtut de la responsabilitat assumida com a representant dels ciutadans. En definitiva, acudim al que és la regla general del sistema, la democràcia representativa, sens perjudici que els nostres representants, si ho consideren oportú, demanin opinió, simple opinió, al ciutadans en relació amb una determinada qüestió.

#### *4. El Registre Únic de Participació Ciutadana*

La solució que va adoptar el Parlament balear per fer possibles les consultes ciutadanes va ser la de crear un registre de persones que volgués ser part activa en els processos participatius i, per tant, en les consultes ciutadanes. Se li donà per nom Registre Únic de Participació Ciutadana (RUPAC), en el qual s'hi pot inscriure qualsevol persona que estigui empadronada en un municipi de les Illes Balears, sempre que hagi complit setze anys. També s'hi poden inscriure, a través de la secció de les entitats ciutadanes, les persones jurídiques sense ànim de lucre. Aquesta inscripció «atorga el dret a ser part activa en els instruments de participació

### *Referèndums municipals versus consultes ciutadanes...*

ciutadana, d'acord amb les previsions» de la Llei i el seu desenvolupament reglamentari, destacant que «només les persones inscrites poden participar en aquests processos participatius» (art. 40 de la Llei 12/2019).

El RUPAC té quatre característiques que, entenc, s'han de posar de rellevància. La primera és que la inscripció és voluntària, ningú pot ser obligat a inscriure's. La segona característica és que, si una persona vol participar en una consulta ciutadana, s'ha d'inscriure en el Registre. La persona que vulgui exercir el dret de participació ciutadana ha d'haver manifestat expressament la voluntat d'estar d'alta en el Registre. Aquesta és la característica que permet que la consulta ciutadana sigui sectorial, ja que només hi podran participar aquelles persones que hagin demanat ser consultades i, mai, en cap cas, tot el cens electoral. La tercera característica és que ha de ser un registre únic en tot l'àmbit de les Illes Balears, gestionat per la Conselleria competent en matèria de participació ciutadana i a disposició de totes les administracions de l'àmbit autonòmic, de tal manera que els consells no hagin de tenir el seu propi registre ni tampoc els ajuntaments. Així, quan alguna d'aquestes entitats territorials vulgui dur a terme una consulta ciutadana, tindrà a la seva disposició la base de dades de persones que volen ser consultades, la base de dades única de persones que han manifestat expressament voler exercir el dret de participació ciutadana. I, finalment, és també únic, perquè basta una sola inscripció. Una vegada una persona ja ha estat donada d'alta en el Registre, pot participar a totes les consultes que es duguin a terme, no necessita demanar l'alta cada vegada. Òbviament, també podrà demanar la seva baixa, si aquesta és la seva voluntat.

S'ha de dir que el Consell Consultiu va considerar que així com s'havia dissenyat el RUPAC, malgrat que no hi estiguessin inscrites totes les persones del cens electoral, es podrien fer consultes de caràcter general (característica pròpia del referèndum). Aquest posicionament del Consell Consultiu va fer que el sistema s'hagués de complicar encara més, havent-lo de sectoritzar, de tal manera que quan una persona manifesti la seva voluntat de donar-se d'alta, hagi d'indicar a quina o quines figures de participació vol estar d'alta; i, quan assenyali la casella de les consultes ciutadanes, hagi de triar la llista de matèries de què vol ser consultada. Tot això amb l'objecte de donar compliment al criteri del Consell Consultiu per tal que la consulta no pugui ser considerada general, dirigida a totes les persones inscrites en el Registre Únic de Participació Ciutadana, sinó només a les inscrites en aquell sector o matèria que el ciutadà hagi manifestat el seu interès i voluntat de ser consultat. Ara bé, res impedeix que una persona es doni d'alta a totes les matèries i sempre serà a temps d'abstenir-se, si no li interessa la consulta concreta.

La interpretació del Consell Consultiu no la puc compartir en absolut, perquè restringeix encara més i de manera innecessària el dret de participació ciutadana, ja que, des del meu punt de vista, el que vol el Tribunal Constitucional és que no es facin consultes populars no referendàries a les persones inscrites en el cens electoral, en el seu conjunt. Per la qual cosa, tenint en compte que el RUPAC és voluntari, les persones consultades mai i en cap cas podrien coincidir amb el cens electoral, ja que és materialment impossible que el cent per cent de les persones inscrites en el cens electoral es donin d'alta voluntàriament al mateix, per la qual cosa de cap de les maneres podria ser una consulta general.

#### V. Referències bibliogràfiques

BRUGUÉ TORRUELLA, J.; CASADEMONT, X.; GIFREU FONT, J.; PRIETO-FLORES, Ò. «Democràcia directa local: Consideracions sobre les consultes municipals». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 57 (2018), pàg. 1-16.

CARRASCO DURÁN, M. «Referéndum versus consulta». *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 160 (2013), pàg. 13-41.

CASTELLÀ ANDREU, J. M. «Consultas Populares no referendarias en Cataluña. ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e Instituciones de participación ciudadana?». *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. XIV (2013), pàg. 121-155.

- «El referéndum en la Constitución: ¿es necesario un replanteamiento de la institución?», en CASCAJO CASTRO, J. L.; MARTÍN DE LA VEGA, A. (coords.). *Participación, representación y democracia (XII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España)*. València: Tirant lo Blanch, 2016, pàg. 235-266.

DELGADO-IRIBARREN GARCÍA-CAMPERO, M. (coord.) *Comentarios a la Ley Orgánica del Régimen Electoral General y a la Ley Orgánica de Referéndum*. Madrid: La Ley, 2014.

GINARD MARTÍNEZ, S. «Comentari a l'article 15 de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears», en BLASCO ESTEVE, A. (coord.). *Comentarios a l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears*. Palma: Thompson Civitas, 2008.

IBÁÑEZ MACÍAS, A. *El referéndum local en España: régimen jurídico*. Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2005.

*Referèndums municipals versus consultes ciutadanes...*

LÓPEZ RUBIO, D. «La evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de referendos autonómicos». *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 114 (2019), pàg. 161-199.

MUNAR MIQUEL, C. «Comentari a l'article 31 de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears», en BLASCO ESTEVE, A. (coord.) *Comentaris a l'Estatut d'Autonomia*, op. cit.

OLIVER ARAUJO, J. «El Referéndum en el Sistema Constitucional Español». *Separata de la Revista de Derecho Político*, núm. 29 (1989), pàg. 115-182.

– «Aborto y referéndum consultivo». *Cuadernos de la Facultad de Derecho (UIB)*, núm. 17 (1991), pàg. 47-52.

PÉREZ SOLA, N. *La regulación constitucional del referéndum*. Jaén: Secretariado de Publicaciones, Universidad de Jaén, 1994.

SÁENZ ROYO, E.; CONTRERAS CASADO, M. (coord.). *La participación política directa: referéndum y consultas Populares*. Zaragoza: Comuniter, 2013.

TAJADURA TEJADA, J. «Referéndum en el País Vasco (Comentario a la STC 103/2008, de 11 de septiembre)». *UNED. Teoría y realidad constitucional*, núm. 23 (2009), pàg. 363-385.

VIVER PI-SUNYER, C.; MARTÍN I ALONSO, G. «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur polític col·lectiu». *Tres informes de l'Institut d'Estudis Autonòmics sobre el pacte fiscal, les duplicitats i les consultes populars*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Governació i Relacions Institucionals, Institut d'Estudis Autonòmics, 2013.



# COMENTARIS DE JURISPRUDÈNCIA

***Lourdes Aguiló Bennàssar***

Advocada de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears

***José Antonio Baena Sierra***

Magistrat del Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Palma  
Doctor en dret

***Maria Ballester Cardell***

Professora contractada doctora de dret constitucional  
de la Universitat de les Illes Balears

***Eduardo Calderón Susín***

Doctor en dret. Magistrat

***Carlos Gómez Martínez***

Magistrat del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

***Ferran Gomila Mercadal***

Advocat

***Jaume Munar Fullana***

Doctor en dret públic

***Fernando Socías Fuster***

Magistrat del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

***Francisco Antonio Vaquer Ferrer***

Professor de dret financer i tributari  
de la Universitat de les Illes Balears

## El Tribunal Constitucional atorga l'empara per vulneració dels drets d'intimitat, imatge i honor, produïda mitjançant la utilització esbiaixada de la tècnica periodística de càmera oculta

*Sentència de la Sala Primera del Tribunal Constitucional (recurs d'empara)  
núm. 25/2019, de 28 de febrer (ponent: Sr. González Rivas).*

L'any 2010, la cadena de televisió Antena 3 emet un programa en el qual, entre d'altres informacions, presenta una gravació duta a terme mitjançant la tècnica de càmera oculta en un despatx o consulta professional a l'illa de Mallorca, així com l'atribució de la condició de «sanador» a una determinada persona, informacions que tenen igualment reproducció en altres programes i mitjans de comunicació.

L'afectat formulà demanda de judici ordinari contra la cadena televisiva, per vulneració dels seus drets a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge, així com contra una altra entitat associativa de prevenció sectària que havia reproduït algunes d'aquelles informacions. Demanda que derivà en una sentència estimatòria parcial dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Manacor, el 25 de febrer de 2015, en què es condemna l'entitat Antena 3 Televisión S.A. per vulneració dels tres drets anteriors, i l'associació Red UNE, per vulneració del dret a la pròpia imatge, així com al pagament de distintes indemnitzacions.

Totes les parts formularen recurs d'apel·lació davant la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de les Illes Balears, que estimà en part els recursos, tot confirmant mitjançant Sentència de 28 d'abril de 2016 l'existència d'intromissió il·legítima en els tres drets fonamentals esmentats, i afegint, igualment, que l'associació Red UNE havia vulnerat també el dret a l'honor del demandant.

Els demandats interposaren recursos de cassació, que s'estimaren per la Sala Civil del Tribunal Suprem mitjançant Sentència de 23 de novembre de 2017. En aquesta s'entenia que prevalia, davant els drets del demandant, la llibertat d'informació, la finalitat essencial de la qual era denunciar una activitat de licitud dubtosa que podia suposar riscos, tant directament per a la salut pública, com relacionats amb la pròpia influència negativa en la llibertat individual dels clients potencials.

Finalment, el demandant va deduir recurs d'empara constitucional per vulneració dels drets referits i tutelats per l'art. 18.1 CE, fet que acabà en una sentència del TC

d'estimació parcial del recurs i, igualment, en la declaració de nul·litat de la STS i confirmant la de l'Audiència Provincial de les Illes Balears, estrictament amb relació a l'estimació de les vulneracions dels drets fonamentals del demandant per la mercantil Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S.A., i la fixació de la quantia d'indemnització imputable a l'entitat esmentada.

En el recurs d'empara, òbviament, es planteja el conflicte entre els drets que tutela l'art. 18.1 CE i el dret a la lliure comunicació d'informació veraç per qualsevol mitjà de difusió que reconeix el seu art. 20.1.d). Tot i que existeix una doctrina constitucional consolidada sobre la qüestió, a més d'haver-hi precedents relatius a l'anàlisi de la tècnica periodística en concret denominada de «càmera oculta», aquesta Sentència destaca per la seva extensió i recopilació sistemàtica dels requisits i circumstàncies que modulen i perfilen ambdós drets en conflicte, potser precisament perquè al final s'arriba al resultat estimatori de l'empara constitucional sol·licitada.

El resum d'aquesta doctrina, àmpliament esmentada en els fonaments jurídics de la Sentència, es concreta en el fet que el judici constitucional d'aquesta tècnica periodística exigeix una anàlisi específica de proporcionalitat, que es projecta sobre l'existència o no de mitjans menys intrusius d'obtenció de la informació, i no sobre l'interès general o la rellevància pública dels fets sobre els quals es vol informar, que si no existissin no podria justificar la publicació de la informació, amb independència de com s'hagués obtingut.

En aquest sentit, la rellevància pública d'una informació pot justificar-ne la publicació, però només la manca de mitjans menys intrusius per obtenir-la pot justificar que s'utilitzin tècniques altament intrusives en la intimitat i la imatge de les persones. Es reforça aquesta consideració general amb la cita extensa i detallista de la doctrina del Tribunal Europeu de Drets Humans, i seguidament el TC passa a considerar les circumstàncies específiques de l'exercici de la llibertat d'informació del cas, per confrontar-les amb els drets al·legats pel demandant.

La STC considera que la Sala Civil del TS no va ponderar adequadament els drets en conflicte. Així, malgrat que la finalitat dels reportatges i programes era difondre informació d'interès general sobre pràctiques fraudulentas i d'intrusisme professional en l'àmbit de la salut, aquesta finalitat es va desnaturalitzar quan es va centrar en l'actuació d'una persona en concret, sense que tampoc el material obtingut i difós amb la gravació clandestina no permetés concloure que el demandant estigués realitzant pràctiques clarament intrusives. Més encara quan, en les imatges difoses, mai no s'arribaren a mostrar cap tipus d'aquestes pràctiques i, així mateix, en centrar-se els programes televisius en difondre un material que no era concloent per si mateix i escassament rellevant per contribuir a un debat general.

D'aquesta manera, i a part de mancar el consentiment previ per realitzar la gravació en la seva consulta professional, es produeix una intromissió en la intimitat del demandant i la seva divulgació va constituir un exercici desproporcionat de la llibertat d'informació. El TC recorda així que no es pot obviar la circumstància que la informació s'obtingués de manera subreptícia en un àmbit privat com és una consulta professional, on es desenvolupen relacions d'aquesta naturalesa que estan també protegides pel dret a la intimitat, i en les quals, en conseqüència, també existeix una expectativa legítima de resguard davant una intromissió de tercers.

Per tant, això també afecta el dret a la pròpia imatge, ja que el demandant va ser privat del dret a decidir, per consentir o impedir la seva reproducció, tant del seu aspecte físic com de la seva veu que el fan identificable plenament com a persona. Per això el TC va tenir en consideració que no només es va informar sobre la seva identitat, sinó també el fet que la seva imatge i la seva veu es varen difondre sense cap distorsió.

La vulneració del dret a l'honor es declara no tant per la utilització de càmera oculta ni per la difusió de les imatges obtingudes amb aquesta tècnica, sinó per la manera en què es va presentar la informació i per les afirmacions que realitzaren els autors en els programes televisius. El TC constata que l'emissió de les imatges es va acompanyar d'informacions manipulades a través d'una veu en *off*, amb afirmacions sobre un pretès intrusisme professional i sobre suposades inclinacions sexuals del demandant. Exposa així que, aquestes afirmacions i expressions, al marge de la seva veracitat o no, no pertocaven per transmetre informació de rellevància pública i varen convertir la personalitat del demandant en el vertader eix de la notícia.

Més enllà del vessant jurídic del contrast de l'abast dels drets constitucionals en conflicte, regulats respectivament en els art. 18 i 20 CE, aquesta Sentència ens serveix igualment per reflexionar sobre un altre debat des del vessant sociològic, que en part s'esmuny de les consideracions del fiscal en el recurs. Al nostre entendre, molt encertadament, exposa que el caràcter ocult del mitjà utilitzat respon a una provocació prèvia del periodista intervinent, esdevenint el vertader motor de la notícia. La finalitat de rellevància pública queda molt debilitada i es potencien contràriament, en el tractament de la notícia, altres aspectes aliens a dita finalitat, més propis d'una informació de naturalesa superficial caracteritzada per una certa banalització i trivialització en l'exposició i l'anàlisi del tema, més pròpia del manteniment de quotes de pantalla que de la consecució de fins democràticament rellevants com és el de la formació d'una opinió pública lliure.

L'actuació periodística, a criteri del fiscal, no pot quedar emparada, en aquestes circumstàncies, en una etiqueta de «periodisme d'investigació», i evidencia l'absència de tot intent rigorós, seriós i planificat, d'investigació periodística. En el cas, i així ho constata la Sentència que atorga l'empara, el resultat obtingut i la finalitat perseguida es podrien haver aconseguit mitjançant la utilització d'altres mitjans alternatius més respectuosos amb el dret a la intimitat que es trobaven a l'abast del periodista. El fiscal arriba a posar de manifest igualment que es tergiversaren afirmacions sobre fets com que el demandant es fes passar per metge; quan en les actuacions judicials es va demostrar que els autors dels reportatges ocultaren l'expressió rotunda del demandant del fet que no era metge i que es valia de l'ajuda d'aquests professionals, limitant-se a fer tasques d'acompanyament.

En definitiva, també des d'una perspectiva sociològica, la Sentència permet arribar a la conclusió d'acord amb la qual, per molt que es pugui tenir una determinada opinió sobre la dubtosa pràctica professional d'una persona o de les seves inclinacions, l'art. 20 CE no empara un suposat periodisme d'investigació que se situa al nivell propi de qualsevol programa televisiu de xafardeig. En els mateixos fonaments jurídics de la STC s'hi troba una frase que potser resumeix, des d'una perspectiva constitucional, el que intentam transmetre: amb el pretext de realitzar una denúncia o contribuir a un debat general no es pot fer escarni d'una persona.

Jaume Munar Fullana

## El Tribunal Constitucional avala la selecció i el nomenament de policies locals amb caràcter d'interinitat

*Sentència del Tribunal Constitucional núm. 106/2019, de 19 de setembre (Ple), dictada en la qüestió d'inconstitucionalitat núm. 1461-2019, plantejada per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (ponent: Sr. Enríquez Sancho).*

Plantejament de la qüestió: la reserva de l'exercici d'autoritat al personal funcionari de carrera exclou al personal funcionari interí? La funció de policia local només pot ser exercida pel personal funcionari de carrera?

La possibilitat que la funció de policia local fos exercida per personal funcionari interí havia estat pacífica a partir de la Sentència del Tribunal Suprem (Sala Tercera) de 12 de febrer de 1999, dictada en un recurs de cassació en interès de llei, en la qual es fixava com a doctrina legal que davant situacions d'urgent necessitat, complint prèviament les previsions legals, i amb el caràcter temporal implícit en el mateix concepte, es podien convocar places de policia local per ser cobertes en règim d'interinitat.

En el moment en què es va dictar aquella Sentència, vigia l'apartat 2 de l'art. 92 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, que disposava el següent: «Són funcions públiques, el compliment de les quals queda reservat exclusivament a personal subjecte a l'estatut funcional les que impliquin exercici d'autoritat [...] i, en general, aquelles que, en desplegament d'aquesta Llei, es reservin als funcionaris per garantir l'objectivitat, imparcialitat i independència en l'exercici de la funció».

Aquest precepte es va modificar mitjançant la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local, i va ser substituït per l'apartat 3 del mateix art. 92, que actualment estableix el següent: «Correspon exclusivament als funcionaris de carrera al servei de l'Administració local l'exercici de les funcions que impliquin la participació directa o indirecta en l'exercici de les potestats públiques o en la salvaguarda dels interessos generals. Igualment són funcions públiques, el compliment de les quals queda reservat a funcionaris de carrera, les que impliquin exercici d'autoritat, i en general, les que en desplegament

d'aquesta Llei es reservin als funcionaris per a la millor garantia de l'objectivitat, la imparcialitat i la independència en l'exercici de la funció.»

El fet que la nova redacció atribueixi la reserva de funcions en exclusiva «als funcionaris de carrera», enlloc d'atribuir-la «al personal subjecte a l'estatut funcionarial», va obrir novament el debat sobre si les funcions de policia local, que impliquen necessàriament l'exercici d'autoritat, podien continuar sent exercides, en determinades condicions, per personal funcionari interí o si, per contra, la modificació introduïda en la Llei reguladora de les bases del règim local l'any 2013 implicava l'exclusió del personal funcionari interí de les funcions reservades al personal funcionari de carrera i, en particular, de les que impliquen exercici d'autoritat (policies locals).

Diverses entitats representatives del col·lectiu de policies locals varen interposar recursos contenciosos administratius davant els jutjats i els tribunals superiors de justícia de diverses comunitats autònomes en què es discutia la formació de borses per a la selecció de personal funcionari interí i, a les Illes Balears, es va presentar un recurs davant la Sala Contenciosa Administrativa contra determinats articles (del 166 al 173) del Decret 28/2015, de 30 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament marc de coordinació de les policies locals de les Illes Balears, amb l'argument que l'exercici d'autoritat havia quedat reservat al personal funcionari de carrera després de la modificació de la Llei reguladora de les bases del règim local de 2013.

En defensa d'aquesta norma reglamentària, l'Advocacia de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears va argumentar que l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local s'havia d'interpretar en consonància i harmonia amb el que disposa l'art. 10.1 de l'Estatut bàsic de l'empleat públic, d'acord amb el qual el personal funcionari interí es nomena, per raons expressament justificades de necessitat i urgència, i quan es donen les circumstàncies legalment previstes, per complir les funcions pròpies del personal funcionari de carrera.

Així mateix, s'havia de tenir en compte que l'art. 41 de la Llei 4/2013, de 17 de juliol, de coordinació de les policies locals de les Illes Balears, estableix la previsió que, per al supòsit en què els llocs de feina no es puguin proveir amb personal funcionari de carrera, i per raons expressament justificades de necessitat i urgència que s'han d'acreditar en l'expedient corresponent, aquests els pot ocupar personal funcionari interí nomenat per realitzar funcions pròpies del personal funcionari de carrera, sempre que es doni alguna de les circumstàncies previstes legalment.

L'aplicació sistemàtica d'aquestes normes portava el representant processal de l'Administració a considerar que, quan una norma legal atribueix en exclusiva determinades funcions al personal funcionari de carrera, no exclou el personal

funcionari interí, sinó que exclou el personal laboral (fix o temporal) i el personal eventual, com també la possibilitat d'externalitzar aquelles funcions. Confluïa en aquesta conclusió la previsió continguda en la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, l'art. 15.1 de la qual estableix expressament que és personal funcionari interí el que, en virtut d'un nomenament legal, s'incorpora a l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears mitjançant una relació professional de caràcter temporal, regulada estatutàriament i subjecta a dret públic, per dur a terme amb caràcter temporal les funcions reservades al personal funcionari de carrera.

### **Els pronunciaments previs del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears i dels jutjats contenciosos administratius de Palma**

La Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears de dia 30 de novembre de 2016 no va recollir les tesis de l'Administració i va concloure que els art. 166 a 173 del Reglament marc de coordinació de les policies locals de les Illes Balears estaven viciats de nul·litat radical pel fet que desplegaven la previsió establerta en l'art. 41 de la Llei 4/2013, de 17 de juliol, sense tenir en compte la reforma posterior de l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local efectuada per la Llei 27/2013, de 27 de desembre. La tesi de la Sentència era que l'art. 41 de la Llei autonòmica quedava tàcitament derogat per aquesta reforma i que no es podia acceptar que l'exercici de funcions d'autoritat, com són les exercides pels agents de policia local, poguessin ser exercides per policies locals en règim d'interinitat, atesa la reserva d'aquestes funcions al personal funcionari de carrera.

Contra aquesta decisió es va presentar un recurs de cassació, que va ser admès pel TS. En aquell moment, també es tramitava un altre recurs de cassació sobre la legalitat o no de l'exercici de funcions de policia local amb caràcter d'interinitat referida a un municipi del País Basc, procés en el qual no resultava afectada cap llei autonòmica, per manca de regulació de la qüestió per part de la legislació basca, a diferència de les Illes Balears.

Mentrestant, el Govern de les Illes Balears va aprovar el Decret Llei 1/2017, de 13 de gener, de modificació de la Llei 20/2006, de 15 de desembre, municipal i de règim local de les Illes Balears, i de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, i de mesures en matèria de coordinació de les policies locals de les Illes Balears. En la disposició transitòria primera, aquest Decret Llei establia un procediment extraordinari d'accés a les

plantilles de les policies locals de les Illes Balears i, en la segona, la possibilitat que els ajuntaments creassin borses de personal funcionari interí fins a la finalització del procés extraordinari d'accés previst en la disposició transitòria anterior.

A l'empara d'aquest Decret llei, durant l'any 2017 diversos municipis varen convocar proves selectives per formar borses de policies locals per ser cridats en règim d'interinitat, i l'Advocacia de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears va intervenir en procediments judicials en relació amb les convocatòries de diversos municipis de les Illes Balears (Binissalem, Eivissa, Llubí i Muro), com també de l'Escola Balear d'Administració Pública, que es varen tramitar davant els tres jutjats contenciosos administratius de Palma. Les sentències que se'n varen derivar, seguint unànimement la doctrina del Tribunal Suprem fixada l'any 1999, entenien conforme a dret que personal funcionari interí exercís funcions de policia local, tot i la modificació posterior de l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local.

### **El plantejament de la qüestió inconstitucionalitat**

Contra tres d'aquestes sentències l'entitat recurrent va interposar recurs d'apel·lació davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, amb el resultat següent: respecte de la del municipi de Muro, la Sala va assumir els arguments del Jutjat i dels demandats i va confirmar la sentència d'instància (Sentència de la Sala de dia 7 de gener de 2019); en canvi, quant al municipi de Llubí i abans de dictar-ne sentència, la Sala va plantejar una qüestió d'inconstitucionalitat davant el Tribunal Constitucional. Respecte del municipi d'Eivissa, en va suspendre el procediment, en espera del resultat de la qüestió d'inconstitucionalitat formulada en l'altre procediment. Resolta la qüestió d'inconstitucionalitat mitjançant la Sentència que és objecte d'aquest comentari, la Sala va dictar sentència quant al municipi de Llubí, assumint, com no podia ser d'altra manera, els arguments del Tribunal Constitucional (Sentència de dia 26 de novembre de 2019) i l'entitat recurrent va formular desistiment quant al recurs interposat respecte del municipi d'Eivissa.

La qüestió d'inconstitucionalitat va tenir per objecte l'art. 41 de la Llei 4/2013, de 17 de juliol, i la disposició transitòria segona del Decret llei 1/2017, de 13 de gener, en la mesura que regulaven la possibilitat de prestació interina de les funcions de policia local, en determinades circumstàncies, pel fet d'entendre que aquesta regulació vulnera la previsió continguda en l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local en la nova redacció feta per la Llei 27/2013, ja esmentada.

Abans que el TC es pronunciàs, el 14 de juny de 2019 el TS va dictar sentència en el recurs de cassació referit al nomenament de policies interins del municipi del País Basc, en la qual decidia modificar el criteri mantingut en la Sentència de 12 de febrer de 1999, per raó del canvi legislatiu, i conclouïa que, després de la modificació de l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, ja no resultava conforme a dret el nomenament d'agents de policia local en règim d'interinitat, amb la qual cosa mantenia el criteri de les sales contencioses administratives del País Basc i de les Balears.

Per contra, mitjançant una sentència de dia 18 de juny de 2019 dictada en el recurs de cassació formulat contra la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, atès que afectava legislació autonòmica balear, el TS va concloure que la situació en aquesta comunitat autònoma no era la mateixa, i que no es podia considerar desplaçada la legislació autonòmica en virtut d'una modificació legislativa estatal posterior, per la qual cosa va anul·lar la Sentència, amb l'argument que el que hauria estat procedent era la interposició prèvia d'una qüestió d'inconstitucionalitat, ja que només el TC pot declarar la inaplicació d'una llei per inconstitucionalitat sobrevinguda.

D'aquesta manera, els art. 166 a 173 del Decret 28/2015, de 30 d'abril, referits al personal funcionari interí, mantenen actualment la seva vigència, perquè la Sentència de la Sala que en declarava la nul·litat radical va ser anul·lada pel Tribunal Suprem.

### **La interpretació definitiva del Tribunal Constitucional: viabilitat de la figura dels policies interins**

El debat es resol definitivament mitjançant la STC de 19 de setembre de 2019 dictada en la qüestió d'inconstitucionalitat núm. 1461-2019, plantejada per la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, referida al municipi de Llubí.

El TC, a més del posicionament de la Sala de les Illes Balears, analitza també la STS de 14 de juny de 2019 referida al País Basc, i examina si existeix una contradicció efectiva i insalvable per la via interpretativa entre el precepte estatal bàsic (art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local) i els preceptes autonòmics enjudiciats, la qual cosa considera que depèn de la interpretació del precepte estatal. Si s'interpreta com una reserva absoluta de determinades funcions al personal funcionari de carrera, amb exclusió del personal interí, les normes autonòmiques qüestionades serien inconstitucionals. Si, per contra, s'interpreta com

una reserva al personal funcionari, sense excloure el personal interí, els preceptes autonòmics seran constitucionals.

La Sentència analitzada acull les tesis de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i conclou el següent:

- La interpretació restrictiva de l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local seria contradictòria amb aquesta mateixa Llei, la qual, en el punt 7 de l'art. 92 bis —introduït també per la Llei 27/2013, de 27 de desembre— preveu la possibilitat de nomenar personal funcionari interí per a l'exercici de funcions pròpies del personal funcionari de carrera amb habilitació de caràcter nacional.
- Aquesta mateixa interpretació de l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local, atesa l'amplitud de funcions que aquest article reserva al personal funcionari de carrera —que no són només les d'exercici d'autoritat— implicaria establir una norma prohibitiva del nomenament de personal funcionari interí per a totes aquelles funcions i impediria no només el nomenament de policies locals amb caràcter d'interinitat, sinó en general el de personal per a qualsevol cos o escala de les entitats que integren l'Administració local.
- Una reforma de tanta importància i transcendència per al funcionament ordinari de l'Administració local hauria d'anar precedida d'informes, debats i disposicions transitòries per als llocs coberts amb personal funcionari interí en el moment en què va començar a vigir la modificació, i res d'això no es va produir.
- Un canvi d'aquesta significació i repercussió s'hauria d'haver plasmat en la norma d'una manera més clara i terminant; a més, la modificació de l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local permet una explicació sistemàtica, atesa l'equiparació general dels «funcionaris de carrera» com a «funcionaris públics» pròpia de tota la regulació continguda en aquesta Llei, sense que amb això exclogui el personal funcionari interí.

D'aquesta manera, el Tribunal Constitucional recupera l'harmonia del model funcional de les administracions territorials i evita que, amb una petita modificació legislativa que ni tan sols apareix explicitada en l'exposició de motius, es produeixi un canvi de model per a les administracions locals, respecte de les administracions estatal i autonòmiques, les quals, atesa la regulació continguda en l'Estatut bàsic de l'empleat públic, i també en la Llei de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, que reconeixen que el personal funcionari interí es nomena per exercir funcions «pròpies» del personal funcionari de carrera —art. 10.1 TREBEP (Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic)— o «reservades» a aquest personal —

art. 15.1 de la Llei autonòmica de funció pública—, poden permetre, sense cap mena de dubte, que el personal funcionari interí, estatal i autonòmic, accomplèixi funcions pròpies dels funcionaris de carrera o reservades a aquests funcionaris, inclòs l'exercici d'autoritat.

La diferenciació de model funcional local que suposaria la interpretació restrictiva de l'art. 92.3 de la Llei reguladora de les bases del règim local no només no tindria sentit —en els termes genèrics que conté el precepte esmentat—, perquè suposaria impedir a la pràctica la interinitat a les administracions locals que sí és permesa a les altres administracions, sinó que els resultaria molt perjudicial i podria provocar greus problemes de gestió dels recursos humans, especialment les entitats més petites. És per això que la doctrina establerta per la Sentència del Tribunal Constitucional comentada resulta tan important per a l'organització i el funcionament de les entitats locals.

Lourdes Aguiló Bennàssar

## Validació de la potestat i causa expropiatòria prevista en la Llei 13/2018, de 28 de desembre, de camins públics i rutes senderistes de Mallorca i Menorca

*Sentència del Tribunal Constitucional (recurs d'inconstitucionalitat)  
núm. 116/2019, de 16 d'octubre (Ple) (ponent: Sra. Roca Trías).*

Un grup de diputats del grup parlamentari popular en el Congrés va promoure recurs d'inconstitucionalitat contra l'art. 50 de la Llei 13/2018, de 28 de desembre, de camins públics i rutes senderistes de Mallorca i Menorca (LCPRS). El precepte impugnat conté la regulació dels efectes dels plans especials i dels projectes de rutes senderistes, instruments previstos en la mateixa norma legal.

El primer dels apartats de la norma determina que als efectes del que preveu la legislació en matèria d'ordenació del territori i urbanisme, l'aprovació dels plans especials o projectes de rutes senderistes, quan obtenen l'homologació provisional, duu implícita la declaració d'utilitat pública dels terrenys necessaris per a la seva execució, així com de les obres, de les instal·lacions i dels serveis que s'hagin previst de manera concreta. Seguidament, l'apartat segon indica que, preferentment, la disponibilitat dels terrenys necessaris derivarà de l'alienació o cessió voluntària de les persones titulars, mitjançant convenis, implantació de servituds de pas, contractes de compravenda o altres mecanismes vàlids en dret.

Els recurrents entenen que la norma impugnada permet il·lícitament l'ús de la tècnica expropiatòria, considerant que la causa expropiandi que ha establert el legislador balear no està justificada degudament, amb infracció dels requeriments de l'art. 33.3 CE. Aquesta és la qüestió central que aborda l'anàlisi de la STC, des d'una triple perspectiva que assenyalarem a continuació.

En primer lloc, es fa una anàlisi de conjunt dels objectius que declara l'exposició de motius de la LCPRS, per posar-los en connexió amb les definicions que conté l'articulat de la norma sobre els camins públics i les rutes senderistes, així com, naturalment, amb les previsions del precepte en concret que és objecte del recurs, l'art. 50. A continuació, la Sentència dedica un extens fonament jurídic a recordar la seva doctrina constitucional sobre l'apartat 3 de l'art. 33 CE, i més particularment en allò que es refereix a la garantia d'establiment de la causa d'utilitat pública o interès social que justifiqui l'ús de la potestat expropiatòria.

Tanmateix, en aquest aspecte, la Sentència recorda que la definició de la concreta causa és una competència que no es pot dissociar d'aquella que correspon a cada poder públic per a la determinació i compliment de les seves polítiques sectorials. És aquesta legislació sectorial, sigui estatal o autonòmica, la que d'acord amb cada interès públic defineix els supòsits d'expropiació i permet posar en marxa el procediment expropiatori regulat en la legislació estatal sobre la matèria.

La causa expropiandi és així el primer requisit legitimador, i proporciona el suport que justifica qualsevol mesura d'expropiació forçosa. Ara bé, la CE no imposa que declaració d'utilitat pública o interès social es trobi prèviament i genèricament emparada en una llei general que inclogui un catàleg taxat dels fins que legitimen l'expropiació. No és una institució unitària, sinó que té caràcter instrumental d'allò que, en cada moment, reclami la utilitat pública o l'interès social d'acord amb la dimensió social de la propietat privada. Centrada d'aquesta manera la qüestió, la STC avala la regulació de l'art. 50 LCPRS, des del vessant del compliment dels requisits que deriven de l'art. 33.3 CE i de la doctrina constitucional esmentada, d'acord amb les consideracions que conté l'extens fonament jurídic quart.

Aquest aval parteix de l'exposició dels principis generals de la LCPRS que deriven del conjunt del seu articulat. Principis relatius, entre d'altres, a la recuperació del patrimoni viari tradicional i el seu entorn; a la integració dels aspectes d'oci, socials i culturals amb els mediambientals i les activitats econòmiques agrícola, ramadera, silvícola i cinegètica; a la definició d'un marc normatiu d'ús del camins d'acord amb la seva naturalesa en el medi rural i la prohibició d'usos incompatibles; a l'ordenació de la pràctica de l'excursionisme mitjançant la protecció i la conservació dels recursos naturals, culturals i etnològics, o a incentivar el gaudi del medi natural a persones de qualsevol condició o circumstància personal o social.

Així, els plans i projectes a què es refereix l'art. 50 de la Llei, en relació amb els objectius, permeten que el legislador balear defineixi una sèrie de finalitats públiques connectades amb l'interès general. Les finalitats es relacionen fonamentalment amb la necessitat de garantir una utilització adequada de les rutes, que permetin un ús públic compatible amb la preservació dels valors naturals, culturals i etnològics propis, i que faciliten una sensibilització ambiental en apropar la població a la naturalesa i al medi rural en general. El legislador balear ha decidit així disposar d'unes finalitats legítimes, en el si de les polítiques sectorials de la seva competència, que expressen uns interessos socials fixats en abstracte i que justifiquen que, per a la seva consecució i en els termes que preveu la norma, es pugui fer ús de la potestat expropiatòria.

S'ha de dir que, tot i que en els fonaments de dret la Sentència no faci al·lusió als títols habilitants específics de les polítiques públiques, es dedueix que concorden amb els que va invocar l'Advocacia de la Comunitat Autònoma en els termes que figuren en els antecedents. En concret, es referiria a les competències en matèria d'ordenació del territori, camins, esport i oci, patrimoni cultural i paisatgístic, ordenació i promoció turística, i protecció del medi ambient i espais naturals protegits; tots ells previstos en l'art. 30 EAIB.

A tot això, la Sentència afegeix algunes consideracions addicionals a la causa principal acabada d'exposar per a la desestimació del recurs.

En aquest sentit, al·ludeix en primer lloc al fet que la definició o conformació legal de les rutes senderistes que conté la LCPRS suposa que recorren preferentment per camins públics o finques públiques; i que, quan ho hagin de fer per terrenys privats, opta per un ús de la potestat expropiatòria que té un caràcter excepcional o residual, conferint també preferència als mecanismes d'acord o concertació amb els particulars. Aquesta breu consideració que recull la Sentència és un argument reiteratiu i extens que va utilitzar igualment l'Advocacia de la Comunitat Autònoma en la defensa de la constitucionalitat de la norma, però que al nostre entendre podrà derivar en una problemàtica pràctica en la seva aplicació.

Certament en el nivell operatiu la conformació legal disposa, taxativament, que sempre és preferent articular la disponibilitat de terrenys de titularitat privada a través de fórmules voluntàries, abans d'arribar a la utilització de la potestat expropiatòria. Així es dedueix de la lectura *in fine* de l'apartat 2, en connexió amb l'apartat 1, de l'art. 50 de la Llei. La Sentència afegeix, com a argument d'aval de la seva constitucionalitat i per remissió a la doctrina precedent ja consolidada, el fet que és habitual i raonable que les pretensions adquisitives del poder públic es procurin articular amb els instruments jurídics menys onerosos per als particulars, utilitzant el negoci jurídic privat abans que les facultats d'imperi com és l'expropiació, que s'haurà de desplegar només quan l'interès públic ho demani raonablement.

Si les coses són efectivament així, l'opció de regulació autonòmica que s'ha escollit comporta una limitació directa als òrgans administratius que duguin a terme l'execució de la norma legal. Gairebé ineludiblement, se'ls veta l'ús directe de la potestat expropiatòria sense que abans no s'acrediti, en principi a través d'algun tipus d'expedient administratiu, que s'han dut a terme els intents de formalització amb els particulars d'alguna de les fórmules d'alienació voluntària o de concertació que determina l'art. 50.2 LCPRS. Amb això no estam dient que la conformació no sigui vàlida, però potser s'ha introduït d'una manera involuntària pel legislador.

Si s'hagués previst simplement la potestat expropiatòria de manera directa, això tampoc no impediria que l'òrgan administratiu no pogués voluntàriament intentar abans mesures d'adquisició o concertació amb els particulars, tal com diu la doctrina constitucional, mantenint però la possibilitat alternativa d'iniciar l'expedient d'expropiació de manera immediata. Paradoxalment, aquest plantejament més àgil i operatiu és el que acull expressament l'art. 27 de la mateixa Llei pel que fa als plans directors sectorials i plans especials de camins (que no de rutes senderistes), en la qual l'opció d'expropiació és directa i la concertació voluntària és merament alternativa.

Per contra, la conformació legal que acull la norma en l'article 50 per als plans especials o projectes de rutes senderistes, implícitament o indirectament, obligarà l'òrgan administratiu a acreditar els intents de concertació voluntària com a requisit previ a la utilització de la potestat d'expropiació. D'aquest factor, potser se n'haurà de ser ben conscient, ja que com bé recorda la Sentència, tot i que és constitucional la declaració d'utilitat pública que preveu la LCPRS, això no comporta que l'actuació administrativa d'aplicació de la Llei no es pugui recórrer pels propietaris afectats, a fi que la jurisdicció ordinària pugui controlar si, en un cas en concret i d'acord amb les seves característiques específiques, s'ha fet un ús lícit de la previsió legal. Al nostre entendre, l'ús lícit de la previsió legal exigirà en aquests casos l'acreditació preliminar de la impossibilitat d'haver assolit alguna de les fórmules preferents que determina l'art. 50.2 de la Llei amb aquest caràcter, com hem exposat.

Un altre breu argument addicional que afegeix la STC és el fet que, en el cas dels plans especials de rutes senderistes, la finalitat d'utilitat pública es troba també implícita atès el seu caràcter d'instrument d'ordenació, tal com disposa la normativa autonòmica en matèria territorial i urbanística, i que no ha estat qüestionada. Certament la Sentència fa una menció expressa a aquesta legislació autonòmica, en concret a la Llei 14/2000, de 21 de desembre, d'ordenació territorial de les Illes Balears, i a la Llei 12/2017, de 29 de desembre, d'urbanisme de les Illes Balears. Tot i que de manera molt subtil el TC ens indica que aquest argument addicional, al qual tan sols hi dedica tres línies, només seria vàlid en el cas dels plans especials, com a instruments d'ordenació; no per als projectes de rutes senderistes atès que no estan regulats a cap de les dues normes legals abans al·ludides, sinó en la mateixa LCPRS.

L'argument anterior ens serveix en qualsevol cas per posar de relleu una consideració final sobre la importància de la Sentència, però que no es pot explicar

sense que abans no es posi de relleu un aspecte concret, i en certa forma estrambòtic, de la tramitació parlamentària de la norma autonòmica.

Comencem per fer notar una peculiaritat en la redacció de l'art. 50 que ha estat objecte del recurs d'inconstitucionalitat: els seus termes literals fan que haguem d'entendre que la potestat expropiatòria és implícita. Efectivament, la paraula «expropiació» o l'expressió usual que utilitzen les lleis sectorials «a l'efecte del que preveu la legislació sobre expropiació forçosa» no figuren en el text. Per tant, només podem entendre per deducció que la «implícita declaració d'utilitat pública» que esmenta i que s'associa a l'aprovació dels plans especials o projectes de rutes senderistes, al seu torn, també es vol associar a l'efecte del que preveu la legislació sobre expropiació forçosa.

La LCPRS s'aprova a partir d'una proposició de llei instada pel Consell Insular de Mallorca, en el text inicial de la qual el redactor de la iniciativa deixava perfectament clarificat, ja des de l'exposició de motius, que les aprovacions dels plans directors sectorials i els plans especials de camins, així com els plans especials i projectes de rutes senderistes implicaven la declaració d'utilitat pública a l'efecte del que preveu la legislació sobre expropiació forçosa. A més de l'exposició de motius, es reiterava aquesta expressió altres vegades en l'articulat de la proposició de llei, i en concret en l'art. 26 (després l'art. 27 de la llei); i en l'art. 49 (finalment l'art. 50 objecte del recurs), a banda que en dit art. 49 es conformava l'expropiació com a fórmula directa i no subsidiària implícitament.

En el text finalment aprovat, s'elimina de l'exposició de motius i dels articles esmentats qualsevol menció als termes «expropiació» o «legislació d'expropiació forçosa»; i això pel fet que en els tràmits parlamentaris el text es va esmenar, pretesament per tal d'evitar que s'utilitzés aquella potestat en l'execució i implementació de la llei. Aquesta és l'explicació que s'ha de deduir del que ens diuen les hemeroteques, les quals ens donen notícia que, davant les reivindicacions d'una influent associació de propietaris de finques, el Consell Insular de Mallorca, promotor de la proposició de llei, es va comprometre a instar la presentació d'esmenes en els tràmits legislatius «rebaixant» l'articulat, tot suprimint la menció a la legislació d'expropiació, canviant-la per l'actual i estranya remissió als efectes de la legislació territorial i urbanística, i apostant pels sistemes de cessió voluntària i de convenis.

Les intervencions del Diari de Sessions palesen un debat parlamentari molt intens sobre la qüestió expropiatòria. Les dels portaveus dels grups polítics que donaven suport a la iniciativa esmenada, transmetien gairebé una plena convicció del fet que, amb les esmenes introduïdes, en la pràctica no es faria ús de la potestat expropiatòria. Per contra, les intervencions dels representants d'altres grups

exposaven la seva discrepància amb l'ús d'aquesta potestat, indicant que les esmenes en realitat realitzaven una simple operació de maquillatge sobre la qüestió, ja que l'expropiació s'entenia com una potestat implícita.

Finalment la STC ha pogut aclarir de manera indirecta la qüestió tan polèmica en la tramitació de la LCPRS. Així, independentment que la voluntat dels grups polítics que donaren suport a la iniciativa esmenada fos la d'eliminar l'institut expropiatori o no, segons el TC resulta evident que la implícita declaració d'utilitat pública dels terrenys necessaris per executar els plans especials o projectes de rutes senderistes a què es refereix el seu art. 50 ho és, tal i com postulava el grup de diputats recurrents, també implícitament, a l'efecte d'allò que preveu la legislació sobre expropiació forçosa. La Sentència avala així que la LCPRS és una llei sectorial habilitada per definir la causa d'expropiació, i també que pel que fa als projectes de rutes senderistes en permet l'expropiació dels terrenys necessaris per a la seva execució, ja que tals projectes no tenen associada una declaració d'utilitat pública a dit efecte en la legislació territorial i urbanística.

Jaume Munar Fullana

## Modificació de la capacitat i divorci. L'Alzheimer d'un dels membres acaba afectant tota la família

*Sentència de la Secció Quarta de l'Audiència Provincial de Balears núm. 82/2019, de 14 de març (ponent: Sr. Oliver Koppen).*

La Sentència aborda un tema de rabiosa actualitat ja que es refereix a la situació delicada per la qual travessa una família en què conflueixen dues crisis: el divorci dels progenitors i la discapacitat que afecta el pare. El pare està divorciat en virtut d'un conveni regulador judicialment homologat i viu amb una dona. A més a més, li ha estat diagnosticat d'Alzheimer. La sentència de primera instància, dictada en un procés d'incapacitació, declara la seva discapacitat i nomena tutor el fill, malgrat que durant l'acte de la vista el malalt havia manifestat la voluntat que fos una fundació la que assumís la tutela.

En apel·lació, la persona amb la seva capacitat judicialment modificada sol·licita que es substitueixi la tutela per una curatela y que es nomeni tutora la fundació que havia designat en primera instància ja que, entén, hi pot existir un conflicte d'interessos amb el fill nomenat tutor que viu amb la mare i exesposa del discapacitat en la casa que havia estat habitatge familiar.

El tribunal de l'Audiència fa una valoració de la prova, especialment de l'informe forense practicat en segona instància, per arribar a la conclusió que la incapacitat no és parcial, com es sosté en el recurs, sinó total. Hi havia una certa contradicció entre l'informe forense de primera instància i el practicat a l'alçada, ja que en el primer es feia referència, en certs ítems relatius a la malaltia, a una afectació lleu. Però com bé explica la sentència d'apel·lació, aquesta al·legada contradicció no seria tal des del moment en què el pas del temps no fa sinó empitjorar els símptomes d'Alzheimer en el pacient, i el temps passat entre una i altra pericial pot explicar bé la diferència en el grau de desenvolupament de la malaltia detectat pels informes forenses.

Pel que fa al nomenament de tutor, la Sentència opta per mantenir el del fill malgrat tenir constància de la voluntat del discapacitat que es designés una entitat, voluntat manifestada en ocasió d'una de les compareixences del pare davant el jutge. El discapacitat fonamentava la petició en el respecte a la seva voluntat, manifestada amb plenes garanties, en el si del procés judicial d'incapacitació, i en el conflicte d'interessos que es podria produir amb el fill donat que aquest vivia amb la seva mare en el que havia estat el domicili familiar.

Pel que fa al primer punt, l'argumentació denegatòria del tribunal és doble, material i formal. Materialment el que diu l'Audiència és que el discapacitat havia expressat la seva voluntat en el curs del procés judicial, quan la seva capacitat estava ja en dubte. La validesa d'aquest argument és discutible ja que en tant no es declaràs la seva discapacitat, regia per a la persona contra la qual es seguia el procés d'incapacitació la presumpció de la seva capacitat. Aquesta presumpció que ja es recollia en el nostre ordenament jurídic (art. 10 CE, 322 Cc i 760.1 de la Llei d'enjudiciament civil) es veu reforçada avui en dia per la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, feta a Nova York el 13 de desembre de 2006, que en l'art. 1 assenyala com a propòsit de la mateixa Convenció: «[...] 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, y promover el respeto de su dignidad inherente».

Formalment el que diu la Sentència és que la voluntat de la persona tutelada no s'havia manifestat mitjançant document públic, tal com exigeix l'art. 223 Cc al qual es remet el 234 quan enumera l'ordre de preferència per al nomenament del tutor i estableix com a primer criteri la designació feta pel propi tutelat.

En efecte, el paràgraf segon de l'art. 223 Cc recull l'autotutela quan estableix que: «Asimismo, cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor».

Però la forma pública és aquí un requisit essencial o *ad solemnitatem*? En una interpretació teleològica del precepte es podria pensar que el requisit de forma pública notarial té com a finalitat garantir que la persona que nomena el seu futur tutor ho faci en plenes facultats i sense influències indegudes. Aquesta finalitat es podria complir quan la designació es fa en el si d'un procés d'incapacitació, en presència del jutge. En canvi, les possibilitats de compliment de la primera —que el declarant es trobi en plenes facultats— serien més discutibles en el procés judicial, ja que, per donar validesa a la designació, el jutge hauria de fer una valoració provisional, semblant al judici del notari, de la capacitat de la persona la tutela de qual se sol·licita i això suposaria avançar el seu parer amb el consegüent risc de pèrdua de la imparcialitat. A més a més, si la persona contra la qual es segueix el procediment no ha estat declarada incapaç, l'hem de tenir per plenament capacaç en virtut de la presumpció de la qual parlàvem en el paràgraf anterior.

Sorgeix també el dubte de si hagués estat possible que la persona contra la qual se segueix procés d'incapacitació, ja aquest instaurat, hagués pogut comparèixer davant notari i fer designació de tutor conformement al segon paràgraf de l'art. 223 Cc i aportar aquest document al procés. Fins a quin punt estaria vinculat el jutge a la voluntat així manifestada?

Per tot això ens podem demanar si no hagués estat una bona solució donar preferència a la designació feta pel tutelat, en compliment del que disposa l'art. 12.4 de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, esmentada abans: «Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona [...]».

Finalment, la part apel·lant fonamenta la seva petició de nomenament de tutor en el conflicte d'interessos pare-fill. Però, tal com es diu en la Sentència, no hi ha cap prova que el fill, de 25 anys d'edat, que viu amb la mare, tingui interessos contraposats als del pare.

Tota aquesta matèria es veurà radicalment modificada si s'aprova l'Avantprojecte de Llei de 21 de setembre de 2018 pel qual es reforma la legislació civil i processal en matèria de discapacitat que preveu un tracte preferent al «guardador de fet», en aquest cas la dona que conviu amb la persona tutelada.

Carlos Gómez Martínez

## A voltes amb el crèdit «revolving»

*Sentència de la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Balears  
núm. 117/2019, de 22 de març (ponent: Sr. Gibert Ferragut).*

El demandant havia subscrit amb l'entitat financera demandada un crèdit «revolving» amb un interès remuneratori fixat en un 22 %. Es discuteix si aquest interès és abusiu o usurari o no. La correcta comprensió d'aquesta Sentència requereix l'anàlisi de dues qüestions: el concepte de crèdit «revolving» i la possibilitat de control judicial de les clàusules que estableixen l'interès remuneratori d'un préstec.

El crèdit «revolving» o «revolvente» en castellà (rotatiu o que torna al punt de sortida) és aquell que concedeix l'entitat financera a un usuari, normalment sense exhibició de nòmina, ni prestació d'aval ni cap altra garantia, en què s'estableix una quantitat màxima de la qual el prestatari pot disposar. Si no la torna en la data fixada, anomenada «data de tall», normalment mensual, es generen interessos y es minva correlativament la quantitat de la qual el consumidor pot disposar. Si la torna puntualment, no es meriten interessos i el prestatari pot tornar a disposar de la quantitat màxima (d'aquí el nom «revolvent», que torna a la situació de partida). L'exemple típic és el de les targetes de crèdit. Aquest tipus de contracte presenta per al prestatari l'avantatge que no paga interessos per la quantitat de la qual no disposa, però té el risc d'afavorir que s'entri en un bucle d'endeutament.

En aquest tipus de contracte no hi ha interessos de demora, tots són remuneratoris, per aquesta raó, no es pot fer un control de les corresponents clàusules d'interessos per la via de la legislació de protecció de consum o de la jurisprudència desenvolupada a partir de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 14 de juny de 2012 (Mohamed Aziz) ja que l'interès remuneratori forma part del preu de contracte del qual n'és un element essencial subjecte al principi d'autonomia de la voluntat de les parts. En canvi, sí es pot aplicar als interessos remuneratoris o retributius la més que centenària Llei de 23 de juliol de 1908 sobre nul·litat dels contractes de préstecs usuraris.

Això és, precisament, el que fa la Sentència que comentem que fa aplicació al cas concret de la STS de 25 de novembre de 2015, de la qual es recorden les idees principals següents:

- (i) Per a la consideració d'un préstec com a usurari basta que hi concorrin els dos requisits establerts en el primer incís de l'art. 1 de la Llei d'usura: «que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso». No cal que es donin els altres requisits que es recullen en el mateix precepte: «o en condiciones tales que resulte aquél leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».
- (ii) Per determinar si l'interès és superior al normal dels doblers no s'ha d'acudir al legal sinó al normal i habitual, per l'establiment del qual es poden utilitzar les estadístiques publicades pel Banc d'Espanya, prenent com a base la informació que mensualment li faciliten les entitats de crèdit sobre tipus d'interès que apliquen a diverses modalitats d'operacions actives i passives que inclouen crèdits i préstecs personals fins a un any i fins a tres anys, hipotecaris a més de tres anys, comptes corrents, comptes d'estalvi, cessions temporals, etc. Quan la taxa anual equivalent (TAE) fixada en l'operació supera el doble de l'interès mitjà de les operacions de crèdit de l'època a la qual es va concedir, es considera que és usurari.

La Sala rebutja la pretensió de l'entitat financera apel·lant que es prengués en compte com a terme de comparació els tipus d'estipulats específicament pels «crèdits revolving» en certes entitats de la seva elecció i considera que ha d'estar a la doctrina del Tribunal Suprem. Ara bé, l'Audiència entén que també seria adequat acudir a la informació disponible en el capítol 19.4 del Butlletí Estadístic del Banc d'Espanya, columna 7, que recull específicament l'interès normal dels doblers específicament per a operacions de crèdit al consum, però aquesta informació no es remunta més enllà de 2013, per la qual cosa resulta inapropiat tenir-la en compte per establir comparació amb el crèdit objecte del procediment, concedit en 2007. En tot cas, la Sala es reserva la possibilitat de tenir en compte aquest índex més específic «en otros pleitos cuando la fecha del contrato lo permita».

Doncs bé, si d'acord amb les estadístiques publicades pel Banc d'Espanya, l'interès normal dels doblers era en 2007 del 8'86 %, l'interès pactat al 22,95 % mereix clarament la consideració d'usurari.

- (iii) Pel que fa al segon dels requisits, això és la desproporció respecte a les circumstàncies del cas, l'apel·lant venia insistint en les poques garanties de cobrament que els crèdits «revolving» presenten per al creditor, però l'Audiència fa aplicació de l'esmentada STS de 25 de novembre de 2015

quan estableix que «La concesión irresponsable de préstamos al consumo a tipos de interés muy superiores a los normales, que facilita el sobreendeudamiento de los consumidores y que trae como consecuencia que quienes cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos, no puede ser objeto de protección en el ordenamiento jurídico».

És important assenyalar que en dues sentències posteriors, la núm. 343/2019, de 17 de setembre, i la núm. 433/2019, de 5 de novembre, la mateixa Sala, encara que distint redactor perquè es tracta de resolucions unipersonals, sí admet la tesi que, per determinar si l'interès és el normal dels doblers o no, s'ha de tenir en compte, no l'índex general, ni el de crèdits al consum, ni cap altre confeccionat pel Banc d'Espanya, sinó el proposat per l'actora, confeccionat per ella mateixa amb base a l'interès pactat en crèdits «revolving» per cinc entitats financeres de la seva elecció. D'aquesta manera es produeix el resultat que la primera de les esmentades resolucions considera vàlid un crèdit de 2011 de 26'82 TAE i la segona un altre de 2013 de 24'51 TAE.

Es troba a faltar una referència, en aquestes dues darreres sentències, al que havia dit el tribunal sobre el mateix tema en la Sentència que aquí comentem, per explicar, mitjançant motivació reforçada, l'apartament respecte de la doctrina seguida anteriorment, encara que en boca d'un jutge únic distint.

Carlos Gómez Martínez

## No hi ha *mutatio libelli* malgrat l'augment substancial de la petició de la demanda

*Sentència de la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Balears núm. 435/2019, de 18 de juny (ponent: Sr. Ramón Homar).*

La Llei d'enjudiciament civil de 2000 (LEC) és especialment estricta en la prohibició de la *mutatio libelli* (art. 412). L'efecte combinat de l'art. 400, que concentra la càrrega d'al·legar en el moment de la demanda, i de l'art. 218, que recull els principis d'exhaustivitat i congruència de la sentència, fa que sigui difícil ampliar la petició inicial de la demanda o aconseguir que es prenguin en consideració fets nous a l'hora de resoldre el litigi.

Per això és notícia una sentència com aquesta en la qual s'admet com a al·legació complementaria, formulada en l'audiència prèvia, un increment de més d'un 300 % en la quantitat sol·licitada com a indemnització en la demanda (que passa de 15.520 € a 55.997 €).

El plet té per objecte una pretensió d'indemnització per danys causats en un immoble a conseqüència d'una excavació feta al solar veí. El perjudicat sol·licita en la seva demanda una indemnització de 15.520 €, però en el decurs del procés es produeixen dos fets rellevants: d'una banda, el pas del temps ha agreujat els danys, i, d'altra banda, la realització al solar contigu d'un mur de formigó no tan sols no ha reduït els mals sinó que els ha agreujat.

És per això que a l'audiència prèvia (després, tot s'ha de dir, d'un canvi a la direcció lletrada), la part actora, per via de les al·legacions complementàries, va sol·licitar l'ampliació de la demanda per tal que es tinguessin en compte aquests fets nous i s'augmentés l'import de la pretensió dinerària a 55.997 €.

La sentència de primera instància no va admetre aquesta ampliació de la pretensió per considerar que es tractava d'una *mutatio libelli* vedada en l'art. 412 LEC.

La sentència dictada en apel·lació considera que no hi ha alteració dels termes en els quals es va plantejar el litigi per dues raons:

- (i) No hi ha variació de la *causa petendi* ja que es mantén el fet que dona fonament a la demanda, com és que la realització d'obres al solar contigu ha produït danys a l'immoble de l'actor.
- (ii) No hi ha hagut indefensió.

Pel que fa al primer dels arguments, l'art. 426 LEC ha de ser interpretat en el sentit que són admissibles les al·legacions de modificació de pretensions sempre que reuneixin alguna de les característiques següents: 1) Consistir en una supressió o reducció de les pretensions interposades, o bé, 2) suposar l'extensió o ampliació, qualitativa i quantitativa, de les pretensions, sempre que no alterin la petició inicial, sinó que acompanyin a la mateixa per via d'aclariment, connexió o deducció.

En el cas contemplat en la Sentència hi va haver una extensió, però no per via d'aclariment ni de deducció sinó, més aviat, per connexió. Si bé això és clar pel que fa a l'augment dels danys que va ser conseqüència del pas del temps, no ho és tant pel que fa al danys que tenien el seu origen en una nova obra duita a terme pels demandats, com va ser la construcció d'un mur de contenció que no tan sols no va evitar els danys sinó que els va incrementar.

En segon lloc, pel que fa a la indefensió, és cert que el límit a la facultat de fer al·legacions complementàries es troba en el principi que veda la *mutatio libelli*, prohibició continguda en l'art. 412 LEC el qual, per la seva banda, es basa en un principi estructurador del procés civil, com és el de prohibició de tota indefensió.

És per això que la Sala assenyala: «También cabe plantearse si se ha producido indefensión a las partes demandadas, y la respuesta debe ser negativa, puesto que ante la introducción de dichos hechos, las demandadas han podido efectuar las alegaciones que han considerado oportunas y ejercitado el derecho de contradicción respecto de las pruebas presentadas sobre el particular, tanto en el acto de la audiencia previa como en esta segunda instancia». Aquest darrer incís «en esta segunda instancia» tal vegada no resulti encertat ja que l'objecte del procés, definit per les al·legacions d'actora i demandada, ha d'haver quedat ben delimitat en primera instància i no es pot ampliar en l'alçada —tan sols es pot reduir per efecte del principi que veda la *reformatio in peius*—. La segona instància no és l'àmbit adequat per contestar al·legacions fetes en l'anterior grau jurisdiccional.

Carlos Gómez Martínez

## El retracto anastasiano del Código Civil en la doctrina reciente del Tribunal Supremo

*Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 151/2020, de 5 de marzo (ponente: Sr. Díaz Fraile)*

### Introducción

La figura del retracto anastasiano reconocido en el art. 1535 del Código Civil (CC) siempre ha sido controvertida en nuestro ordenamiento jurídico. Desde el mismo concepto de «crédito litigioso», hasta los plazos extraordinariamente breves para su ejercicio, la posibilidad de extinguir el crédito cedido abonando solo lo pagado por el cesionario ha sido cuestionada prácticamente desde su propia inclusión en el ordenamiento jurídico, y no pocas veces han pugnado por su desaparición, alegando que se trata de una figura anacrónica en desuso que no está reconocida en otros ordenamientos más modernos de nuestro entorno.

No obstante, en los últimos años hemos asistido a una cierta revitalización de la institución, que trae su origen en la necesidad de los bancos y entidades de crédito de sanear sus balances mediante la venta «en globo» y a tanto alzado de sus créditos dudosos. Las entidades cesionarias de dichos créditos, que han adquirido a menudo por un precio muy inferior a su importe nominal, se han enfrentado a las reclamaciones de los deudores de hacer valer el retracto reconocido en el art. 1535 CC. En este punto, la escasa jurisprudencia existente sobre la referida institución ha determinado que las distintas Audiencias Provinciales hayan interpretado de modo diverso si es posible y, en su caso, en qué condiciones y con qué efectos puede mantenerse la condición de litigioso de un crédito que ha sido vendido en globo junto con otros, y si puede ejercitarse el retracto por el deudor frente al cesionario.

Para clarificar la cuestión —está por ver si de manera definitiva—, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha dictado la Sentencia de 5 de marzo de 2020. En este artículo trataremos de recoger cuál es la doctrina y en qué términos y con qué requisitos puede el deudor realizar el retracto frente al comprador de su deuda.

### De la *Lex Anastasiana* hasta nuestros días

El retracto de los créditos litigiosos en favor del deudor tiene como antecedentes el Derecho Romano y concretamente la *Lex Anastasiana*. Se trata de una

constitución imperial introducida por el Emperador Anastasio y recogida en el Código de Justiniano<sup>1</sup> por razones de benevolencia y piedad, según la cual, si se hubiera producido la subrogación del acreedor a cambio de un precio, el deudor puede igualar las condiciones y adquirir para sí el crédito, extinguiéndolo. No se exige condición alguna, salvo que el deudor pague la cantidad íntegra que abonó el cesionario, de suerte que este no pierda con la adquisición, pero tampoco se beneficie con la desgracia de otro. Con esta disposición se trataba de evitar el negocio de los «compradores de pleitos», al parecer comunes en la época y, por lo visto, también en la actualidad: esta es la razón por la que quedan excluidas las cesiones a título gratuito. También quedan fuera del ámbito de la norma las cesiones de acciones entre coherederos por razón de la herencia, o las deudas en garantía de una obligación, o las realizadas en virtud de la sucesión.<sup>2</sup>

Dicha norma tuvo acogida en el Código Civil francés y en otros de nuestro entorno,<sup>3</sup> en el Proyecto de 1851 (arts. 1466 y 1467),<sup>4</sup> quedando incluido en el vigente Código de 1889 en su art. 1535, con la siguiente redacción:

«Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tendrá derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubiesen ocasionado y los intereses del precio desde el día en que éste fue satisfecho. Se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda relativa al mismo.

El deudor podrá usar de su derecho dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago.»

Como en la compilación justiniana, se exigen los siguientes requisitos:

- a) Onerosidad. Se excluye por tanto de su ámbito de aplicación la donación de créditos.
- b) Carácter litigioso del crédito cedido.
- c) Completa satisfacción del cesionario, debiendo ser restituido, además del precio, de los intereses y las costas.
- d) Ejercicio del retracto dentro del plazo de nueve días desde que el deudor es requerido de pago.

El art. 1535 se completa con el 1536, que establece las limitaciones al retracto que ya recogía el Código de Justiniano:

«Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior la cesión o ventas hechas:

- 1.º A un coheredero o condueño del derecho cedido.
- 2.º A un acreedor en pago de su crédito.
- 3.º Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se ceda.»

### ¿Qué es un crédito litigioso para el Tribunal Supremo?

La redacción del Código Civil deja sin resolver los principales problemas que plantea esta institución para su ejercicio por parte del deudor. Tradicionalmente la doctrina ha venido debatiendo sobre las siguientes cuestiones:

- a) Qué se entiende como «crédito litigioso».
- b) En qué momento comienza a serlo.
- c) El cómputo del plazo para su ejercicio.
- d) La necesidad o no de consignación.

Sin embargo, en los últimos años, con la generalización por parte de las entidades financieras de la venta de sus pasivos dudosos a gestoras de cobro, se ha introducido una nueva polémica en relación con la posibilidad de ejercitar el retracto cuando el crédito no se ha vendido individualmente, sino como parte de un bloque integrado por otros muchos (a menudo, cientos e incluso miles de ellos), que forman parte de una cartera de créditos, y por lo tanto, no existe un precio concreto al que referirse.

Veamos a continuación el estado de la cuestión según la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### A. Concepto de «crédito litigioso»

Tradicionalmente, se han contrapuesto dos interpretaciones sobre qué se considera crédito a los efectos de la aplicación del retracto. La doctrina del Tribunal Supremo más consolidada se ha decantado por la tesis restrictiva, recogida en la Sentencia núm. 690/1969, de 16 de diciembre (citando las Sentencias de 14 de febrero de 1903; de 8 de abril de 1904; de 9 de marzo de 1934; de 4 de febrero de 1952; de 3 de febrero de 1968; de 16 de diciembre de 1969 y de 24 de mayo de 1987):

«[...] aunque en sentido amplio, a veces se denomina “crédito litigioso” al que es objeto de un pleito, bien para que en este se declare su existencia y exigibilidad, o bien para que se lleve a cabo su ejecución, sin embargo, en el sentido restringido y técnico que lo emplea el artículo 1.535 de nuestro Código Civil, “crédito litigioso”, es aquél que habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible; es decir, el que es objeto de una “litis pendencia”, o proceso entablado y no terminado, sobre su declaración».

Sin embargo, este carácter estricto del concepto fue puesto en cuestión por el propio Tribunal en su Sentencia núm. 149/1991, de 28 de febrero:

«[...] la estructura del “crédito litigioso” presupone la existencia de una relación jurídica de naturaleza obligacional y la pendencia del cumplimiento exacto de la prestación, finalidad de aquélla, sea porque el pago aún no se puede exigir, sea porque el pago no se ha efectuado voluntariamente, y un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes de la expresada relación [...]».

Esta interpretación permitiría ampliar el retracto no solo a aquellos supuestos en los que la controversia no se centra en la existencia del crédito, sino en la naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones o vicisitudes. Esta Sentencia ha sido invocada para aplicar el retracto a situaciones donde no se discute que el crédito existe, sino determinadas cláusulas del mismo. Es el supuesto que examina la STS núm. 151/2020 que comentamos, la cual parte del carácter excepcional del retracto anastasio frente al régimen general del art. 1112 CC, y razona que, siendo el objetivo de la norma «desincentivar a los especuladores de pleitos [...] y reducir la litigiosidad», la tesis extensiva no puede acogerse si no cuestiona la propia existencia de la obligación:

«[...] Por tanto, aplicando la interpretación asumida por dicha doctrina jurisprudencial, la posible existencia de un pleito que verse sobre la naturaleza, condiciones u otras vicisitudes a que se refiere la sentencia 149/1991, de 28 de febrero, necesitará para generar el derecho previsto en el art. 1.535 CC afectar también a la propia existencia o exigibilidad de la obligación (vid. sentencia 463/2019, de 11 de septiembre)».

Esta posición supone la ratificación de las tesis más restrictivas, por lo que no es posible invocar el retracto si no se cuestiona la propia existencia y vigencia del crédito en sí mismo, bien por no haber existido nunca, bien por haber quedado extinguido o no ser exigible. O, dicho en otras palabras: no es suficiente discutir la extensión, cuantía y términos del crédito, sino que la controversia debe extenderse a su propia exigibilidad para poder invocar el retracto anastasio.

En cualquier caso, es pacífico en la doctrina que el concepto «crédito» no puede limitarse a los estrictamente dinerarios, tal y como de modo consolidado ha asumido el Tribunal Supremo en su Sentencia núm. 976/2008, de 31 de octubre.

#### *B. En qué momento puede considerarse litigioso el crédito*

El propio art. 1535 CC ya determina en qué momento se tiene por litigioso el crédito, ya que así lo indica su párrafo segundo: «desde que se conteste a la

demanda relativa al mismo». Sin embargo, esta aparente claridad presenta algunos claroscuros. Así, el Tribunal Supremo ha venido considerando que debe admitirse la eventualidad de la oposición tácita de la rebeldía ex art. 496.2 LEC por preclusión del plazo de contestación (así lo recoge la STS de 13 de septiembre de 2019, citada en la STS objeto de este comentario). Este matiz es importante: no es necesario que el deudor conteste la demanda; pero sí se requiere que exista pleito vigente sobre el crédito cedido para ejercitar el retracto. Y ello es lógico: una vez declarada su existencia en una sentencia firme, o transigidos sus términos, el crédito ya no es discutible, sin perjuicio de que sea necesaria su exacción mediante un procedimiento de ejecución.

Sobre el momento final, será el de la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al pleito, tal y como recuerda la Sentencia de 16 de diciembre de 1969:

«una vez determinada por sentencia firme, la realidad y exigibilidad jurídica del crédito, cesa la incertidumbre respecto a esos esenciales extremos, y desaparece la necesidad de la protección legal que, hasta aquel momento, se venía dispensando a la transmisión de los créditos, y pierden estos su naturaleza de litigiosos, sin que a ello obste que haya de continuar litigando para hacerlos efectivos y que subsista la incertidumbre sobre su feliz ejecución, que dependerá ya, del sujeto pasivo; es decir, que el carácter de “crédito litigioso”, se pierde tan pronto queda firme la sentencia que declaró su certeza y exigibilidad, o tan pronto cese el proceso por algún modo anormal, como es, por ejemplo la transacción».

#### *C. Plazo para su ejercicio*

El tercer inciso del art. 1535 CC nos dice que el deudor podrá usar de su derecho «dentro de nueve días, contados desde que el cesionario le reclame el pago». Esta redacción, manifiestamente mejorable, ha dado lugar a no pocos problemas interpretativos; no obstante, se considera que se trata de un plazo de caducidad, y comienza a correr desde que el deudor tuvo conocimiento completo de todos los extremos que le interesen de la cesión del derecho litigioso, y en particular, el precio por el que se realizó, de acuerdo con el art. 1969 CC que sigue el principio de la *actio nata*<sup>5</sup> (SSTS de 2 de abril de 2014 y de 20 y 28 de octubre de 2015, entre otras).

#### *D. Necesidad de consignación o caución*

Otra de las cuestiones debatidas sobre el retracto anastasio es si es necesaria o no la prestación de caución, ya que dicho requisito no se exige en la norma sustantiva. Como ha indicado GARCÍA RODRÍGUEZ,<sup>6</sup> dependerá de la naturaleza

que le otorguemos a la institución (como retracto o derecho puro y directo). La jurisprudencia menor parece optar decididamente, siquiera por efectos prácticos, por el primero de los cauces. Así parece reconocerlo implícitamente el Auto de la Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, de 9 de octubre de 2019, y de modo aún más concluyente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 11ª, de 27 de febrero de 2019:

«31. E) Consignación del precio. Literalmente, no puede declararse el derecho del demandante sin reembolso del precio o, ante la negativa del cesionario a recibirlo, previa la oportuna consignación (arts. 1176 ss. CC y 98 ss. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria). Si el precio fuera desconocido, deberá acompañarse a la demanda “el documento que acredite [...] haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere” (art. 266-2º LEC). Al margen de la naturaleza retractual o no, la generalidad de la doctrina y la mayoría de las decisiones judiciales imponen el requisito de la consignación, aunque resoluciones aisladas lo pongan en duda o incluso lo nieguen.»

#### **La aplicación del artículo 1535 CC en los casos de las ventas de créditos «en globo»**

Este es quizá el punto más controvertido en la actualidad, debido a que la revitalización de la institución ha venido de la mano de la cesión onerosa a terceros de carteras de créditos dudosos por parte de las entidades acreedoras. Dichos créditos se han cedido en masa y por un precio global a tanto alzado, sin que conste el importe individualizado de cada uno de ellos. Muchos deudores han tratado de hacer valer el retracto anastasio para liquidar su deuda, a menudo por una cantidad muy inferior al importe nominal de la misma.

La respuesta de las distintas Audiencias no ha sido unívoca, y si bien la mayor parte de ellas se venía decantando por rechazar la petición, invocando el art. 71<sup>7</sup> de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, y la STS núm. 165/2015, de 1 de abril, no terminaba de quedar zanjada la cuestión en los casos en los que no concurrían las circunstancias del caso enjuiciado, en el que la sociedad cedente había transmitido en bloque, a título universal, todos los activos y pasivos relativos a su negocio financiero.

Ya la STS núm. 464/2019, de 13 de septiembre, marcó unas pautas a seguir, que parecen haber quedado consolidadas en la Sentencia de 5 de marzo de 2020. En esta última resolución se toma como punto de partida la doctrina sentada en la

Sentencia de 1 de abril de 2015 (referida en ese caso concreto a la cesión en bloque por sucesión universal de diversos créditos litigiosos a consecuencia de una segregación de una parte del patrimonio de la sociedad acreedora que conformaba una unidad económica, al amparo del art. 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril), y toma en consideración la finalidad teleológica del Real Decreto-ley 9/2009, de 26 de junio, primero, por el que se creó el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y, posteriormente, del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro, que introducen nuevos procesos de integración como el ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de un banco y permitió la recapitalización de las entidades a través de la creación de sociedades anónimas bancarias a las que las cajas de ahorro transfirieron su actividad de naturaleza financiera:

«En este mismo contexto hay que situar la figura de las cesiones de carteras o conjuntos de créditos (hipotecarios o de consumo, a consumidores o empresas) por parte de diversas entidades de crédito a terceras entidades —con frecuencia fondos de inversión extranjeros— de baja calificación crediticia (en situación de impago o riesgo de impago, en fase de ejecución judicial o no), que responden, como ha señalado la doctrina especializada, a la necesidad de “limpiar balances” a fin de ajustar el valor de los activos (crediticios en este caso) al valor real. Con ello se persigue un triple objetivo: mejorar el *ratio* financiero y de morosidad de la entidad, mejorar la liquidez con la entrada de los ingresos procedentes de la venta de la cartera y reducir las provisiones y costes de gestión de estos activos. Finalidades distintas de las contempladas en la *ratio* de la norma interpretada y, por el contrario, concomitante con la finalidad a que respondía el art. 36.4.b) de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, cuando excluye la aplicación del art. 1535 CC en el caso de cesión de créditos litigiosos a la sociedad de gestión de activos.»

Con esta redacción el Tribunal Supremo parece querer decir que, conforme a la finalidad de la prohibición del artículo 36.4.b)<sup>8</sup> de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, es contraria a la finalidad de dicha norma la aplicación del art. 1535 CC. Sin embargo, en realidad, el Alto Tribunal no dice tal cosa: se limita a utilizar ese argumento para confirmar que el retracto de crédito litigioso constituye una excepción al régimen general de la cesión de créditos, y como tal requiere una interpretación estricta acorde con dicho carácter excepcional. De hecho, el recurso examinado en el caso concreto es estimado, pero

la *ratio decidendi* es la consideración de que el crédito objeto del pleito no tiene la condición de litigioso.

A mi modo de ver, con esta sentencia el Tribunal Supremo ha dejado pasar una excelente oportunidad para fijar una doctrina clara sobre la aplicación del retracto anastasio a los créditos litigiosos vendidos «en globo», al realizar *obiter dicta* las anteriores consideraciones. En cualquier caso, no comparto dicha interpretación: ha de recordarse que el art. 1536 CC no introduce ninguna limitación sobre los créditos vendidos en esta forma plural. Por lo tanto, y bajo esta premisa, entiendo que no existe obstáculo para invocar su aplicación a estas operaciones si se dan las condiciones para ello:

- El crédito sea litigioso en el sentido técnico del término.
- Se trate de una cesión onerosa.
- No se trate de una transmisión universal de activos.
- El crédito sea individualizable a los efectos del pago del precio y los gastos.
- Se realice en tiempo y forma legales.
- No concurra ninguno de los casos expresamente excluidos por disposición legal.

Debiendo en cualquier caso interpretarse de manera estricta si tales requisitos concurren o no en la aplicación al caso concreto.

### Conclusiones

A modo de sucintas conclusiones, podemos establecer las siguientes:

1. El concepto de «crédito litigioso», en la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2020, se configura como aquel que, «habiendo sido reclamada judicialmente la declaración de su existencia y exigibilidad por su titular, es contradicho o negado por el demandado, y precisa de una sentencia firme que lo declare como existente y exigible». Por lo tanto, no es suficiente que se discuta su extensión, términos o clausulado para que el deudor pueda ejercitar ese derecho si la controversia no se extiende a la propia esencia del crédito.
2. Debe existir un litigio pendiente de resolución para que el crédito cedido pueda ser considerado como tal.
3. El retracto podrá ejercitarse no solo ante créditos dinerarios, sino con relación a cualquier clase de acciones y derechos.
4. Aunque la Ley no lo exija expresamente, el deudor cedido deberá consignar el importe de la cesión en los términos establecidos en el art. 266.2 LEC.

5. En relación con las cesiones «en globo» y por un precio alzado de una multiplicidad de créditos, el Tribunal Supremo no ha adoptado una postura totalmente clara, al referirse a ellos *obiter dicta*, aunque parece indicar que no se podrá con carácter general invocar el retracto anastasiano.
6. No puedo compartir dichas consideraciones, por cuanto que se introducen limitaciones al ejercicio del derecho que no aparecen en la ley ni se deducen de ella.
7. En consecuencia, estimo que el retracto podrá ejercitarse siempre que concurren los requisitos de onerosidad de la cesión, litigiosidad e individualización del crédito a los efectos del precio y gastos del mismo, y ejercicio en tiempo y forma legales, y siempre que no concorra alguno de los supuestos establecidos tanto en el Código Civil como en la legislación especial.
8. En todo caso, el examen sobre el cumplimiento de los requisitos expresados debe realizarse conforme a una interpretación estricta, por el carácter excepcional del retracto dentro del principio general de libre circulación de créditos.

José Antonio Baena Sierra

## Notas

<sup>1</sup> En el Libro IV, Título XXXV, 22: «Imp. Anastasius A. Eustathio P. P. Per diversas interpellationes ad nos factas comperimus quosdam alienis rebus fortunisque inhiantes cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare hocque modo diversas personas litigiorum, vexationibus adficere, cum certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis, quibus antea suppetebant, sua vindicare quam ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem iubemus in posterum huiusmodi conamen inhiberi (nec enim dubium est redemptores litium alienarum videri eos esse, qui tales cessiones in se confici cupiunt), ita tamen, ut, si quis datis pecuniis huiusmodi subierit cessionem, usque ad ipsam tantummodo solutarum pecuniarum quantitatem et usurarum eius actiones exercere permittatur, licet instrumento cessionis venditionis nomen insertum sit; exceptis scilicet cessionibus, quas inter coheredes pro actionibus hereditariis fieri contingit, et his, quascumque vel creditor vel is qui res aliquas possidet pro debito seu rerum apud se constitutarum munimine ac tuitione acceperit, nec non his, quas in legatarios seu fideicommissarios, quibus debita vel actiones seu res aliae relictæ sunt, pro his fieri necesse sit: nulla etenim tali ratione intercedente redemptor, sicuti superius declaratum est, magis existit, qui alienas pecuniis praestitis subiit actiones. Sin autem per donationem cessio facta est, sciant omnes huiusmodi legi locum non esse, sed antiqua iura esse servanda, ut

cessionones tam pro exceptis et specialiter enumeratis quam aliis causis factae seu faciendae secundum actionum, quaecumque cessae sunt vel fuerint, tenorem sine quadam imminutione obtineant.» (Fuente: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/603/20.pdf>, Biblioteca Virtual de la UNAM)

<sup>2</sup> Sobre los requisitos del retracto anastasiano, CAMACHO LÓPEZ, M. E. *Cesión de créditos: del derecho romano al tráfico mercantil moderno*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 250-272.

<sup>3</sup> Sobre la recepción de la *Lex Anastasiana*, CAMACHO LÓPEZ, M. E. *Cesión de créditos...*, *op. cit.*, pp. 273-276 y FERNÁNDEZ BELZUNEGUI, P. «Recepción de la *Lex Anastasiana* en el Código Civil y en la jurisprudencia estatal (y autonómica) y europea». *Iura Vasconiae*, núm. 15 (2018), pp. 357-378.

<sup>4</sup> «Artículo 1466: «Vendiéndose un crédito litigioso, el deudor tiene derecho a extinguirlo, reembolsando al cesionario el precio que pagó, las costas que se le hubieren ocasionado, y los intereses del precio, desde el día en que este fue satisfecho.

Entiéndese litigioso un crédito, desde que se contesta a la demanda relativa al mismo.

El deudor tendrá nueve días para usar de su derecho, desde que el cesionario le reclame el pago.»

Artículo 1467: «Se exceptúan del artículo anterior la cesión o venta hechas:

1.º A un coheredero o condueño del derecho cedido.

2.º A un acreedor, en pago de su crédito.

3.º Al poseedor de una finca sujeta al derecho litigioso que se cede.» (Fuente: FERNÁNDEZ BELZUNEGUI, P. (2016): «Recepción...», *cit.*, p. 365 y GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*. Madrid: Sociedad tipográfico-editorial, 1852, pp. 435-438).

<sup>5</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, M. H. *La vivienda. Cesión de créditos hipotecarios y titulaciones. El retracto de créditos litigiosos*. «Vivienda y crisis económica: la vivienda familiar en el tráfico jurídico voluntario y forzoso». *Cuadernos Digitales de Formación*, Vol. 41 (2017), p. 34.

<sup>6</sup> GARCÍA RODRÍGUEZ, M. H. *La vivienda...*, *op. cit.*, p. 35.

<sup>7</sup> Artículo 71: «Se entiende por segregación el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades, recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias».

<sup>8</sup> «Para la transmisión de créditos que tengan la consideración de litigiosos, no resultará aplicable lo dispuesto en el artículo 1535 del Código Civil».

## Absolución debidamente motivada del delito de abusos y de agresión sexual

*Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Palma  
núm. 4/2019, de 7 de enero (ponente: Sr. Gómez-Reino Delgado).*

Se trata de una sentencia absolutoria de delitos de abusos, de agresión sexual y de lesiones leves de los que venía siendo acusado Raúl, por el Ministerio Fiscal y por la Acusación particular.

A pesar del fallo absolutorio se efectúa el siguiente y minucioso relato de hechos probados:

«En Palma en fecha 7 de diciembre de 2015, el procesado Raúl, que entonces contaba con 19 años de edad, en cuanto nacido el día 12 de julio de 1995, en libertad por esta causa de la que estuvo privado un día, y sin antecedentes penales, tras entablar conversación con las hermanas mellizas H y L, de 16 años, en la plaza de España alrededor de las 18 horas, las invitó a que le acompañasen a un sitio más tranquilo y que les dijo que era secreto, al que iba con sus amigos, situado en la conocida zona de la plaza de las Tortugas. Al llegar a dicha zona las condujo hasta el Hotel Brondo, sito en la calle Can Brondo número 1, ubicado en una callejuela próximo al McDonald.

Una vez allí, sobre las, tras superar la puerta, tomar un ascensor y subir por unas escaleras que daban a varias habitaciones las llevó hasta la terraza del establecimiento. En dicha terraza había varias sillas y hamacas dispuestas formando un conjunto tipo chilaud.

Los tres se pusieron a conversar y Raúl ofreció a ambas hermanas un porro que consumieron allí mismo.

Posteriormente, Raúl propuso a las hermanas H y L bajar a la calle para comprar una botella de vino Lambrusco; cosa que hicieron pagando la botella Raúl y adquiriendo también unos vasos.

En esa segunda ocasión el acusado realizó varias fotos del grupo, se intercambiaron los teléfonos y procedió a crear un grupo en WhatsApp.

Al llegar por segunda vez a la terraza y al tiempo que tomaban el vino, el acusado Raúl, con ánimo libidinoso y creyendo que contaba con la aprobación de ambas hermanas, besó a H y le realizó tocamientos por encima de la ropa en pechos, culo y en la zona vaginal, así como le llegó a bajar los pantalones por

debajo de la zona de sus caderas, pero sin quitarle la ropa interior. Como quiera que H no estaba conforme con ello, tras esas acciones, fingió que la llamaban por el móvil, para lo cual y como el celular estaba en silencio lo cogió e hizo creer a Raúl y a su hermana que le había llamado un amigo haciendo que hablaba con él y quedando para verse seguidamente.

Después de eso, H aprovechó la excusa que había dado a Raúl, el cual cuando le realizó los tocamientos pensaba que obraba con su aquiescencia y tácito consentimiento, tal que así, en ningún momento posterior H le manifestó oposición, ni le hizo ningún tipo de gesto de reproche, de rechazo o desaprobación, ni tan siquiera su hermana se percató de que hubiera fingido la llamada, para marcharse del lugar dejando allí a L al darle la impresión de que se encontraba bien y a gusto con Raúl.

Una vez que H hubo abandonado el lugar, contando con la aquiescencia de L o al menos así lo entendió el acusado, Raúl comenzó a besarla y a quitarle la ropa y creyendo en todo momento que contaba con su consentimiento y su aprobación, y si bien ella gritaba creía que era por el dolor que le producía y no porque se opusiera a ello, sobre una silla, sin que haya quedado muy clara la posición de uno y del otro, le chupó ambos pechos y la penetró vaginalmente sin preservativo consiguiendo eyacular en su interior.

Finalizada la relación sexual ambos jóvenes se marcharon de la terraza juntos y Raúl acompañó a L hasta la plaza de España para que tomase el autobús e irse a su casa. En el trayecto L se encontró con unas amigas a las que saludó.

Al llegar a la Plaza de España, como quiera que era muy tarde, convino con una mujer que estaba allí esperando para tomar juntas un taxi. La mujer se apeó primero y continuó L, si bien esta le solicitó al taxista que parase unos metros antes de llegar a su domicilio. Tras bajarse del coche L se quitó la ropa interior y la arrojó a la basura para evitar que su madre se pudiera enterar de lo ocurrido.

Nada más llegar a su casa y al entrar en su habitación su hermana, que salía de la ducha, le preguntó qué tal había ido y ella le dijo que sentía que le habían violado. Pese a ello, ambas hermanas estuvieron entablando conversación con Raúl por espacio de algo más de una hora a través del WhatsApp. En esas conversaciones el procesado les proponía mantener otro encuentro sexual, esta vez, entre los tres. Luego de eso las dos hermanas se salieron del grupo y bloquearon al acusado.

Dos días más tarde, el 9 de diciembre, en el centro escolar [...], en que las hermanas cursaban sus estudios, L se encerró en el baño con su hermana al

sentirse mal por lo ocurrido con Raúl, entrando la profesora de catalán ante su tardanza, siendo en ese momento cuando L le relata lo ocurrido y que ha sido agredida sexualmente y la profesora le dice que tienen que llamar a sus padres, que ha de acudir al médico y que tiene que denunciar lo sucedido, mostrando L su negativa a formular la denuncia.

Finalmente, L y su hermana se escapan del centro docente y acuden al médico y es allí donde a raíz de sus manifestaciones se activa el protocolo de sospecha de abusos y se avisa al médico forense que, juntamente con el facultativo de guardia, realizan una exploración ginecológica y física de L, apreciando que la misma presentaba: una impronta en forma de U en la mama izquierda, erosiones superficiales en mama derecha y una erosión pequeña en la zona horquilla perineal izquierda, lesiones para las que precisó una única asistencia y tardando en curar cinco días.

Al siguiente día 10 de diciembre L acude a Urgencias por referir gonalgia bilateral dolorosa en ambas piernas, aunque en la derecha había aparecido el día anterior. Según ella misma refirió la gonalgia empezó tras administración de ceftriaxona IM.

Al día siguiente, 11 de diciembre, el padre de L y de H formuló denuncia ante la Policía.

L, en la medida en que percibió y sintió internamente la experiencia con Raúl como algo traumático y no querido, pero sin que conste probado que así fuera, fue atendida en la fundación IRES por la psicóloga Rosalía y también por la Unidad de Psiquiatría de Son Espases.»

Se fundamenta el fallo absolutorio en que la prueba practicada no lo ha sido en calidad y cantidad suficiente y bastante para enervar la presunción de inocencia del acusado Raúl. Y acaba señalándose, respecto de la imputación más grave (la de agresión sexual con penetración), que no se quiere afirmar que la víctima hubiera expresamente consentido el tener relaciones sexuales completas con el acusado, pero sí que cabe esa posibilidad y ante la duda ha de prevalecer la versión del acusado en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Curioso resulta el que se afirme ser conscientes de que la exigencia de motivación de las sentencias absolutorias, conforme enseña reiterada Jurisprudencia, es mucho menor que en el caso de las condenatorias y que para las primeras basta y es suficiente con expresar la duda del tribunal y que esta se exteriorice y explice de modo razonado y razonable; y digo que es curiosa tal afirmación y recuerdo de esa doctrina jurisprudencial cuando a continuación se

contiene una exhaustiva explicación de por qué no se ha contado con esa prueba suficiente y bastante y por qué se duda sobre que hubiera violación.

En el examen minucioso y crítico de toda la prueba practicada se analiza, en primer lugar, las coincidencias entre las versiones del acusado y de las denunciadas, para luego pormenorizar todos los hechos que restaban credibilidad a los abusos a una de las denunciadas y a la agresión a la otra. En cuanto a los tocamientos del acusado a H, bien se dice que no hubo ninguna prueba de que fueran unos tocamientos producidos por descuido o de modo subrepticio y no aceptados por la chica, y de ahí que el acusado creyera que ella los aprobaba y aceptaba; y se razona expresamente en la Sentencia que si bien no le preguntó expresamente para salir del posible error en cuanto a su aquiescencia, eso haría que los tocamientos hubieran sido hechos con imprudencia y no con dolo, resultando, por tanto, impunes; se apunta así un error de tipo que la Sentencia no llega, tal vez por prudencia, a afirmar que concurriera; y esa misma prudencia llevó al Tribunal a ni siquiera mencionar la posibilidad de un error de tipo en cuanto al delito de agresión sexual denunciado por la otra menor L; mas lo cierto es que respecto de esa posible violación hay un completo y crítico examen de toda la prueba practicada para concluir que no hay prueba fehaciente de que la penetración, que sí la hubo, fuera obtenida con violencia o siquiera con intimidación. Y ello, básicamente, porque la declaración de la presunta víctima resultó insuficiente para explicar la violencia que ejerció el acusado y porque no hay prueba de una resistencia idónea o de la existencia de una negativa seria e inequívoca; no lo dijo nunca L porque, y esto también se destaca en la Sentencia, lo que señaló es que se quedó bloqueada, que internamente no quería, que no supo reaccionar porque estaba en *shock*.

Además de los extensos razonamientos que fundamentan el fallo absolutorio, el Tribunal sopesó incluso la posibilidad, tras desechar que el acceso carnal se hubiera producido con violencia o intimidación, que se hubiera cometido un delito de abusos con introducción y no de agresión sexual, atendido que ambas menores tenían 16 años cumplidos, habían consumido un porro y alcohol y que sus facultades intelectivas y volitivas, sobre todo las de L, pudieran haber estado gravemente afectadas, hasta el punto de que no estuviera en condiciones de consentir la relación y porque el contexto ambiental pudo conceder al acusado una situación de ventaja o de superioridad que pudiera haber llegado a coartar la libertad y libre autodeterminación de ambas menores; y como es costumbre en el ponente de la Sentencia no se deja ningún razonamiento en el tintero y explica, con harta

*Penal*

suficiencia, por qué se desecha esa alternativa. A la postre, y a pesar de la advertencia de menor exigencia de motivación de las sentencias absolutorias, la comentada supera con creces los estándares usuales.

Eduardo Calderón Susín

## La caracterización del delito de detención ilegal en relación con el de secuestro

*Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Palma núm. 7/2019, de 5 de febrero (ponente: Sra. Moyá Roselló). Confirmada por Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, de 17 de abril de 2019 (ponente: Sr. Gómez Martínez).*

El fallo de la Sentencia es absolutorio respecto de la acusada María Ester y de condena al acusado, a la pena de 4 años y 6 meses de prisión por delito de detención ilegal y a la de 1 mes de multa, con cuota diaria de 6 euros, por delito leve de lesiones.

El fallo de la Sentencia se sustenta en los siguientes hechos probados:

«I. El acusado José, el 25 de febrero de 2018 conoció, en la vivienda de un amigo común, situada en la zona de Son Cladera, a Eduardo. Desde ese día hasta el día 27 de febrero salieron juntos de fiesta a instancias del acusado, quien insistía a Eduardo, persona en tratamiento con metadona, para que consumiera alcohol. En el transcurso de estos días, acudieron uno a la vivienda del otro y el acusado logró que Eduardo le entregara la cantidad de 600.-€ que Eduardo sacó de un cajero la noche del día 26. La mañana del día 27 de febrero acudieron ambos, en el coche que usaba el acusado, modelo [...] matrícula [...] a la vivienda donde residía Eduardo siendo recibidos por su padre, quien al ver que su hijo se encontraba en muy mal estado, sin poder casi hablar ni tenerse en pie, le pidió al acusado que lo llevara a Son Llátzer, compromiso que el acusado aceptó, pero que no llevó a cabo. Asimismo, este mismo día, conduciendo el coche el acusado, tuvieron un accidente de tráfico, sin que haya quedado acreditada la causación de lesiones a los ocupantes.

II. Tras todo lo anterior, el acusado llevó a Eduardo a su casa, sita en la calle Alfons el Magnànim de Palma, donde un vez en el interior, el acusado le quitó a Eduardo el móvil, un mechero Zippo y una pipa de fumar y se abalanzó sobre él propinándole varios puñetazos en la cara para empujarle hasta el sillón del comedor y seguir golpeándole, exigiéndole la entrega de 7.500.-€ para reparar los daños del accidente y la devolución de unos cogollos de marihuana, que el acusado le había entregado en la noche anterior como garantía de los 600.-€. El

acusado, agredió a Eduardo en varias ocasiones, con puñetazos y patadas en zona de las costillas, dejándolo en el interior del salón sobre un colchón que había colocado expresamente el acusado, permaneciendo sentado en un sillón junto a su víctima, quien no intentó salir ante el temor de sufrir más agresiones, quedándose finalmente dormido.

III. La acusada Esther, ex pareja de José y con quien tiene una orden de alejamiento así como el hijo menor de la pareja, o bien estaban presentes en la vivienda, o bien acudieron en algún momento de este mismo día cuando estaban en la misma Eduardo y el acusado, sin que conste acreditado que Esther agrediera a Eduardo y/o presenciara todas las amenazas y agresiones de que fue objeto por parte del co-acusado.

IV. Durante la mañana del día 28 de febrero de 2018, Eduardo nada más despertarse logró coger su móvil, que el acusado había dejado cargando en la cocina, y enviar un mensaje al teléfono de su padre en el que le avisaba de que se encontraba en la vivienda del amigo de Somoza quien le había agredido exigiéndole dinero. También envió a su amigo Somoza un mensaje pidiéndole que avisara a su padre. Esta acción fue vista por la co-acusada Esther quien aviso al acusado, motivando que José, de nuevo, agrediera al perjudicado, aumentando su agresividad al percatarse del contenido de los mensajes que este había enviado.

V. Esta misma mañana, el acusado pretendía acudir a la entidad bancaria junto al perjudicado a fin de extraer el dinero de su cuenta; y a tales efectos, bajaron a la calle los dos acusados junto a Eduardo, donde fueron interceptados por la policía, como consecuencia de un dispositivo policial establecido al efecto a raíz de la denuncia del padre de Eduardo, procediendo a la detención de José

VI. Como consecuencia de la agresión Eduardo sufrió policontusiones, fractura reciente de 9º arco costal derecho, hematomas palpebrales bilaterales y, traumatismo nasal, observándose varias fisuras siguiendo el eje longitudinal de los huesos propios, sin desplazamiento, que no requirió tratamiento médico o quirúrgico, invirtiendo en su curación treinta días de perjuicio básico, sin secuelas.

El perjudicado está sometido a tratamiento médico y psicológico, a consecuencia de los hechos descritos y reclama la indemnización que pudiera corresponderle.»

El interés de esta Sentencia estriba en la distinción entre el delito de detención ilegal (por el que se condena) y el de secuestro (que era el objeto de acusación del Ministerio Fiscal), aunque dedica un extenso fundamento primero al análisis de toda

la prueba practicada y a explicar el por qué se otorgó crédito al testimonio del perjudicado Eduardo teniendo en cuenta todas las pautas o parámetros ofrecidos por la Jurisprudencia para, con base en la teoría de la valoración del testimonio, otorgar tal crédito.

La Sentencia en su fundamento jurídico segundo califica los hechos como constitutivos de un delito básico de detención ilegal, del art. 163 CP, descartando que integraran el delito de secuestro del art. 164 CP; y ello con correcta cita recordando nutrida Jurisprudencia, tanto vigente como anterior al Código de 1995, que exige que cuando se demanda un rescate para poner en libertad a la persona detenida se refiere a la detención ilegal de persona diversa de aquella a quién se exige el rescate, por lo que el sujeto a quién se dirige la petición del rescate no es a la persona detenida sino a otra bien distinta, afirmándose que de exigirse el rescate al mismo detenido constituiría una modalidad del delito de robo. Y citan, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo núms. 322/1999, 751/2015 y 674/2003 (es en esta última, por ejemplo, donde se recuerda que una cosa es el objetivo o propósito que se define en el art. 163.2 y otra, muy diferente la condición para ponerla en libertad a que se refiere el 164, de modo que esa condición debe referenciarse a una actividad generalmente externa, ajena al sujeto pasivo del delito y que no dependa propiamente de una manifestación de voluntad, sino de un comportamiento que se exige para dar libertad al secuestrado dirigiéndose ante terceras personas).

En otro orden de ideas, para concretar la inclusión de los hechos en el art. 163, se explica que el elemento objetivo del tipo consistente en la privación de la libertad ambulatoria de la persona, tanto encerrándola físicamente como deteniéndola, es decir, impidiéndole su libertad de movimiento sin que sea preciso entonces un físico encierro; y se trae a colación la Sentencia de la Sala de lo Penal del TS núm. 1049/2018 que indica que la detención admite varias formas comisivas, no requiriendo, necesariamente, fuerza o violencia ya que dada la amplitud de los términos en que se expresa el art. 163.1 está permitido cualquier medio comisivo e incluso el intimidatorio, y los procedimientos engañosos e incluso el de broma. Invocación de esta doctrina jurisprudencial para quitar importancia al hecho de si se cerró o no la puerta con llave.

Como se ha dicho esta Sentencia fue confirmada por la de la Sala de lo Civil y Penal del TSJIB, de 17 de abril de 2019 (es de reseñar que se dictó poco más de dos meses después de la de instancia), en la que se destaca que el delito de detención ilegal puede consistir no solo en encerrar sino en detener; detención que estaría acreditada por el conjunto de circunstancias que se indican precisamente en

la sentencia recurrida, cuales son: el despojo del móvil, las reiteradas agresiones, la colocación de la víctima en un colchón, junto al cual se sentó el acusado toda la noche en actitud vigilante y el propio estado de debilidad en que se hallaba Eduardo, consecuente de la falta de su dosis de metadona y la ingesta de alcohol, que le colocaba en una situación de vulnerabilidad frente a cualquier actitud o conducta intimidatoria llevada a cabo por el acusado.

Quizás el mayor interés de esta Sentencia radique en que suple la escasa argumentación con que la Sentencia de instancia soslaya la aplicación del subtipo atenuado del punto 2 del art. 163; y al respecto se recuerda que no hay que olvidar que la Jurisprudencia ha negado la aplicación del tipo penal atenuado cuando es la víctima la que ocasiona la cesación de la situación de detención; y se razona, además, que el subtipo atenuado premia una especie de arrepentimiento en el *iter criminis* en su fase comisiva, lo que es incompatible con la tesis de que la privación de libertad no había existido desde un inicio.

Respecto de la denuncia de vulneración del principio acusatorio dice la sala de apelación que el hecho de que el acusado cerrara con llave la puerta de la vivienda, como sostenía la Fiscalía, no se recoge en el relato fáctico de la sentencia apelada, no afecta a ninguna exigencia derivada del Principio acusatorio porque se acaba considerando que hubo detención y no encierro, detención que sí se contenía en el relato de la Fiscalía, por lo que no quedó mermado, en modo alguno, el derecho de defensa, máxime cuando la condena finalmente impuesta no superó la pena solicitada.

Eduardo Calderón Susín

## Cultivo de cannabis y distribución de la sustancia. La cuestión del consumo compartido en el ámbito de una asociación cannábica

*Sentencia de la Sección Segunda núm. 188/2019, de 29 de abril  
(ponente: Sra. González Miró).*

Interesante y muy trabajada Sentencia; interesante en cuanto se trata de unos hechos relativos a un club cannábico con plantaciones de marihuana de las que se llegaron a intervenir un total de 81.3733 gramos; y muy trabajada porque recoge y selecciona de modo acertado muy variada Jurisprudencia.

La Sentencia declara, como hechos probados, los siguientes:

«[...] Biel, Bartolomé y Gabriel [...] sin antecedentes penales, privados de libertad por razón de esa causa un día el segundo y no privados los otros dos, todos ellos puestos de común acuerdo crearon una asociación denominada [...] para el estudio e investigación del cannabis [...] en la que ostentaban los cargos de Presidente, Secretario y Tesorero, celebrándose juntas anuales con los socios. Esta asociación se registró en el registro de asociaciones del Govern Balear. A partir del año 2011 en virtud de acuerdo de los socios adoptado en juntas comenzaron plantaciones de marihuana alquilando fincas al efecto, repartiéndose la sustancia entre los socios en la sede de la asociación.

El día 19 de septiembre de 2015 la Guardia Civil realizó la intervención de plantas de cannabis en fincas poseídas por la asociación:

Finca A, donde se intervinieron 29 plantas de cannabis con peso de 17918,5 g y riqueza del 9,3 %.

Finca B, 25 plantas, peso 24.694,2 g, riqueza 8,4 %.

Finca C, 25 plantas peso 17318,6 g, riqueza 14,1 %.

Finca D, 23 plantas, peso 11099,3 g, riqueza 9,7 %.

Finca E, 19 plantas, peso 8574,5 g, riqueza 9,2 %.

Finca F, peso 1786,56g, riqueza 9 %.

El peso analítico total de las sustancias es de 81.373,66 gramos.

El valor total en el mercado es de 84.872,72 euros.

Los acusados actuaron con la convicción no superable de que actuaban lícitamente.»

En el fallo se absuelve a los tres acusados «de los delitos de los que venían siendo acusados al apreciar la concurrencia de error invencible».

Se estructura la Sentencia en tres extensos fundamentos dedicados el primero a la valoración de la prueba, el segundo a la tipicidad de los hechos y a su calificación jurídica y el tercero al error.

En el primero de esos fundamentos no solo se recoge una valoración crítica de toda la prueba practicada, sino que incluye consideraciones respecto de la pureza de la droga intervenida y las consideraciones relativas a la calidad y aptitud de las plantas para contener el principio activo THC; y trae a colación las Sentencias de la Sala Segunda del TS núms. 1125/1995, 1209/1999 y otras.

Realmente, toda la Sentencia pivota sobre la dictada por la Sala de lo Penal del TS núm. 484/2015, de 7 de septiembre, que sentó como doctrina, inmediatamente seguida por otras muchas sentencias que, en relación con los actos de cultivo de cannabis y distribución de la sustancia obtenida entre los numerosos socios de una asociación, tales hechos son subsumibles en el tipo penal descrito en el art. 368 CP, descartándose que sea de aplicación, a los mismos, la doctrina del consumo compartido.

Se declaró y reiteró a partir de septiembre de 2015 que la actividad desarrollada por los conocidos clubs sociales de cannabis, asociaciones o grupos sociales o similares, no será constitutivo de delito cuando consista en proporcionar información, elaborar o difundir estudios, realizar propuestas, expresar de cualquier forma opiniones sobre la materia, promover tertulias o reuniones o seminarios sobre estas cuestiones; pero sí que traspasa las fronteras penales la conducta concretada en organizar un sistema de cultivo, acopio o adquisición de marihuana, o cualquier otra droga tóxica o estupefaciente o sustancia psicotrópica con la finalidad de repartirla o entregarla a terceras personas, aunque a los adquirentes se les imponga el requisito de haberse incorporado previamente a una lista, a un club o a una asociación o grupo similar, también cuando la economía del ente se limite a cubrir costes.

Por supuesto que no ignoraba la Sala de lo Penal el debate social y político sobre la cuestión y al respecto se indicaba que no es función de un tribunal interferir ese debate que sobrepasa el ámbito nacional y en el que se contraponen posiciones y se barajan argumentos, en favor y en contra, de soluciones que propugnan mayor tolerancia en oposición a las estrategias prohibicionistas; y menos, todavía, es misión suya la adopción de decisiones que están en manos de otros poderes del Estado.

Ese debate social y político sí que se había traducido ya, en términos jurídicos, porque había cientos de asociaciones de este tipo y las fiscalías habrían cursado acusaciones; ello dio lugar a posturas enfrentadas donde se mantenían criterios

distintos, según la Audiencia correspondiente, porque los asuntos acababan en esa instancia ya que el enjuiciamiento, si es que se llegaba a él, lo era en un juzgado de lo penal, de modo que las apelaciones acababan en la Audiencia provincial. Las de Barcelona y Vizcaya fueron adalides en pronunciamientos absolutorios. Otras lo fueron en sentido contrario. Y ello lo recoge fielmente la Sentencia que aquí se comenta.

Da toda la impresión de que el problema llegó al Supremo por un cambio de estrategia de algunas fiscalías, que sumaron a la acusación por delito contra la salud pública la de organización o grupo criminal del art. 570 bis CP, con un marco penal que excedía de los cinco años de prisión.

La Sentencia que se comenta aprovecha para recapitular la doctrina del consumo compartido y concluye que, en el caso enjuiciado, no concurría ninguno de los requisitos exigidos para considerar atípico ese consumo; ni se había acreditado que se tratara de consumidores habituales o de adictos que se agrupan para consumir esa sustancia, ni se llevaba a cabo en lugar cerrado, ni se circunscribía el acto a un grupo reducido de adictos o de drogodependientes identificados o identificables y se excedía con mucho las cantidades que rebasan la droga necesaria para el consumo inmediato; siendo este último requisito el que con más evidencia se incumple, según la Sentencia.

Sobre cómo y cuándo surge la llamada teoría del consumo compartido y las limitaciones o los requisitos con las que el Supremo delimitó, restrictivamente, la aplicación de esta doctrina, puede verse mi intervención en el curso de delitos contra la salud pública y contrabando publicada en los «Cuadernos de Derecho Judicial V/2000».

Pero establecida en la Sentencia que se comenta la tipicidad y la antijuridicidad acaba fundamentándose el pronunciamiento absolutorio en la concurrencia de un error de prohibición recogido en el art. 14 CP; lógicamente extendiendo tal error, no solo al delito contra la salud pública sino al de organización criminal. Y vuelve a acudir para fundamentarlo a la Sentencia de 7 de septiembre dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en tanto que la fecha de aprehensión de la marihuana en las fincas de la asociación lo fue el 19 de septiembre de 2015, y se extiende en recordar la teoría Jurisprudencial sobre el error de prohibición y sobre la invencibilidad y la inevitabilidad del mismo para, en definitiva, concluir que siendo los hechos anteriores a 2015, habiéndose registrado la Asociación, contando con el beneplácito del Concejal de Interior del Ayuntamiento, con conocimiento de la Guardia Civil, con exteriorización de la propiedad de las plantaciones (había en las

*Penal*

plantaciones carteles indicativos) y lo demás explicado acaba estimando la Sala que los hechos, aun siendo ilícitos, no podían ser sancionables en virtud del error previsto en el art. 14 CP. Y advierte que distinto sería, claro está, si los hechos hubieran tenido lugar con posterioridad a la STS de septiembre de 2015, que excluye el cultivo y la distribución del cannabis en asociaciones cannábicas de la doctrina del consumo compartido.

Desde luego, que puede ser discutible que se diera tal error y que esté plenamente acreditado, sobre todo teniendo en cuenta, además, que la duda no es error; sin embargo, se llega a una solución socialmente aceptable, pues evita el ingreso en prisión de personas socializadas y a la vez se les advierte de que no sigan cultivando marihuana.

Eduardo Calderón Susín

## La interpretació restrictiva de la legitimació activa com a obstacle al control de l'activitat administrativa i a l'efectivitat del principi de «bona administració»

*Sentències de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 73/2019, de 5 de febrer (ponent: Sr. Delfont Maza) i núm. 348/2019, de 23 de juliol de 2019 (ponent: Sra. Frigola Castellón).*

La Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa (LRJCA), va recollir alguns avanços per millorar la missió que correspon a aquest ordre jurisdiccional: controlar la legalitat de l'activitat administrativa, com a manera de garantir els drets i interessos legítims dels ciutadans enfront de les extralimitacions de l'Administració.

No obstant això, amb el pas del temps, es constata que aquesta Llei arrossega una sèrie de mecanismes que dificulten al ciutadà la possibilitat de recórrer, impeding un efectiu control de l'activitat administrativa. Com a primera impressió, es podria afirmar que això afavoreix l'Administració, però no podem coincidir que una manca de control afavoreixi el bon funcionament de l'administració pública, sinó el contrari.

La jurisprudència ha vingut evolucionant i de cada vegada més es fa ressò del principi de la bona administració (vegeu la recent STS de 18 de desembre de 2019 en rec. 442/2018). Al no reformar-se la LRJCA, l'entrada de la nova doctrina es realitza mitjançant interpretació dels preceptes legals de manera que afavoreixin el control de l'Administració. Algunes d'aquestes interpretacions són clarament contràries a la literalitat de la Llei. Com la que assenyala que davant un acte administratiu presumpte no hi ha límit de termini per interposar el recurs contenciós administratiu, malgrat que l'art. 46.1 LRJCA fixi expressament un termini màxim de sis mesos.

Una de les clàssiques restriccions per recórrer l'activitat administrativa és que el recurrent tengui un dret o interès legítim (art. 19.1 LRJCA), de manera que fora dels casos d'acció popular, l'àmbit subjectiu dels potencials recurrents queda restringit. Si atenem a matèries concretes, com a contractació administrativa, la limitació dels possibles recurrents es tradueix en una absència d'efectiu control en un àmbit en el qual precisament és molt necessari. No és estrany que s'acudeixi a la via penal —on no hi ha limitació a la legitimació del denunciant— per corregir possibles actuacions

incorrectes que haurien de poder ser controlades per la jurisdicció natural: la contenciosa administrativa.

Admetent que la indiscriminada acció pública per a tota actuació administrativa podria suposar indesitjables desviacions, sí que ha d'arribar-se a interpretacions de l'àmbit de la legitimació activa, que facilitin l'accés al recurs.

La jurisprudència ja apunta en aquest sentit. Així per exemple, enfront del clàssic principi segons el qual el denunciador no està legitimat per impugnar el resultat d'un procediment sancionador, recentment es matisa que, excepcionalment, cal admetre-la per a les associacions que assumeixen com a finalitats estatutàries la defensa i protecció del medi ambient i en relació amb infraccions en aquesta matèria; o quan del resultat del procediment sancionador es derivi per al denunciador un reconeixement de danys o un dret a indemnització (STS de 16 de març de 2016). També es reconeix legitimació en aquests procediments sancionadors a qui denuncia la realització de pràctiques contràries a la llei de defensa de la competència que afectin directament la seva capacitat competitiva, de manera que la recerca d'aquesta actuació i l'eventual sanció li pugui reportar avantatges competitius en cas de suprimir-se o limitar-se aquestes pràctiques.

L'ampliació de l'àmbit de la legitimació activa, com a necessari mecanisme per evitar que determinades actuacions administratives quedin sotretes del control jurisdiccional, ve imposada per la normativa europea que adverteix com un criteri restrictiu sobre aquest tema és contrari als principis de transparència. Un exemple d'això ho és el Conveni d'Aarhus sobre l'accés a la informació, la participació del públic en la presa de decisions i l'accés a la justícia en matèria de medi ambient, o les STJUE de 8 de novembre de 2016 (assumpte C-243/15 i C- 240/09). El citat Conveni va derivar en la Llei 27/2006, de 18 de juliol, per la qual es regulen els drets d'accés a la informació, de participació pública i d'accés a la justícia en matèria de medi ambient. Llei que estén l'acció popular en aquesta matèria.

Les sentències de la Sala Contenciosa Administrativa que aquí es comenten, si bé individualment considerades no introdueixen un cridaner criteri innovador, sí que constitueixen un exemple més de la línia interpretativa abans assenyalada.

L'objecte del recurs contenciós administratiu ho eren unes resolucions de l'Ajuntament de Palma en les quals s'aprova un projecte de demolició, així com el plec de clàusules administratives per a la contractació de les obres necessàries per escometre aquesta demolició. Conformement al criteri tradicional, l'acte administratiu encaixaria en l'àmbit de la contractació administrativa pel que únicament els potencials contractistes i interessats en l'adjudicació estarien legitimats per recórrer. No obstant això, les sentències comentades, revocant el

criteri del Jutjat Contenciós Administratiu —que havia apreciat la inadmissibilitat per falta de legitimació activa— la reconeix a les associacions demandants. Associació veïnal i associació en defensa del patrimoni històric que no impugnaven la resolució en la seva dimensió contractual, sinó quan comportava demolició d'un monument (a les víctimes del *Crucero Balears*, a sa Faixina de Palma). En la Sentència es valora: «la efectividad de la tutela judicial requiere una interpretación extensiva, también, pues, de la legitimación para recurrir, en definitiva, su manifestación en este ámbito del contencioso-administrativo, representada por el principio pro actione, endereza a la conclusión de que en ARCA sí que concurre realmente la legitimación precisa, es decir, la legitimación que le ha sido negada por el Auto ahora apelado.

Naturalmente, ARCA no toma parte en la licitación, justamente porque es la licitación misma lo que cuestiona al defender que, destinada esa licitación a adjudicar un contrato para proceder a la demolición del monumento, la oposición a esa demolición ha de poder ser defendida antes de que no tenga remedio, por ejemplo, por la ejecución del contrato a cuya adjudicación se dirige el procedimiento del que ha sido expulsada por la supuesta falta de legitimación.»

En conclusió, només una interpretació extensiva del requisit de la legitimació activa permet el correcte control jurisdiccional de l'actuació administrativa donant efectivitat al principi de la bona administració.

Fernando Socías Fuster

La resposta a una declaració responsable  
o comunicació prèvia que no compleixi amb els requisits  
materials per a l'inici de l'activitat no pot ser  
«tenir-la per desistida»

*Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 177/2019, de 10 d'abril (ponent: Sr. Socias Fuster).*

El dret administratiu espanyol ha aprofitat unes dècades d'estabilitat normativa per arrelar institucions i principis jurídics que s'han anat perfilant jurisprudencialment. Termes com nul·litat, anul·labilitat, revocació o desistiment, evocuen conceptes perfectament consolidats quant al seu contingut i abast, per la qual cosa la seva menció ja arrossega les conseqüències jurídiques inherents a la figura esmentada.

No obstant això, l'aparició d'instruments i institucions que són nous per al dret administratiu espanyol, fa que alguns d'aquells conceptes jurídics habitualment utilitzats, ja no tinguin el seu perfecte encaix en les noves figures. El mateix està ocorrent amb la transformació digital dels procediments administratius i els nous mecanismes d'intercomunicació electrònica entre administració i administrats.

D'entre les noves figures jurídiques, destaquen la declaració responsable o la comunicació prèvia, derivades de la incorporació de la Directiva de Serveis 2006/126/CE al nostre ordenament jurídic i que va tenir el seu reflex en la introducció de l'art. 71 bis de la LRJPAC (ara art. 69 de la Llei 39/2015). Per a les actuacions a les quals li són aplicables, va suposar una ruptura respecte a un sistema en el qual els operadors jurídics espanyols se sentien còmodes: sol·licitud de llicència per l'interessat, seguida de la seva concessió o denegació per l'administració i, en el cas de concessió indeguda, revisió mitjançant la declaració de nul·litat o anul·labilitat. Totes aquestes figures —sol·licitud, llicència, nul·litat, anul·labilitat— estaven perfectament perfilades per les normes de procediment administratiu i per la jurisprudència. No obstant això, com veurem, no ocorre el mateix amb els nous instruments jurídics, generant algunes disfuncions com les que aquí es comentaran.

La Sentència que motiva aquest comentari ho és en referència a una resolució administrativa que acorda el «desistiment» d'una Declaració Responsable d'Inici

d'Activitat Turística (DRIAT) perquè el Servei d'Inspecció va detectar que l'activitat desenvolupada no s'ajustava a la normativa turística. En el sistema clàssic de llicència administrativa, l'examen previ de la sol·licitud hauria comportat la denegació de la llicència o la seva revocació posterior en comprovar-se l'incompliment. Però amb la declaració responsable o la comunicació prèvia, la possibilitat d'inici de l'activitat sense haver d'esperar resposta de l'administració, comporta que el dret administratiu espanyol no tingui assolit un terme jurídic específic o figura jurídica amb «nomen» propi, per acordar la ineficàcia d'aquella declaració responsable per a l'activitat que es detecta contrària a les normes. La resolució administrativa del cas comentat va resoldre tenir «per desistit» a qui havia presentat la declaració responsable.

Davant una declaració responsable per a activitat que, malgrat el declarat, no compleix amb la normativa reguladora de l'activitat, no pot acordar-se la nul·litat, anul·labilitat o revocació, conceptes aplicables a un acte administratiu que aquí no existeix. En descarregar-se tota la responsabilitat del compliment de la normativa en el declarant, l'administració aplica la institució del desistiment, en entendre que és la que millor s'assembla, en les seves conseqüències jurídiques, al de la sol·licitud no esmenada.

No obstant això, quan les deficiències estan en la correcció formal de la documentació presentada, sense perjudici que ja s'iniciï l'activitat, l'administració pot requerir l'interessat perquè esmeni tals deficiències i, en cas contrari, tenir-li per desistit d'aquella declaració defectuosa o incompleta. Però quan la deficiència no és formal respecte a la documentació a presentar, sinó que l'activitat declarada no compleix amb la normativa reguladora de l'activitat, la conseqüència jurídica no pot ser l'aplicació de la figura del «desistiment».

La Sentència comentada diu sobre aquest tema:

«En los procedimientos iniciados a instancia de parte —como es el caso de la DRIAT— el desistimiento (art. 94.1º Ley 39/2015) constituye una potestativa expresión de voluntad del interesado para que se cese en la tramitación del procedimiento por él promovido. Y esta expresión de voluntad no se ha producido aquí.

Conforme al art. 68.1º de la Ley 30/2015, también es posible el desistimiento tácito del interesado, como consecuencia de la no subsanación de defectos dentro del plazo concedido a tal fin. Tampoco es el caso, pues ni se ha producido el requerimiento de subsanación ni tampoco la causa del archivo deriva de defectos formales subsanables.

La declaración responsable, entendida como “documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio” (art. 69.1º Ley 39/2015) permite sin más el ejercicio del derecho o actividad, sin perjuicio de las facultades de inspección y control de la Administración.

Si, a resultas de estas actividades de control, la Administración advierte que dicha declaración es inexacta o no se cumplen las condiciones para el ejercicio de la actividad, procederá a dictar resolución expresiva de tal circunstancia cesando los efectos de aquella declaración responsable. Por tanto, técnicamente no es correcta la expresión “ordenar el desistimiento”, sino que lo que procede es dictar la resolución con la declaración administrativa prevista en el art. 69.4º de la Ley 39/2015 y acordar el cese de los efectos de aquella declaración responsable.»

En la Sentència de la mateixa Sala núm. 353/2019, de 23 de juliol, sí que es va estimar correcta la resolució que acordava el desistiment d'una declaració responsable incompleta i no esmenada formalment malgrat el requeriment. En la mateixa s'explica:

«La Administración, en el ejercicio de sus potestades de control de las comunicaciones previas, puede efectuar requerimiento de la documentación (art. 69.1º) para verificar el cumplimiento de los requisitos necesarios para la inscripción de la ampliación de plazas turísticas. Concretamente, interesaba que la empresa aportase información relativo a los m<sup>2</sup> de parcela por plaza (exigido en el 5 de la LGTIB) y sobre el número máximo de unidades de alojamiento individuales (art. 88.7º de la misma Ley). Todo ello para verificar si la actividad comunicada se ajustaba a la Ley.

La falta de aportación de la documentación requerida y necesaria para el ejercicio de la actividad de control, equivale a la falta de aportación de la documentación que preceptivamente debía acompañar a la comunicación previa. Su falta de aportación en el plazo requerido comporta tener por desistido al particular de los derechos pretendidos con la comunicación previa (art. 68.1º Ley 39/2015).»

## **rjib18** JURISPRUDÈNCIA

*Fernando Socías Fuster*

En conclusió, la figura del desistiment tàcit únicament és possible davant la falta d'esmena de la declaració o comunicació en els seus aspectes formals. L'absència d'un terme o figura jurídica, de les fins ara utilitzades, amb les quals qualificar la conseqüència administrativa a una declaració responsable o comunicació prèvia correctament presentades en el pla formal, però per a una activitat contrària a les normes, no ha de conduir-nos a la invocació d'institucions inaplicables sinó a la creació d'altres noves, com simplement una declaració administrativa d'ineficàcia d'aquella declaració responsable o comunicació prèvia.

Fernando Socías Fuster

## La reducció del termini de prescripció de les ordres de demolició a tan sols cinc anys, per efecte de la reforma de l'article 1964 Cc

*Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 261/2019, de 29 de maig (ponent: Sr. Socías Fuster).*

La conseqüència immediata a la constatació d'obres il·legals i no legalitzables en un procediment de disciplina urbanística és la reposició de la realitat física alterada. Normalment, mitjançant l'ordre de demolició.

No és infreqüent que les administracions públiques competents per instar l'execució d'aquestes ordres de demolició facin desistiment de les seves funcions i, després d'aconseguir el cobrament de la sanció pecuniària, la seva actuació per aconseguir la reposició material es limiti a un requeriment a l'infractor, però sense realitzar un seguiment puntual de les actuacions que assegurin aquesta reposició. No s'analitzaran aquí les raons que porten a això, com tampoc el canvi de tendència que ha suposat l'entrada en joc de les agències insulars de protecció de la legalitat urbanística.

Similar disfunció es presenta amb l'execució de sentències en les quals s'acorda la demolició. Si a la falta d'acció del recurrent per aconseguir l'execució li segueix la falta de verificació del compliment per l'òrgan jurisdiccional, fàcilment s'arriba a retards afectats pels terminis de prescripció.

En el procediment administratiu, el problema de l'incompliment voluntari de les ordres de reposició de la realitat física alterada ha estat corregit amb encert per la Llei 12/2017, de 29 de desembre, d'urbanisme de les Illes Balears (LUIB). Primer, mitjançant la imposició de multes coercitives, la qual cosa és un recurs de fàcil tramitació per a l'administració actuant enfront de la incòmoda execució subsidiària; segon, mitjançant la reducció substancial de les sancions fomentant el compliment voluntari i puntual de les ordres de demolició. I, en relació amb l'objecte d'aquest comentari, la LUIB ha fixat un termini màxim de quinze anys per a l'execució subsidiària de l'ordre de restabliment per part de l'administració (art. 194.4).

No obstant això, per naturals raons temporals, fins a l'entrada en vigor de la LUIB s'han tramitat nombroses execucions d'ordres de reposició, que després deriven en contenciosos judicials en els quals s'aplicarà la legislació anterior. La disposició

transitòria vuitena de la LUIB estén el termini dels quinze anys a les ordres de restabliment en tràmit, però aquesta extensió no cobreix els supòsits en què s'hagi guanyat la prescripció conformement amb les regles de la normativa anterior. Especialment, i en motiu allò que afecta aquest comentari, tampoc no cobreix els casos d'execució judicial de sentències que acorden la demolició. Sobre aquests supòsits versa el present comentari de jurisprudència.

La Llei balear 10/1990, de 23 d'octubre, de disciplina urbanística, no fixava termini de prescripció per a l'ordre de demolició, la qual cosa havia conduït a la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB a interpretar que l'ordre administrativa de demolició no estava subjecta a termini de prescripció. S'afirmava així en sentències de 15 d'octubre de 1999 (rec. 87/1998), de 29 d'octubre de 1999 (rec. 698/1999), de 30 de maig de 2000 (rec. 682/1997), de 2 de juny de 2008 (rec. apel. 77/2008) i d'11 de maig de 2009 (rec. apel. 39/2009). Això en interpretar-se que els actes posteriors a l'ordre de demolició serien simples actes executius d'un acte administratiu definitiu i ferm que posava fi a la fase declarativa del procediment de restauració de la legalitat urbanística, sense que el simple pas del temps privés d'eficàcia l'ordre de demolició.

Aquest criteri va ser corregit en la Sentència de la mateixa Sala núm. 381/2015, de 3 de juny (rec. apel. 80/2015), precisant que l'acció per executar una ordre de demolició sí que estava subjecta a termini de prescripció. Malgrat que tal prescripció no estava contemplada en cap norma urbanística autonòmica o subsidiària estatal, com tampoc en cap norma reguladora del procediment administratiu general, es va interpretar que els principis de seguretat jurídica i interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics (art. 9.3 CE) motivaven que, mancant legislació específica sobre aquest tema, s'apliqués l'institut de la prescripció.

Una vegada determinat que l'ordre de reposició sí que estava subjecta a prescripció, el següent era precisar el termini a computar. Per a això havia de rebutjar-se:

- i) El termini previst per a la prescripció de les sancions recollit en el llavors vigent art. 132 LRJPAC. En aquest sentit la STS de 25 de novembre de 2002 (rec. 1017/1999) ens diu que «[n]o es aplicable a una orden de demolición el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, ya que no nos encontramos ante una sanción administrativa sino ante un acto firme de restablecimiento de la legalidad vulnerada».
- ii) L'aplicació analògica del termini de cinc anys previst per promoure l'execució de les sentències de l'art. 518 LEC. Encara que algun Tribunal sí que el va

aplicar (STSJ de Madrid de 25 de juny de 2009), el Tribunal Suprem, en la Sentència de 25 de novembre de 2009 confirmant el criteri del TSJIB, va rebutjar aquesta interpretació analògica.

D'aquesta manera es va consolidar la doctrina conforme a la qual el termini de prescripció aplicable era el general dels quinze anys previst en l'art. 1964 Cc per a les accions personals (sentències del TS de 18 de novembre de 2009, de 25 de novembre de 2009 i de 29 de desembre de 2010, de 17 de desembre de 2010 i de 25 de maig de 2011).

La reforma de l'art. 1964 Cc feta per la Llei 42/2015, d'1 d'octubre, va reduir a cinc anys el termini de prescripció, la qual cosa en determinats supòsits pot provocar la prescripció d'ordres de demolició per transcurs d'un termini excessivament breu en relació amb els terminis de prescripció de la infracció. La disposició transitòria vuitena de la LUIB serveix per als expedients administratius en tramitació, però no per als supòsits en què l'ordre de demolició deriva d'execució de sentència judicial. Per a aquests últims, recordem que la STS de 25 de novembre de 2009 havia descartat el termini processal dels cinc anys de l'art. 518 LEC, sens dubte per ser més convenient el dels quinze anys de l'art. 1964 Cc. Però en quedar aquest igualment reduït als cinc anys, s'enfonsen les raons que justificaven acudir al més llarg termini del Cc.

En la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears aquí comentada es posa de manifest que:

«La reducción del plazo del art. 1964 CC por efecto de la Disposición Final Primera de la Ley 42/2015, de 5 de octubre —de 15 a 5 años— produce una discordancia con respecto al plazo de prescripción de las infracciones urbanísticas (en general de 8 años en el art. 73.1º de la entonces vigente Ley 10/1990). No resulta coherente que el plazo para iniciar medidas contra una actuación presuntamente constitutiva de infracción urbanística sea mayor que el plazo para atajar la desobediencia a una orden de demolición ya firme, adoptada en el seno de un procedimiento administrativo contradictorio y que ha determinado la necesidad de reponer la realidad física alterada.

Si el objetivo de la acción administrativa de protección de la legalidad urbanística ha de ser la reposición de la realidad física alterada con respecto a aquellas actuaciones no susceptibles de legalización, el incumplimiento de la orden administrativa de demolición no puede quedar favorecido por unos plazos de prescripción más favorables con respecto al plazo para descubrir la infracción».

Aquests eren, entre d'altres, els arguments de la STS de 25 de novembre de 2009 per rebutjar el termini dels cinc anys de l'art. 518 LEC i aplicar els quinze anys de l'art. 1964 Cc.

A partir d'aquesta incoherència, la Sentència replanteja l'aplicació analògica del termini de l'art. 1964 Cc, assenyalant que «de la misma forma que en nuestra sentencia 381/2015 acudimos analógicamente al plazo del art. 1964 CC (entonces de 15 años), nada impide que, ante la reducción de dicho plazo por la reforma legal citada, acudamos al criterio de otra norma distinta —pero más cercana— en lo que se refiere a la fijación analógica de un plazo de prescripción de la acción administrativa para ejecutar la orden de demolición acordada. Y este plazo lo es el de los 8 años del art. 73.1º de la entonces vigente Ley 10/1990.

Son razones de prevalencia del interés público en la acción administrativa para la protección de la legalidad urbanística las que ahora impiden la aplicación analógica del plazo de prescripción reducido de los 5 años para las “acciones personales”, entendidas como acciones en las que se ejercita una pretensión frente a una obligación personal del demandado. La orden de demolición tiene un componente real pues la obligación de demoler se proyecta sobre el que sea titular de la obra en el momento de la ejecución de la orden. Como indica la STS de 27 de septiembre de 2013 (rec. cas. 2674/2011) sería una obligación *propter rem*.»

En conclusió, aquells supòsits no coberts per la disposició transitòria vuitena de la LUIB i, especialment, les ordres de demolició derivades de sentències judicials, no quedarien afavorits per la reducció del termini de prescripció de quinze a cinc anys de l'art. 1964 Cc. El termini al qual ha d'acudir-se analògicament és el previst per a la prescripció de les infraccions urbanístiques.

Fernando Socías Fuster

## El Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears aprecia un vici de legalitat estructural en la regulació de la capacitació lingüística en l'àmbit de la salut

*Sentències de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 14/2020 i 15/2020, de 16 de gener (ponent: Sr. Delfont Maza).*

### **La complexitat del debat sobre l'ús de les llengües oficials en el sistema sanitari**

La controvèrsia sobre l'ús de les llengües oficials en el sistema de salut no és una novetat i posa en relleu els obstacles que condicionen el procés de normalització del català a les Illes Balears. Durant la VII Legislatura (2007-2011) s'aprova el Decret 24/2009, de 27 de març, norma que regula per primera vegada l'exigència de coneixements de català en el sector públic sanitari. El reglament norma estableix un termini de dos anys per acreditar el nivell lingüístic i configura un règim flexible d'exempcions en els casos que la prestació assistencial pugui quedar afectada. En aquell moment ja es fa palès l'alt índex de personal estatutari procedent altres comunitats autònomes que presta serveis en el Servei Balear de Salut; i també queda constància de la resistència d'una part del sector sanitari a la nova regulació. Durant la VIII Legislatura (2011-2015), i amb l'argument que el requisit del català frena la vinguda de bons professionals de la sanitat, el legislador deroga el Decret 24/2009, de 27 de març. Posteriorment, en un context més favorable per a l'impuls de la llengua pròpia, la Llei 4/2016, de 6 d'abril, de mesures de capacitació lingüística per a la recuperació de l'ús del català en l'àmbit de la funció pública, fixa la competència lingüística dels servidors públics per facilitar als ciutadans l'ús del català.

Al Decret 8/2018, de 23 de març, pel qual es regula la capacitació lingüística del personal estatutari del Servei de Salut de les Illes Balears, objecte de la Sentència comentada, li correspon determinar quin és el nivell que s'exigeix en els procediments d'ingrés i mobilitat per ocupar places de personal estatutari i la manera com s'han d'acreditar els coneixements.

Els factors i agents que intervenen en el debat sobre l'ús de les llengües oficials en el sistema sanitari són singulars. La qual cosa fa incrementar la seva complexitat:

- Els usuaris del Servei de Salut tenen dret a una atenció sanitària de qualitat en qualsevol de les llengües oficials; és obvi, així mateix, que les barreres en

la comunicació afecten la seguretat i la qualitat de l'atenció que reben els pacients i la resposta que el personal sanitari pot oferir als malats. En els territoris en els que hi ha dues llengües oficials, les administracions responsables han d'assegurar entre els drets dels usuaris, amb l'objectiu d'oferir una atenció eficaç i eficient, una comunicació efectiva entre pacients i facultatius com una part ineludible de la qualitat assistencial. Altrament, els poders públics hauran de tenir en compte, també, la disponibilitat dels recursos humans i la realitat del territori, que en el cas de Balears està sotmesa a una forta pressió poblacional i turística.

- Per assegurar els drets lingüístics dels pacients i usuaris, els professionals del Servei de Salut han d'estar en disposició de proporcionar atenció mèdica accessible, segura i de qualitat; i per això, i per millorar l'assistència sanitària en igualtat de condicions, els facultatius que prestin els serveis a la Comunitat Autònoma, encara que procedeixin de fora de Balears, hauran de ser competents en les dues llengües oficials i han de tenir facilitats per adquirir una capacitat lingüística que asseguri la competència comunicativa. Tot i que no té sentit contraposar la competència lingüística amb la capacitat professional, encara hi ha qui veu les previsions sobre els usos lingüístics en l'àmbit de la salut com una imposició injustificada i discriminatòria cap al personal sanitari. Resulta molt difícil avançar amb la implantació de la capacitat lingüística del personal sanitari sense una actitud oberta i compromesa dels destinataris de la norma.
- A Balears i a la resta de l'Estat, les revisions periòdiques del règim legal de la llengua —més encara quan afecta un àmbit tan sensible com és el de l'atenció sanitària— són objecte d'instrumentalització política i confrontació social. L'oposició a les mesures de protecció i promoció de l'ús institucional i social de la llengua pròpia —que són vistes com a accions discriminatòries respecte del castellà— contribueixen a crear un relat distorsionat sobre la realitat social de les llengües oficials a les Illes Balears. Les alternances de les majories polítiques parlamentàries i de govern condicionen clarament la progressió de les polítiques lingüístiques, en general i en l'àmbit sanitari. Aquesta inestabilitat ha servit per mostrar, al menys des de la VI Legislatura, les diferències irreconciliables en matèria lingüística i la incapacitat d'adoptar un acord bàsic i de principis, capaç de superar oportunitats i vel·leitats polítiques.

La controvèrsia sobre el Decret 8/2018, de 23 de març, mostra, una vegada més, la dificultat per fer efectiva la igualtat entre llengües oficials quan la iniciativa no troba el suport polític suficient i el context polític estatal és advers.

### **Requisits lingüístics i accés a la funció pública en la jurisprudència del TSJIB**

La doctrina del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears sobre el model lingüístic en l'àmbit de l'administració pública és prou coneguda. A l'empara del marc normatiu vigent —contingut, principalment, en l'Estatut, la Llei de normalització lingüística i la normativa sobre els empleats públics— la Sala n'ha sintetitzat els elements més significatius: a) les institucions de les Illes Balears garantiran l'ús normal i oficial de la llengua catalana; b) l'ús habitual i general de la llengua pròpia en l'àmbit oficial i administratiu és un factor de normalitat i eficàcia que han de promoure els poders públics; i, c) els recursos humans de l'Administració autonòmica han d'estar capacitats de forma adequada per assegurar garantia dels drets lingüístics dels ciutadans. Aquesta jurisprudència ha estat conformada en les diverses resolucions que s'han centrat en l'exigència del coneixement de la llengua catalana i el dret d'accés a la funció pública en condicions de igualtat. Ens referim, principalment, a les sentències núm. 142/2010, de 23 de febrer, i núm. 616/2011, de 12 de setembre (amb cita de la Sentència de la Sala núm. 611/2009), que resolen la impugnació del Decret 114/2008, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament que regula l'exigència de coneixements de llengua catalana en els procediments selectius d'accés a la funció pública i per ocupar llocs de treball que es convoquin en l'àmbit de la Comunitat Autònoma. La mateixa doctrina ha estat reiterada, entre altres, en les sentències núm. 875/2010, de 5 d'octubre; núm. 911/2011, de 23 de novembre; núm. 471/2015, de 6 de juliol, i núm. 67/2019, de 31 de gener. Resten per fer, encara, dos apunts més envers la jurisprudència continguda en la Sentència 142/2010, de 23 de febrer, rellevants pel cas que ara ens ocupa. D'una banda, el caràcter progressiu del procés normalitzador («el paso efectivo del bilingüismo oficial al bilingüismo real es una tarea evolutiva, progresiva y en alguna medida pendiente aún hoy»); i, de l'altra, que en concret «la progresividad [en el nivel de conocimiento exigible] puede verse excepcionada en algún caso en atención a la ineludible garantía de los intereses generales más prioritarios, esto es, para salvaguardar la prestación efectiva —y satisfactoria— de los servicios públicos esenciales.» (fonament jurídic segon).

De manera més específica, la Sala s'ha pronunciat sobre les possibles exempcions de l'exigència de la capacitat lingüística per a determinades categories de personal estatutari i laboral en l'àmbit de la salut. Recordem que el Decret 24/2009, de 27 de març, en contemplava dues d'excepcions, tant en les convocatòries de selecció com en les de mobilitat; la primera, quan la prestació

assistencial pogués resultar afectada a causa de la insuficiència de professionals; la segona, quan s'hagués de contractar investigadors o científics d'àmbit nacional o internacional. Per apaivagar l'impacte del Decret 24/2009, es dicten diverses resolucions —la primera de 31 de març de 2009— amb l'objectiu de dispensar per un període de tres anys l'exigibilitat de coneixements de català en els processos de selecció i mobilitat referits a determinades categories. El Decret i la Resolució foren objecte d'impugnació per part d'una auxiliar d'infermeria interina, a través d'un procediment especial per a la protecció dels drets fonamentals de la persona, per considerar que s'havien infringit els drets fonamentals reconeguts en els art. 14 i 23.2 de la Constitució. La Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, de 14 de setembre de 2009, declara que el Decret i la Resolució impugnats són conformes als preceptes constitucionals invocats. Els arguments que utilitza la Sala per desestimar el recurs jurisdiccional foren els següents:

«La causa o fundamento de la norma que ampara el privilegio de eximir del requisito de conocer la lengua catalana a determinadas categorías de personal funcionario o laboral del Ib-Salud, consiste en una situación excepcional (y grave), que es la potencial o real afectación de la prestación asistencial, la cual, en primer término, afecta al interés público, y con carácter más mediato, a otros derechos de las personas, como la salud, la integridad física y moral, incluso, en último extremo, la vida.

La norma privilegiada, redactada en términos subjetivamente genéricos, no implica una regla discriminatoria hacia ningún colectivo de actuales o potenciales funcionarios o empleados del Ib-Salud, ya que el presupuesto habilitante de la excepción (que) legitima ese trato diferenciado, esto es, que pueda perjudicarse la asistencia en los establecimientos sanitarios de carácter público a los distintos usuarios, reviste notoriamente una gran trascendencia.

Serán estas resoluciones administrativas dictadas al amparo de la facultad excepcional señalada reglamentariamente las que, en su caso, y si no atendiesen a las condiciones habilitantes que legitiman la exención, introduciendo privilegios inmotivados e injustificados ultra vires, pudieran cercenar el derecho fundamental previsto en el artículo 23.2 CE».

Aquesta resolució va ser confirmada per la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem de 23 de febrer de 2011.

### **La impugnació del Decret 8/2018, de 23 de març**

El Sindicat de Treballadores i Treballadors de l'Ensenyament-Intersindical de les Illes Balears (STEI-i) i la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) interposen sengles recursos contenciosos administratius envers determinats preceptes del 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.

En el recurs formulat per l'STEI-i s'impugnen, concretament, els tres primers apartats de l'art. 5 («Previsions específiques per a l'acreditació de la capacitat lingüística»), en la mesura que exigeix l'acreditació de la titulació en casos en què la manca de professionals pugui afectar la prestació assistencial; quan estableix que la no acreditació del nivell requerit no determina la pèrdua de la condició de funcionari, i perquè contempla un règim similar en els procediments de selecció del personal sanitari temporal. També s'impugnen els art. 6 —que conté previsions específiques per a l'acreditació de la capacitat lingüística en els procediments de mobilitat— i 7 —sobre els efectes de la manca d'acreditació de la capacitat lingüística sobre la carrera professional i els processos de mobilitat—, per entendre que no s'avenen a les noves exigències establertes en la Llei 3/2007, de 27 de març. A més, es considera contrària a dret la disposició addicional quarta —en la mesura que trasllada l'aplicació del règim previst en l'art. 5 també al personal de les categories d'agrupacions professionals—. En relació amb la disposició transitòria quarta, s'argumenta que tampoc estableix conseqüències de la no acreditació del coneixement de català per part del personal estatutari fix que participi en el primer procediment de mobilitat. La impugnació de la disposició final segona —sobre el caràcter transitori de les previsions del Decret— es fonamenta en la contravenció de la disposició transitòria segona de la Llei 4/2016, de 6 d'abril, que fixa el requisits de la llengua catalana pel personal estatutari i laboral del Servei de Salut mentre no es produeixi el desenvolupament reglamentari de la Llei.

Per la seva banda, la CSIF pretén la nul·litat del Decret 8/2018, de 23 de març, per considerar que la norma converteix en un mèrit el que la Llei estableix com a requisit per a l'accés i la promoció en la funció pública. En concret, argumenta que els art. 6, 7 i 8 del reglament impugnat configuren un règim d'exempcions confús que, a més, penalitza els drets de promoció i mobilitat del personal estatutari del Servei Balear de Salut. Específicament, i en relació amb l'art. 7 —que, com hem dit, estableix les conseqüències en el cas de manca d'acreditació de la capacitat lingüística—, argumenta que conté una expressa limitació dels drets dels empleats públics sense respectar el principi de reserva de llei.

**La fonamentació jurídica de les resolucions. La reserva de llei del règim estatutari dels empleats públics**

La Sala parteix d'una anàlisi del marc normatiu que regeix la competència lingüística dels servidors públics i que es configura com a paràmetre jurídic per a l'aprovació de la normativa que ha de desplegar la capacitat lingüística del personal estatutari del Servei de Salut. En concret, invoca la regulació de la Llei 3/2007, de 27 de març, de funció pública, que, d'una banda, preveu que «[l]es relacions de lloc de feina de personal funcionari i de personal laboral han d'incloure», entre altres dades, el «[n]ivell exigít de coneixement de la llengua catalana, en els termes que s'estableixin reglamentàriament» (art. 30.1.d); i que, a més, disposa com a requisít d'accés a la funció pública la necessitat d'«[a]creditar el coneixement de la llengua catalana que es determini reglamentàriament, respectant el principi de proporcionalitat i adequació entre el nivell d'exigència i les funcions corresponents» (art. 50.1.f).

A partir d'aquí, i de forma quelcom assistemàtica, les resolucions es refereixen a «la conservació de la diversitat idiomàtica y sobre el nivel de conocimiento de la lengua catalana exigible». La Sala deixa paleses algunes de les premisses bàsiques del règim de la cooficialitat lingüística, conseqüència del multilingüisme establert en el sistema constitucional espanyol. També es refereix succintament a les competències autonòmiques en relació amb el tractament de l'ús de les llengües a l'Administració (amb cita de jurisprudència de la mateixa Sala). I, encara, fa un breu esment a la jurisprudència constitucional sobre el procés de normalització lingüística que vincula les institucions autonòmiques a l'adopció de mesures per establir un estàndard de protecció suficient de la llengua pròpia. Tot això, per acabar apuntant els canvis que s'han produït a nivell normatiu sobre l'exigència de determinats coneixements de la llengua pròpia i cooficial per a l'accés a la funció pública.

A continuació, les resolucions aprofundeixen en aquella darrera idea i es refereixen als drets i els deures lingüístics en l'esfera de la funció pública. Es remarca que l'exigència de coneixement de la llengua oficial per a l'accés a la funció pública en l'àmbit autonòmic ha superat el control de constitucionalitat, sempre i quan aquell requisít atengui a la capacitat per desenvolupar la funció de què es tracti i s'estableixi de forma proporcionada al tipus i nivell de la funció o lloc que s'ha de desenvolupar. Es recorda, també, que la capacitat lingüística dels empleats públics és una garantia dels drets lingüístics individuals dels ciutadans, en el sentit que les administracions públiques estan en disposició d'atendre'ls en la llengua elegida. S'afirma, reiterant la coneguda jurisprudència continguda, entre altres, a la Sentència de la mateixa Sala 142/2010, de 23 de febrer, que «[l]a

capacitación lingüística concierne al uso de la lengua catalana como lengua de servicio», que «[e]l derecho constitucional de los ciudadanos a ser atendidos en catalán [...] sumado a [...] la eficacia administrativa o la normalización lingüística, hacen preciso que la Administración de la Comunidad Autónoma otorgue relevancia jurídica al conocimiento de la lengua catalana al objeto del ingreso y/o la provisión de plazas en la función pública de las Illes Balears». I es finalitza aquest recordatori amb la referència a la possible modulació que pot afectar la progressivitat en l'exigència del nivell de la llengua catalana, també esmentada en la Sentència de 2010, «en atención a la ineludible garantía de los intereses generales más prioritarios, esto es, para salvaguardar la prestación efectiva —y satisfactoria— de los servicios públicos esenciales.»

Seguidament, atès que la qüestió objecte de debat afecta la regulació al règim estatutari dels empleats públics, la Sala realitza una referència a la reserva de llei que formula la Constitució en relació amb les decisions considerades essencials. Conscient de la dificultat de delimitar quin és l'àmbit de la reserva material sobre l'estatut dels funcionaris, i partint de la distinció entre la reserva absoluta i reserva relativa, conclou que la reserva de llei de l'art. 103.3 CE és de caràcter absolut, tot admetent certa flexibilització en l'àmbit de les relacions especials de subjecció, com succeeix amb relació als empleats públics. No debades, la jurisprudència constitucional (entre altres, la STC 1/2003, de 16 de gener, reiterant la doctrina establerta en resolucions anteriors), admet que aquesta reserva no impedeix la col·laboració de les normes reglamentàries, sempre que actuïn com a complement de la regulació legal i que sigui indispensable per optimitzar el compliment de les finalitats previstes per la Constitució o per la pròpia llei. Per la qual cosa, la Sala planteja com a premissa, en aquest punt, que al reglament li correspon «la función de colaborar con la ley en la tarea de completar o desarrollar las determinaciones legales, [...] el establecimiento de los detalles de la decisión esencial [...] de la regulación legal». I, més concretament, centra l'enfocament que haurà de tenir en el present cas, en què es debat l'ajustament del Decret 8/2018 a allò que preveu la disposició transitòria segona de la Llei 4/2016, de 6 d'abril, de mesures de capacitat lingüística per a la recuperació de l'ús del català en l'àmbit de la funció pública.

### **L'argument definitiu. Requisits lingüístics i la privació de drets subjecta al principi de reserva de llei**

Arribats a aquest punt, la Sala recorda, novament, la possibilitat de «pausar la exigència del conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma» quan està en joc la prestació de serveis públics essencials. I posa l'accent que aquesta

decisió correspon al legislador. De la mateixa manera, les resolucions posen en relleu que, un vegada determinada per la Llei l'exigència del coneixement de la llengua catalana per tots els empleats públics (també pel personal estatutari i laboral del Servei de Salut de les Illes Balears) com a requisit d'accés i promoció en la funció pública, el reglament haurà de concretar-lo de forma proporcional i adequada al nivell d'exigència i a les funcions corresponents. I això sense entrar en contradicció amb les previsions legals pel que fa a aquesta exigència i sense restringir els drets legalment reconeguts als destinataris de la norma. En relació amb les previsions contingudes en l'art. 7 del Decret 8/2018, de 23 de març, es conclou, en definitiva, que la privació de la carrera professional (com a dret individual en correspondència amb la prestació del servei, segons l'art. 14.c del Reial decret legislatiu 5/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de l'Estatut bàsic de l'empleat públic) és nul·la de ple dret (ex art. 47.2 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre); i que la privació de forma desproporcionada del dret a la mobilitat és contrària a llei (ex art. 129.3 de mateixa Llei 39/2015).

Podem dir que la Sala analitza les decisions contingudes en el Decret 8/2018 no tant des de la perspectiva del que es pot fer per a l'ús normalitzat del català en l'àmbit de la salut, sinó de com s'haurà de fer. Queda clar que els poders públics poden establir el coneixement de la llengua catalana com a requisit general en els procediments d'ingrés i mobilitat per ocupar places de personal estatutari, sempre hi quan es faci de forma ajustada i proporcionada al tipus i nivell de la funció o el lloc que s'ha de desenvolupar. Del marc normatiu vigent, a partir de l'aprovació de la Llei 4/2016, de 6 d'abril, es dedueix clarament que el coneixement de la llengua catalana és un requisit per poder accedir o participar en procediments de provisió de places. El debat rau en la forma en què es pot produir aquesta exigència i a qui correspon al·lertir, si s'escau, la implantació del requisit en funció de la insuficiència dels professionals del sector sanitari. Es sabut que aquella implementació pot ser gradual i progressiva quan puguin quedar afectats drets i béns jurídics de la màxima vinculació (la vida i la salut de les persones). En relació amb el Decret impugnat, es podria entendre que el legislador dona cobertura a aquesta flexibilitat en el sentit que la Llei 4/2016 preveu situacions específiques —quan la prestació assistencial pugui resultar afectada per la manca o insuficiència de professionals, o quan s'hagin de contractar investigadors o científics d'àmbit nacional o internacional— en què es poden eximir temporalment els requisits de coneixement de llengua catalana exigits per la pròpia norma (disposició transitòria segona, 3). I, a més, la mateixa Llei permet al Govern determinar la data a partir de la qual l'exigència de coneixements de llengua catalana serà efectiva en els procediments en matèria de personal

(disposició transitòria quarta, 2). Es pot pensar que quan el Decret 8/2018, de 23 de març, estableix una moratòria de dos anys per presentar l'acreditació del requisit del coneixement del català o, fins i tot, quan estableix les conseqüències de no complir amb l'acreditació en el termini establert —no es perd la condició de funcionari, però no es podrà participar en els concursos de trasllat ni es podrà accedir a la carrera professional—, pretén de conformitat amb l'esperit i la lletra de la Llei 4/2016, conjugar de forma temporal les necessitats assistencials —atenent al caràcter prevalent del dret a la salut— amb les garanties dels drets lingüístics dels usuaris del servei, que es materialitzen mitjançant la capacitació dels professionals del sector sanitari.

Tanmateix, la Sala parteix del plantejament que la Llei 4/2016 reintrodueix els coneixements de llengua catalana com a requisit d'accés a la funció pública i per participar en els procediments de provisió (també a l'àmbit de la salut). A més, es considera que la norma no conté cap previsió sobre una progressiva exigència del coneixement de la llengua catalana i que aquella exigència es produeix directament per voluntat del legislador. Conforme a aquestes premisses, la Sala circumscriu l'habilitació reglamentària en la determinació del nivell concret que s'exigeix per accedir o participar en els procediments de provisió de places, però sense alterar ni contradir cap de les decisions bàsiques establertes pel legislador. En la Sentència que resol el recurs de l'STEI-i la Sala no entra a analitzar concretament la legalitat dels tres primers apartats de l'art. 5, que fixa les previsions específiques per a l'acreditació de la capacitació lingüística —aplicable, també, a les categories d'agrupacions professionals, en virtut de la disposició addicional quarta—; ni tampoc examina el dubte de legalitat que planteja el recurrent envers la disposició final segona del Decret —sobre el caràcter «transitori» de les previsions contingudes en el Decret— en relació amb la disposició transitòria segona de la Llei 4/2016. En les dues resolucions, la Sala se centra només en les conseqüències de la no acreditació del coneixement exigít, per concloure que la privació de l'accés a la carrera professional (dret bàsic de l'empleat públic) implica un vici de nul·litat radical; mentre que la privació de forma desproporcionada del dret a la mobilitat és contrària a llei. A partir d'aquí, i sense més argumentació, la Sala aprecia que el Decret incorre en un vici de legalitat estructural que afecta el seu contingut íntegre.

### **Conclusió**

En quasi quaranta anys d'oficialitat i d'usos institucionals de la llengua catalana s'ha pogut constatar que avançar en la igualtat jurídica entre llengües no és una escomesa fàcil. La doctrina acadèmica ha deixat palès, en aquesta darrera etapa i a

nivell general, la progressió en el procés de debilitació de l'estatus de les llengües oficials distintes del castellà. No debades, és evident com n'ha quedat de desdibuixada la noció de «llengua pròpia» (principalment a partir de la STC 31/2010, de 28 de juny). Igualment, la insistència mantinguda, també per part del Tribunal Suprem, sobre l'absolut equilibri entre llengües oficials resulta de molt difícil encaix amb el necessari impuls i promoció de les llengües pròpies previst en els texts estatutaris i legals. A nivell autonòmic, les fluctuacions que s'han produït segons les majories parlamentàries i de govern en la legislació i la regulació relativa a la promoció i l'ús de la llengua catalana mostren la fragilitat del seu règim jurídic. Aquesta conjuntura, lluny de configurar un marc estable i de finançament continuat per a la plena normalització del català, es converteix en camp d'abonament per a possibles instrumentalitzacions polítiques de la llengua, en fer-la element de confrontació social.

La controvèrsia recent sobre l'ús de les llengües oficials en el sistema de salut és un bon exemple de les dificultats que comporta la recuperació d'una llengua minoritzada, encara que sigui oficial i la legislació comprometi els poders públics a aconseguir la plena igualtat amb el castellà. Les sentències de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia admeten que la capacitat lingüística dels empleats públics permetrà conformar l'ús del català com a llengua amb capacitat de servei. Recordem, també, que el dret dels usuaris a ser atesos en la seva llengua i el mandat estatutari per establir mesures de suport i de normalització lingüística fan necessari que s'atorgui rellevància jurídica al coneixement del català. Correspon a les institucions autonòmiques ordenar el coneixement de la llengua catalana com a requisit d'accés a la funció pública. Només d'aquesta manera es podrà produir un avanç en la igualtat de tracte de tots els usuaris i ple reconeixement dels drets lingüístics dels ciutadans.

Maria Ballester Cardell

## El Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears avala la licitud del Decret de l'impost balear sobre estades turístiques

*Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 24/2020, de 27 de gener (ponent: Sr. Fiol Gomila).*

Ja han passat uns anys des que el Parlament de les Illes Balears, a través de la Llei 2/2016, de 30 de març, va decidir establir l'impost sobre estades turístiques, norma que es va desplegar pocs mesos després mitjançant el Decret 35/2016, de 23 de juny. Però, quan no havia transcorregut ni mig any de la vida d'aquest tribut, ja n'era objecte de recurs davant el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears (TSJIB). Concretament, la Federació Empresarial Hotelera de Mallorca va interposar recurs contenciós administratiu i, admès aquest a tràmit, formalitzar demanda contra l'esmentada norma reglamentària. La finalitat era clara: que el Decret 35/2016 es declarés contrari a l'ordenament jurídic i, per tant, nul de ple dret. L'escrit de demanda es va assentar, bàsicament, en tres motius. Per una banda, en la vulneració de l'art. 56 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE), atès que la part demandant pensa que el tribut es configura com una mesura discriminatòria incompatible amb la lliure prestació de serveis. Per altra banda, en la infracció de l'art. 4.1 de la Llei 2/2016, de 30 de març, tenint en compte que, en opinió de la part actora, el Reglament pareix limitar el fet imposable de l'impost en contra dels desitjos del legislador. I, finalment, en la vulneració del principi de reserva de llei, contemplat per l'art. 31.3 de la Constitució espanyola (CE), així com de l'art. 50 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, general tributària (LGT), tenint en compte, segons el parer de la recurrent, que s'ha creat un nou impost sense la deguda cobertura legal. Emperò, recentment, el 27 del passat mes de gener, el TSJIB va desestimar íntegrament el recurs contenciós administratiu, impeding que prosperessin els motius de la demanda i avalant, per tant, la regulació reglamentària de l'impost balear sobre estades turístiques.

### **La nul·la incidència del tribut en la lliure prestació i recepció de serveis a l'àmbit de la Unió Europea**

La part recurrent, com ja s'ha avançat, pretenia que es declarés la nul·litat de ple dret del Decret 35/2016 per entendre que aquesta norma vulnera l'art. 56 TFUE

(«quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación»). El TSJIB assenyala que l'anàlisi d'aquesta qüestió requereix examinar, bàsicament, tres aspectes: el concepte de lliure prestació de serveis, la restricció discriminatòria a la lliure prestació del servei i el caràcter desproporcionat de la restricció.

Amb relació a la lliure prestació de serveis, i, particularment, als serveis turístics prestats al territori de les Illes Balears, recorda el Tribunal que els destinataris dels serveis —els turistes— han de poder desplaçar-se lliurement des de l'Estat membre del qual són nacionals als estats membres dels prestadors dels serveis. Afegeix al respecte que si bé és cert que aquesta llibertat queda garantida pel Dret de la Unió Europea, també és cert que això no impedeix que, en el cas d'Espanya, les comunitats autònomes —com en són exemple Catalunya i Balears— puguin establir tributs, en el marc de la seva política tributària i respectant sempre el Dret comunitari, que sotmetin a tributació l'activitat turística. Fins i tot, segons afirma igualment el Tribunal, cal entendre que l'aplicació d'aquest impost no suposa l'existència de restriccions discriminatòries, com defensà la part actora; en aquest sentit, recorda encertadament el Tribunal que la regulació de l'impost estableix que són subjectes passius contribuents totes les persones físiques que duen a terme una estada turística en algun dels llocs (establiments, habitatges o embarcacions) als que es refereix la seva normativa reguladora. Per tant, llevat de les exempcions que es regulen, que no atenen a aspectes com la residència o la nacionalitat —el que tal volta permetria qüestionar el caràcter no discriminatori d'aquest tribut—, la referència a «totes les persones físiques» (art. 6.1 de la Llei 2/2016) és un bon argument per recolzar la idea que l'impost sobre estades turístiques no és un tribut discriminatori.

A més a més, amb vinculació a aquesta darrera idea, tampoc admet el TSJIB com a argument vàlid el fet que la part recurrent es referís a l'evident desproporció entre estades realitzades per residents a l'estranger i estades realitzades pròpiament per residents a les Balears. Entén el Tribunal, de forma correcta, que aquesta circumstància no pot servir de motiu per confirmar que l'impost en qüestió és discriminatori. Encara que aquesta desproporció és innegable i evident, és cert que els residents de les Balears no estan, a causa d'aquesta condició, exempts d'abonar l'impost quan realitzen el fet imposable; és a dir, quan fan ús d'un establiment o habitatge turístic en el propi territori de les Illes Balears, per exemple.

I, en aquesta línia, recalca també el Tribunal que l'impost no constitueix una restricció a la prestació de serveis turístics a les Balears, puix que no es pot

considerar una mesura tributària de finalitat mediambiental —com sostingué la part demandant—. Clarament, i de forma important s'ha de subratllar, tal com fa l'òrgan resolutori, l'impost sobre estades turístiques té una finalitat fiscal, mentre seria erroni afirmar el contrari. Amb la implantació d'aquest impost no es busca precisament, com succeiria en el cas de tractar-se d'un tribut d'abast mediambiental, evitar que es produeixi el seu fet imposable —això és, que es produeixin estades turístiques a Balears—, sinó més aviat afavorir el turisme sostenible i que es produeixin estades de qualitat. Altrament, aquesta idea es veu necessàriament reforçada quan el Tribunal convenientment afirma que l'impost es configura com una mesura neutra i innòcua respecte dels ciutadans, atès que, partint del quadre de tarifes previst en la norma —si bé d'ençà l'establiment del tribut la tarifa s'ha vist modificada, llavors la tarifa quedava establerta entre 1 i 2 euros per dia d'estada o fracció, sens tenir en compte les possibles bonificacions—, el servei turístic no s'encareix de forma rellevant ni per als usuaris ni per a les empreses. No obstant tot això, considero que no deixa de resultar paradoxal que si bé es busca afavorir el turisme sostenible, es regulin certes bonificacions per estades durant la temporada baixa de l'any o, sobretot, determinades exempcions, com per exemple la que fa referència als menors de 16 anys.

Comptat i debatut, per tant, conclou el TSJIB que l'impost sobre estades turístiques no es pot considerar contrari al Dret de la Unió Europea, concretament a la lliure prestació de serveis regulada en l'art. 56 TFUE, atès que, a l'hora d'haver-se de liquidar l'impost, no es produeix discriminació entre ciutadans de distints estats membres de la Unió Europea per raons subjectives que tinguin a veure amb la seva nacionalitat o residència, i perquè, tenint en compte la finalitat fiscal i no mediambiental del tribut així com les tarifes que se'n regulen, tampoc es pot sostenir la idea que és un tribut que suposa una restricció a la prestació de serveis turístics realitzada en el territori de les Illes Balears.

### **La regulació reglamentària del fet imposable de l'impost és conforme a la seva regulació legal**

La part actora defensà també que el Decret 35/2016 és contrari a la Llei de l'impost, ja que al seu parer el reglament exclou certs supòsits de l'àmbit del fet imposable del tribut en contra del que preveu la norma legal. Cal recordar que, d'acord amb l'art. 4.1 de la Llei 2/2016, constitueixen fet imposable de l'impost, entre d'altres, les estades que els contribuents realitzin en «[e]ls habitatges objecte de comercialització turística que no compleixen els requisits establerts per a això en la

normativa autonòmica i que, per tant, no són susceptibles d'inscripció d'acord amb la legislació turística vigent». I, a partir d'aquesta previsió legal relativa a aquells habitatges irregulars —per no complir, precisament, els requisits establerts per la normativa autonòmica—, és precís tenir present que, per la seva part, el Decret 35/2016 regula (art. 2.2) que «s'han d'entendre comercialitzats turísticament quan es verifiqui qualsevol de les circumstàncies següents: a) Quan en l'establiment es prestin serveis propis d'una empresa turística d'allotjament; b) Quan l'oferta de l'allotjament es promocióni per mitjà de canals de comercialització turística per períodes de temps inferiors a dos mesos [...]». Per tant, sembla ser que queden exclosos dos supòsits del fet imposable de l'impost: els habitatges no comercialitzats i els arrendaments de més de dos mesos de duració. Doncs bé, la part recurrent al·legà que el fet que l'art. 2 del Decret 35/2016, exclogui del fet imposable aquests dos casos contravé la finalitat de l'impost i el desig del legislador: incloure el major nombre d'establiments a la base imposable per considerar que tots ells suposen una manifestació de la capacitat econòmica del contribuent.

Al respecte, emperò, defensa el Tribunal que aquesta circumstància no pot ser motiu per concloure que el Decret 35/2016 no s'ajusta a la Llei 2/2016. El que succeeix és que la regulació escassa de la qüestió per part del legislador ha merescut d'un reglament executiu —com n'és el cas d'aquest Decret— perquè desenvolupi i complementi la norma amb rang de llei. I això és el que fa el Decret 35/2016 delimitar aquells supòsits no susceptibles de ser inclosos en l'àmbit d'aplicació de l'impost, perquè no podran tenir la consideració d'estada en un establiment turístic. Si bé l'argument del Tribunal quant a la naturalesa i l'abast de la norma reglamentària és encertat, al meu parer cal afirmar que en realitat el que fa el reglament és concretar en quins casos una estada en un habitatge comercialitzat podrà no tenir la consideració de turística —quan l'allotjament ho sigui per períodes superiors a dos mesos—, ja que el fet que una estada no podrà tenir la consideració de turística si es duu a terme en un habitatge que no hagi estat objecte de comercialització no és una regulació que es pugui atribuir pròpiament al reglament, atès que la Llei 2/2016 ja parla en tot moment d'habitatges comercialitzats; per tant, l'exclusió dels habitatges no comercialitzats no és una regulació expressa de la Llei ni del Decret, sinó que senzillament és conseqüència d'una interpretació *a contrario* de la Llei, amb la literalitat de la qual, en aquest sentit, el Decret n'és fidel —pensi's que tant l'art. 4.1.j de la Llei 2/2016 com l'art. 2 del Decret 35/2016 (que delimita aquest concret precepte legal)

utilitzen, respectivament, les expressions equivalents «habitatges objecte de comercialització turística» i «habitatges [...] comercialitzats turísticament»—.

En tot cas, la conclusió important d'aquesta regulació és que les estades en els establiments que es comercialitzin turísticament podran ser objecte de gravamen de l'impost sobre estades turístiques, independentment que es tracti, a aquests efectes, d'habitatges regulars o irregulars des de la perspectiva de la normativa autonòmica. I, en el cas de les irregulars, bé s'hauran de prestar serveis propis d'una empresa turística durant l'allotjament o bé s'hauran d'haver promocionat mitjançant canals de comercialització turística per un període no superior a dos mesos. En cas que no s'acompleixi cap d'aquestes condicions, caldrà entendre que es tracta d'una estada que trobarà cobertura legal en la Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans.

Així doncs, tal i com tracta de partionar el TSJIB, bàsicament es podran donar dos tipus d'estada: per una banda, les estades de caire turístic d'acord amb la relació de supòsits contemplats per l'art. 4 de la Llei 2/2016 en combinació amb l'art. 2 del Decret 35/2016; i, per altra banda, les estades que, tot i que siguin dutes a terme per turistes, no tindran la consideració de turístiques i, per tant, s'entendran com a simple arrendament. Aquesta divisió s'emmotlla perfectament en el sistema tributari actual i evita la col·lisió de dos impostos que resulten incompatibles entre si; això és, l'impost sobre estades turístiques i l'impost sobre transmissions patrimonials. És a dir, si l'estada es classifica com a turística, la persona que dugui a terme l'estada haurà de satisfer l'impost sobre estades turístiques; per contra, si l'estada no es pot entendre com a turística, la persona que dugui a terme l'estada estarà ocupant un habitatge a manera d'arrendament i, conseqüentment, haurà de satisfer, en la seva condició d'arrendatari, l'impost sobre transmissions patrimonials.

### **El règim d'estimació objectiva de la base imposable no vulnera el principi constitucional de reserva de llei**

L'art. 12.3 de la Llei 2/2016 preveu la possibilitat que la base imposable de l'impost es determini d'acord amb el règim d'estimació objectiva; això és, en termes molt genèrics, atenent a signes, índexs i mòduls —per exemple, tipus i categoria de l'establiment, període d'obertura, nombre de places, ubicació geogràfica, valor cadastral (art. 12.3.b de la Llei 2/2016)—. No obstant això, el text legal es limita a preveure'n la possibilitat, establint que «[r]eglamentàriament, s'han de desplegar les normes aplicables a aquest règim». És així que el Decret 35/2016 regula les qüestions relatives al règim d'estimació objectiva. Ara bé, la part actora tractà de defensar que aquesta regulació és contrària al principi constitucional de reserva de

lleï, tenint en compte que l'art. 31.3 CE disposa que «[n]omés es podran establir prestacions personals o patrimonials de caràcter públic d'acord amb la lleï».

Certament existeix en matèria tributària aquest principi de reserva de lleï que, igualment en termes molt genèrics, significa que els tributs s'hauran d'establir a través d'una lleï, sense exigir-se que, necessàriament, se n'hagin de regular també per lleï tots i cadascun dels seus extrems. A dies d'ara és acceptat per la doctrina que es tracta d'una reserva de lleï relativa, lluny de ser-ho absoluta. Això vol dir que, sempre dins del marc establert per la lleï que crea el tribut, una norma reglamentària podrà entrar a regular aspectes relatius al tribut, inclús relacionats amb els paràmetres de quantificació, com n'és el cas de la base imposable i la seva determinació. Això sí, sempre amb la finalitat de complementar-ne la norma legal. Per tant, sobre la base d'aquesta idea, resulta absurd que la part recurrent pretengués la nul·litat del Decret 35/2016. I així mateix ho posa de manifest el TSJIB, que assenjala que «[e]n definitiva, el Decreto cuestionado lleva a cabo un desarrollo de la Ley que es jurídicamente correcto».

Tampoc té sentit que la part recurrent recolzés la nul·litat del Decret 35/2016 asseverant que la regulació que aquesta norma reglamentària en fa respecte del règim d'estimació objectiva contravé l'art. 50 LGT. S'ha de recordar que aquest precepte preveu, amb caràcter general, la determinació de la base imposable a través del mètode de l'estimació objectiva, assenyalant que si bé la lleï pot establir els supòsits en què sigui aplicable aquest mètode, aquest «ha de tenir, en tot cas, caràcter voluntari per als obligats tributaris». Doncs bé, considerà la part actora que, ja que la regulació que en fa el Decret 35/2016 permet que la major part dels empresaris del sector puguin acollir-se al règim d'estimació objectiva, això implica una vulneració de l'esmentat art. 50 LGT, degut que aquest precepte preveu l'estimació objectiva com a règim excepcional o residual.

Al respecte, com ja s'ha avançat, i en aquesta línia ha resolt la qüestió encertadament el Tribunal, no té sentit pretendre que es declari nul el Decret 35/2016 sobre la base d'aquesta motivació. Solucionat el tema relatiu a la possible entrada d'una norma reglamentària a l'hora de regular aspectes referits a la quantificació d'un tribut, com pot ser la determinació de la base imposable, no resulta molt complicat concloure que perd la lògica la pretensió de la part recurrent des del moment en què la LGT regula expressament que el règim d'estimació objectiva tindrà «en tot cas, caràcter voluntari per als obligats tributaris», a diferència del que s'estableix amb relació al règim d'estimació indirecta; l'art. 50.4 LGT diu: «[l]estimació indirecta té caràcter subsidiari». Per tant, els qualificatius «excepcional» i «residual» emprats per

la part recurrent són més aviat propis del règim d'estimació indirecta que del règim d'estimació objectiva. Així les coses, i tenint en compte la previsió que en fa el Decret 35/2016 sobre el règim d'estimació objectiva («s'aplica als substituïts del contribuent [...], tret que hi renunciïn o en siguin exclosos, en els termes que estableix aquest Decret») s'ha de concloure, conseqüentment i com fa el TSJIB, que, en aquest sentit, aquesta norma reglamentària tampoc no és contrària a l'ordenament jurídic; estableix les regles d'un mètode alternatiu i voluntari de determinació de la base imposable, desplegant i complementant l'establert per la Llei 2/2016.

### **Una última anotació: la qüestionable naturalesa directa de l'impost**

En un determinat moment es pot llegir en la Sentència que «la recurrente profundiza en el hecho que la Ley 2/2016 si bien considera el impuesto como un tributo directo, lo cierto es, según sus propias palabras, que puede calificarse como indirecto, en la medida que grava una manifestación indirecta de capacidad económica». Llevat d'això, el TSJIB no s'hi deté. Nogensmenys, com a última anotació, tal volta és bon moment per fer-ne una reflexió.

És totalment cert que l'art. 2.1 de la Llei 2/2016 classifica l'impost com un tribut de naturalesa directa, emperò al meu parer aquesta afirmació és molt qüestionable. En realitat l'impost balear sobre estades turístiques, lluny de gravar una manifestació directa de la capacitat econòmica del contribuent —com succeeix sens dubte en el cas dels impostos sobre la renda o el patrimoni—, sotmet a gravamen una manifestació indirecta de la capacitat econòmica com és la que es posa de manifest quan el contribuent realitza una estada en un establiment turístic. És a dir, i dit d'una altra manera, aquest impost grava una capacitat econòmica posada de manifest amb un acte concret de consum: contractar un servei turístic.

Per exemple, l'impost sobre la renda de les persones físiques grava el simple fet d'haver obtingut rendes; l'impost sobre el patrimoni grava la titularitat d'un determinat conjunt de béns i drets; l'impost sobre successions i donacions grava l'adquisició *mortis causa* o *inter vivos* de determinats béns i drets. Aquests tributs tenen en comú que graven una manifestació de la capacitat econòmica directa (constituïda per renda obtinguda i titularitat o adquisició de béns i drets), sense interessar als seus efectes que se'n farà després amb aquesta capacitat econòmica. Aquesta circumstància serà rellevant a l'àmbit dels impostos que podran recaure sobre el consum, que precisament gravaran el destí que se'n dona, per exemple, a una renda prèviament obtinguda. L'impost sobre el valor afegit, tribut indirecte per antonomàsia, sotmet a tributació el consum, entenent-se que a través d'aquest

consum indirectament s'està posant de manifest una capacitat econòmica que prèviament ha sigut adquirida de forma directa. Doncs si l'impost sobre el valor afegit, que recau sobre el consum, és un impost de naturalesa indirecta, per què no ho és també l'impost sobre estades turístiques, que grava una manifestació concreta del consum? Amb relació a tot això, tal volta resulta interessant recordar que la regulació de l'impost català sobre estades turístiques, en aquest sentit, no es pronuncia sobre la naturalesa del tribut.

Una resposta afirmativa a aquesta qüestió —és a dir, que l'impost balear sobre estades turístiques és de naturalesa indirecta— incitaria a formular-se-ne una altra: aquest impost és compatible, doncs, amb l'impost sobre el valor afegit? Personalment se'm plantegen dubtes sobre la compatibilitat. *A priori* penso que s'evidencia una duplicitat entre el fet imposable de l'impost balear sobre estades turístiques i el gravamen dels «serveis d'hoteleria» a l'àmbit de l'impost sobre el valor afegit.

Deixant de banda aquesta darrera anotació, i tornant a parar esment als punts debatuts i resolts pel TSJIB, cal concloure, per tant, que aquest òrgan avala l'aplicació de l'impost balear sobre estades turístiques, entenent que la seva implantació i regulació és conforme a l'ordenament jurídic, tant des d'una perspectiva comunitària com des d'una perspectiva interna. De totes formes, com es pot deduir de tot el que s'ha dit, considero que l'impost sobre estades turístiques és un tribut que mereix ser analitzat i estudiat amb atenció, ja que presenta, al meu parer, algunes qüestions que, com a mínim, haurien de ser revisades.

Francisco Antonio Vaquer Ferrer

## Reconeixement de «Gran Invalidesa» i evolució de la ceguesa

*Sentència del Jutjat Social núm. 4 de Palma núm. 93/2019,  
de 22 de març, dictada en el procediment de Seguretat Social núm. 405/2018  
(ponent: Sra. González González).*

La demandant en el procediment de referència havia obtingut en desembre de 2014 resolució administrativa de l'INSS que li va reconèixer l'afectació a una «Incapacitat permanent absoluta». Aleshores, moment del fet causant, presentava un quadre residual de «Miopia magna binocular, Cirurgia refractiva en 2009 binocular i Corioretinopatia magna miòpica irrecuperable», originadora d'un menyscabament funcional definit com una «Agudesa visual amb correcció en 0,4 y 0,25. Limitada per a treballs de mitjana i alta exigència visual. Grau funcional II». La demandant havia procedit a iniciar noves actuacions administratives en ordre a la revisió del grau prèviament reconegut (devers tres anys enrere) i la Direcció Provincial de l'INSS declarà per la Resolució de 19 de febrer de 2018 no acreditat el grau pluspensionable de «Gran Invalidesa» associada a la condició ja existent d'«Incapacitat Permanent Absoluta». El quadre residual apreciat en la Resolució de 2018 aporta un «Judici diagnòstic de Miopia magna i cataractes», amb un menyscabament funcional valorat com una «Coriorretinopatia molt severa per miopia magna, complint criteris de baixa visió: A.V. 0.1 0.05. CV <100 centrals». És molt important per valorar la significació precisa de la sentència que dictarà el Jutjat Social núm. 4 tenir present que, en qualitat de Fet Provat Vuitè, la magistrada consigna amb escrupolositat que «D<sup>a</sup> Antònia necessita ajuda de tercera persona per a l'endrec personal (dutxa) i fer el menjar». Subratllem que només esmenta aquestes funcions, i que res més no diu, per exemple, respecte d'altres funcions corporals o de la neteja de casa i vestits.

Convé deixar ben establert que tant la resolució administrativa encausada com la sentència judicial aprecien una evolució de la miopia magna, que s'ha vista deteriorada fins al punt d'una ceguesa completa a l'any 2018, quan la situació de l'any 2014 era més benigna com ho demostra el fet que la visió d'un dels dos ulls, amb correcció, graduava una capacitat visual de 04. És doctrina tradicional del Tribunal Suprem de Justícia, Sala Quarta, que la capacitat visual es valora no «en brut», sinó que ens atendrem a la visió millorada per la correcció òptica. Això no ha canviat. Tampoc no ha canviat el criteri consolidat en el sentit d'una visió corregida de 0,2 en cada ull equival de fet a ceguesa completa. Per això em congratula que es

produís inicialment (any 2014) un reconeixement d'Incapacitat per a totes les professions (absoluta) quan la resolució administrativa admetia en la seva expressivitat gràfica una potència visual conservada per a treballs que no exigien unes tasques de —diguem-li— molt reduïda exigència visual. Tal volta l'Administració de l'INSS va considerar —amb encert— que aquests treballs de fet no existeixen en la realitat pràctica d'una societat que monitoritza tota o la major part de les activitats productives mitjançant l'anomenada «revolució» digital. El que més vull subratllar de la Sentència és l'apreciable esforç argumental desplegat per donar raó que la impossibilitat del Gran Invàlid és objectiva, de manera que el sistema legal no pot desprotegir les persones que amb un esforç de voluntat tenaç i ardit han aconseguit «millorar» el seu estàndard de confort personal, en lloc de deixar-se vèncer passivament o malenconiosament per la seva privació del sentit de la vista.

Ferran Gomila Mercadal

## La manca d'obtenció de les titulacions en llengua catalana en termini, exigides al personal docent, no es pot considerar «falta molt greu»

*Sentència de la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de Balears  
(recurs de suplicació) núm. 301/2019, de 30 de setembre (ponent: Sr. Roa Nonide).*

L'exigència de coneixement de les llengües oficials no presenta pel que afecta al coneixement de la llengua castellana dificultats de gestió del recursos humans dels centres privats d'ensenyament, com és lògic. Molt distinta és la conflictivitat latent en l'exigència de coneixement del català, que també és llengua oficial de la comunitat autònoma de les Illes Balears. La conflictivitat esdevé de causes múltiples: la procedència nadiua d'una part del professorat, que no té el català com a llengua materna pròpia; el fet que la regulació autonòmica, significada inicialment pel Decret 92/1997, de 4 de juliol, es va implantar sobre un contracte laboral preexistent, concertat quan l'exigència de coneixement no existia; la complicada evolució de les dilacions conferides per adquirir el coneixement en una data límit, de futur; la contemporització que puguin observar algunes direccions de centres privats, tant si renuents a la divulgació del català a l'escola, com si merament contemplatives; i sobretot, la paralització automàtica de les contribucions de l'Estat als col·legis privats per la via dels concerts educatius, tot suprimint en forma inapel·lable tant el component de retribució indirecta destinada al professorat com les quotes de Seguretat Social.

Un cas paradigmàtic fou plantejat en el recurs de suplicació, amb la corresponent sentència, que són objecte de comentari. La direcció del col·legi havia procedit a l'acomiadament disciplinari en data 18 de setembre de 2017, després d'haver rebut el dia 28 de juliol resolució adoptada per la Direcció General de Personal Docent de les Illes Balears acordant —amb efectes a comptar del dia 1 de setembre— l'exhauriment del finançament del lloc de treball (professor d'educació física) per no disposar el docent assenyalat de la titulació en matèria de coneixements de llengua catalana exigible a tots els docents del desplegament territorial d'ensenyament propi de la comunitat autònoma, tant públic com privat. La resolució de la Direcció General anava unida a la carta d'acomiadament, amb la cautela que l'empresa li trasllada a l'afectat, en el sentit que es tractava de resolució administrativa recurrible per les vies corresponents. No consta si el docent formulà algun tipus d'impugnació

de la resolució, però cal deduir seriosament que no ho va fer: d'altra faïçó, la Sentència d'instància ho esmentaria al fets provats, que contenen (en el veredicté d'instància) una exposició completa de l'evolució de la normativa corresponent. La Sentència declara l'acomiadament improcedent. La Sala ratifica aquest criteri, tot desestimant el recurs interposat per l'empresa. Resulta molt transcendent que l'antiguitat del demandant es tramunta a l'any 1991. Aleshores ja hi havia un manament legal de la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística a les Illes Balears, però mancava el seu desplegament.

El posterior Decret 92/1997 inaugura la regulació efectiva sobre l'ús i l'ensenyament de i en llengua catalana, disposant en el seu art. 14 que d'acord amb l'art. 23.2 de la Llei 3/1986 el professorat que imparteixi l'ensenyament dins l'àmbit de les Illes Balears ha de posseir el domini oral i escrit de les dues llengües oficials necessari en cada cas per a les funcions educatives i docents..., etc. La dicció legal (amb l'aposició «en cada cas») podria donar peu a consideracions espiritualistes respecte del domini de la llengua en matèries que no siguin d'estricta transmissió del coneixement (i l'exemple que ve a mà és precisament l'educació física, que és el nostre cas). Més tard, el Decret 115/2001, de 14 de setembre, va establir, per disposició addicional que «[e]ls docents que desenvolupin la seva activitat en centres educatius, públics o privats, i en serveis educatius de caràcter públic i no posseeixin el nivell de coneixement de llengua catalana exigít en aquest Decret, estan obligats a superar els cursos de reciclatge corresponents». I afegeix, per primera providència en la matèria, que la data límit per a l'acreditació d'aquest requisit serà el dia 31 d'agost de l'any 2002. Aquesta disposició fou modificada pel posterior Decret 169/2003, de 26 de setembre. tot fixant la data límit en el dia 31 d'agost de 2006. Però, novament, la situació va donar un tomb quan en data 27 de febrer de 2017, per Resolució de la Direcció General de Personal Docent, es va imposar finalment el procés de regularització del professorat per tal d'adequar les titulacions obtingudes i el finançament dels centres docents concertats. Aquí passa a evidenciar-se el veritable problema: si el professor concertat no disposa del nivell de català, no hi haurà finançament de la seva plaça docent per part de l'Administració educativa. Després de temporitzacions que culminen en exigència, per part de l'Administració, de la verificació definitiva, conferint un nou termini extraordinari i definitiu (gener de 2017), finalment es produeix la rescissió del finançament de la plaça amb l'escrit de 18 de setembre de 2017.

La situació de l'empresa, s'ha de admetre, és realment difícil de resoldre. Essent cert que hi hagut temporitzacions, el fet clau determinant implica que la plaça

servida pel seu treballador no està inclosa en les nòmines oficials que indirectament són abonades per la Conselleria. D'altra banda, l'interessat s'havia mostrat reticent (consta provat que en el mes de juny de 2017 el docent —preguntat sobre la seva disponibilitat— acaba dient que ja es pot comunicar a la Inspecció que no es prestarà a cap mecanisme de regularització; igualment consta provat que no es presentà als exàmens extraordinaris d'Educació Física els dies 4 i 5 de setembre de 2017; i també que va refusar acudir a la sessió d'avaluació de dia 5 pel fet que es disposava a participar en un campionat de windsurf celebrat a Cadis els mateixos dies).

Tot i així el jutjat d'instància no va apreciar raons per a un acomiadament disciplinari improcedent, criteri ratificat pel tribunal de suplicació, que no hi veu aquell incompliment greu i culpable que es predicat d'un acomiadament disciplinari. Fins aquí, una valoració judicial molt respectable que no genera cap polèmica. En canvi, veig molt digne de polèmica, o al menys de dubte científic, que el cas no fos susceptible d'un acomiadament objectiu, que és la primera solució que ens vindria a tomb en tot supòsit en el qual es presenta una exigència sobrevinguda d'un requisit d'ordre públic que no era vigent quan fou convingut el contracte de treball. La Sentència de suplicació esmenta *obiter dicta* una insinuació d'impossibilitat d'acomiadament objectiu en tot cas fosca de comprensió, pel fet que simultàniament es representa la impossibilitat d'aprovar un acomiadament objectiu degut al tenor literal de la carta aflictiva: «Tampoco ciertamente estamos ante un despido por causas objetivas por la falta de titulación [...] puesto que la causa objetiva relacionada con la falta de título no ha sido ni siquiera la actuación emprendida ni por la Administración pública ni por el colegio [...]. Por tanto, si el objeto procesal es aquel contenido de la carta de despido disciplinario, no queda acreditada una “dejación absolutamente incompatible” del docente y que supongan un incumplimiento grave y culpable».

Ferran Gomila Mercadal

## Càlcul del temps necessari per a la promoció professional i l'antiguitat

*Sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem (recurs de cassació per a la unificació de doctrina) núm. 790/2019, de 19 de novembre (ponent: Sra. Segoviano Astaburuaga).*

La part demandant, una dona, havia subscrit dos contractes de duració determinada entre el 16/4/2007 i el 2/7/2007 i entre el 14/4/2008 i el 8/7/2008, respectivament, essent contractant de la part patronal l'Agència Estatal d'Administració Tributària. En data 14/4/2009 va adquirir la condició de treballadora fixa-discontinua, i a comptar de la data expressada passà a treballar una fracció anual de mesos, que la Sentència no cita expressament, per remissió al fet segon de la demanda. La treballadora reclama que l'antiguitat compti completa des del primer dia de contractació, i sense interrupcions. La part demandada oposa, i era raonable (fins a la «modificació de la doctrina») que el còmput efectivament només tingués en compte els mesos efectivament treballats, per exemple quatre cada any, com en els casos analitzats en l'anàlisi comparativa de sentències precedents. El Jutjat d'instància desestima la demanda. També la Sala de Suplicació. La Sala Quarta muda la doctrina precedent, en els termes que tot d'una seran visibles.

En essència, la Sentència de cassació queda resumida en dos enunciats molt curts, que literalment reproduïm:

«A la vista de lo expuesto debemos modificar nuestra doctrina acerca de la forma de computar la antigüedad de los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT, a efectos de promoción económica —trienios— y promoción profesional.»

«A tenor de todo lo razonado no procede entender que a los trabajadores fijos discontinuos de la AEAT se les computa, a efectos de derechos económicos y de promoción profesional, únicamente el tiempo efectivo trabajado, sino que ha de tenerse en cuenta todo el tiempo de duración de la relación laboral.»

L'Acord marc relatiu al treball a temps parcial, Directiva europea 97/81/CE, de 15 de desembre de 1997, continua donant molt de joc i obrint noves perspectives que semblaven irrealitzables temps enrere. Mostra d'aquesta asseveració és la present Sentència, que —en tot cas es tracta d'una opinió personal— no és tan clara i didàctica com el resultat final dona a entendre. El resultat final és que el fixo

discontinu acumula tot el decurs de temps des del primer dia que fou contractat inicialment, vull dir en la franja temporal de la primera prestació discontinua. De manera que tres períodes discontinus de quatre mesos anuals [12 de treball efectiu] valen per 36 als efectes de cobertura de triennis. Aquest resultat, a primera vista aberrant, explica que la Sentència s'esforci en raonar i justificar la modificació de la doctrina anterior del mateix Tribunal (com és del tot exigible, naturalment) als efectes de fer positiu i factible que —contra tot pronòstic— 12 mesos de treball efectiu valen per 36 per cobrar un trienni. Però la construcció de la Sentència pateix, és el meu criteri, d'una permanent confusió terminològica entre els treballadors a temps parcial i els treballadors fixos discontinus, essent que la ubicació dogmàtica del fixos discontinus entre els contractes a temps parcial no és canònica en l'àmbit del Dret espanyol (són molt distints els art. 12 i 16 de l'Estatut). El problema deu procedir del fet que aquesta distribució taxonòmica tal volta no té sentit a la llum dels criteris europeus que ho podria encabir tot en el mateix sac dels treballadors mancats de contractació a temps indefinit i durant tot l'any. És a dir, la Sentència em deixa el regust agredolç de si la mateixa solució hauria rebut un cas pràctic d'infinites contractes «a temps parcial», no qualificats com a «fixos discontinus» reproduïts durant el mateix espectre d'anys consecutius. Si prenem el model d'argumentació (la clarificació estadística hiperfeminitzada dels contractes en general precaritzats, que es revela «discriminatòria») la decisió judicial també hauria de ser anàloga. I personalment, crec que no resultaria així. L'altre greu problema —potser irresoluble— és que la font estadística, en el cas, resulta ser tan transparent com una publicació oficial del Govern espanyol. Però, on trobarem la font estadística tan fiable com transparent si volem esbrinar, per exemple, la hiperfeminització en el sector del comerç minorista?

Ferran Gomila Mercadal



# ACTIVITAT REGISTRAL

***Antoni Canals Prats***  
Registrador de la Propietat

## Resoluciones de la Direcció General dels Registres i del Notariat (2019)

*1. Resolución de 18 de marzo 2019. Ejecución de títulos judiciales: auto de emisión de declaración de voluntad del art. 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Formación del título inscribible.*

**Resumen de los hechos:** la entidad vendedora «B., S.L.» y la compradora «C. M., S.L.» otorgaron escritura de compraventa sobre diez fincas, en la que pactaron una condición resolutoria de carácter personal sin posibilidad de perjudicar a terceros, por lo que no tuvo acceso a su inscripción.

Por sentencia firme dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, se estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación de la mercantil vendedora, desestimando el de la compradora, ambos contra Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Requena, en la que declara:

- 1º Que la entidad mercantil «C. M., S.L.» ha incumplido los pactos a que en su día llegaron en la suscripción de la escritura de compraventa de 4 de agosto de 2004.
- 2º Como consecuencia de ello, la entidad vendedora «B., S.L.» tiene derecho al ejercicio del pacto de resolución contenido en la estipulación cuarta.
- 3º Se condena a la mercantil compradora y demandada a otorgar un nuevo instrumento público por el que la entidad vendedora «B., S.L.» recuperará el pleno dominio de las fincas vendidas a «C. M., S.L.»;
- 4º Y que la entidad «B., S.L.», reintegrará a la compradora «C. M., S.L.», el precio pagado en su día.

En procedimiento de ejecución de títulos judiciales seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Requena, se dictó auto firme de 9 de marzo de 2018, en el que se tenía por emitida la declaración de voluntad de la entidad demandada para resolver la venta, facultando a la entidad demandante a otorgar instrumento público de resolución de la venta, previo reintegro del precio recibido por la vendedora de la mercantil adquirente.

Finalmente, por la representación de la sociedad vendedora, se presentó escrito de fecha 19 de noviembre de 2018 en el que se solicitó la compensación de la

cantidad que tenía que ser reintegrada por parte del vendedor para recuperar el dominio.

Presentado mandamiento de la Audiencia Provincial, junto con la Sentencia antedicha y testimonio del auto por el que se tiene por emitida la declaración de voluntad de la demandada, no se practica la inscripción por no presentarse el instrumento público por el que se resuelva la venta y por falta de acreditación de la consignación del precio.

Para subsanar el defecto, se presenta posteriormente en el Juzgado escrito por el que se solicita la compensación de la cantidad que tenía que ser reintegrada por parte del vendedor para recuperar el dominio. Dicho escrito también se presenta para su inscripción. Finalmente, no se practica la inscripción, por no existir en mandato judicial firme que declare la compensación. Y una vez se consiga este documento, sería necesario otorgar la escritura pública de resolución.

**Fundamentación jurídica:** este Centro Directivo tiene declarado que las sentencias declarativas o constitutivas son directamente inscribibles, mediante la presentación del correspondiente testimonio de la resolución judicial. Por el contrario, las sentencias de condena requieren para su plena eficacia y, por tanto, para su acceso registral la tramitación del correspondiente proceso de ejecución.

Cuando la sentencia, como en el presente caso, impone una obligación de hacer consistente en emitir una declaración de voluntad negocial, no es aquella el título directamente inscribible, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo. En este caso la Sentencia no es presupuesto directo de su inscripción, sino de la legitimación del juez para proceder en el ejercicio de su potestad jurisdiccional a su ejecución específica, supliendo la inactividad o resistencia del condenado por aplicación del art. 708.1 LEC que dispone: «Cuando una resolución judicial o arbitral firme condene a emitir una declaración de voluntad, transcurrido el plazo de veinte días que establece el artículo 548 sin que haya sido emitida por el ejecutado, el Tribunal competente, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio. Emitida la declaración, el ejecutante podrá pedir que el Letrado de la Administración de Justicia responsable de la ejecución libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

Lo anterior se entenderá sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos».

En consecuencia, serán inscribibles las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio, pero en nada suplen a la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública (cfr. arts. 1217, 1218, 1279 y 1280 CC; art. 3 de la Ley Hipotecaria (LH) y arts. 143 y 144 del Reglamento Notarial).

Por todo ello, lo procedente es entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil no dispone de la inscripción directa del documento presentado, sino que la nueva forma de ejecución procesal permite al demandante otorgar la escritura compareciendo ante el notario por sí solo, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado. Por lo que el auto del art. 708 LEC tan solo viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de la persona cuya voluntad ha sido suplida judicialmente.

Por el contrario, sí sería inscribible directamente, el testimonio del auto firme por el que se suplan judicialmente declaraciones de voluntad del obligado a prestarlas, si se trata de negocios o actos unilaterales, para cuya inscripción bastará, en su caso, la resolución que supla la declaración de voluntad unilateral del demandado, siempre y cuando no lo impida la observancia de las normas sobre forma de los actos y negocios jurídicos.

Por otro lado, la Sentencia además de condenar a la demandada a otorgar nuevo instrumento público, ordena que esta reintegre a la actora el precio pagado en su día. Y el auto de ejecución de dicha Sentencia faculta a la entidad demandante a otorgar el instrumento público citado, previo reintegro del precio recibido de la mercantil adquirente.

Por lo tanto, para la inscripción a favor del demandante es preciso el cumplimiento íntegro del fallo recaído, esto es, el otorgamiento de la escritura por la demandante una vez se tiene por emitida la declaración de voluntad de la demandada «C. M., S.L. «por resolución judicial, y el reintegro del precio pagado en su día, no siendo suficiente el mero ofrecimiento de pago o el cumplimiento alternativo vía compensación, que deberá ser objeto de aprobación judicial».

**Comentario:** esta Resolución trata sobre las condiciones que debe reunir el título inscribible para la reinscripción por resolución contractual, a favor de un transmitente —en este caso vendedor—, consecuencia de la negativa o rebeldía del

demandado adquirente —comprador— a otorgar el correspondiente instrumento de resolución al que condena expresamente la Sentencia.

Efectivamente se trata de un contrato de compraventa inscrito, cuya inscripción publica como titularidad vigente la del comprador (C. M., S.L.). Dicho contrato contenía una cláusula de resolución con efectos puramente obligacionales, sin eficacia frente a terceros, por lo que no fue inscrita. Sin embargo, esta circunstancia no tiene especial relevancia en este caso por la ausencia de derechos inscritos a favor de terceros.

Por lo tanto, este caso se mueve dentro de la llamada resolución implícita del art. 1124 CC, puesto que consta una cláusula cuya literalidad desconocemos, pero en cualquier caso sin darle el carácter de condición resolutoria.

La secuencia jurídica en estos casos, supone:

En primer lugar, la existencia de obligaciones recíprocas derivadas de un contrato con o sin pacto de resolución —art. 1124 CC—; en segundo lugar, el advenimiento de un incumplimiento de alguna obligación recíproca del contrato con relevancia para la resolución del mismo, con el correspondiente devengo de las obligaciones legales de restitución o devolución de las prestaciones; en tercer lugar, el reconocimiento o declaración del hecho resolutorio (incumplimiento contractual de obligación recíproca), por ejecutoria o sentencia firme y la condena al demandado a emitir la declaración de voluntad resolutoria; en cuarto lugar, la ejecución de esta Sentencia por la vía del art. 708 LEC, en la que se dicta auto por el que se entiende emitida la declaración de voluntad resolutoria, y, en quinto lugar, el cumplimiento de las obligaciones liquidatorias de restitución o reintegro, mediante el otorgamiento de un instrumento resolutorio en el que las partes se realizan las correspondientes retrocesiones de las prestaciones hechas en el contrato resuelto y, por último, la reinscripción del dominio de la finca a favor de la parte transmitente y la cancelación de la inscripción a favor del adquirente en el título resuelto.

Vamos a analizar estas cuestiones planteadas en la Sentencia de condena y su auto de ejecución:

- a) La primera parte de esta secuencia jurídica consiste en el incumplimiento de alguna obligación recíproca contractual con virtualidad resolutoria, no como consecuencia de una condición expresa del tipo del art. 1504 CC sino de unos pactos dentro de la órbita del art. 1124 CC y su resolución implícita. Efectivamente en el presente caso se dan estas condiciones para la resolución de las obligaciones principales del contrato: se trata de un

contrato de compraventa, paradigma actual de los contratos de intercambio, suscrito entre dos entidades mercantiles el 4 de agosto de 2004 y sobre cierto inmueble, y que es generador de obligaciones claramente recíprocas (la cosa y el precio) en las que cada una hace de causa a su contraria. Este supuesto se circunscribe claramente dentro del ámbito del art. 1124 CC.

La resolución del art. 1124 CC, que está contextualizada dentro de las obligaciones condicionales y extendiéndose por Ley a todos los contratos con obligaciones recíprocas y no solo a particulares contratos que haya sido estipulada como es la condición resolutoria, pretende efectos similares a esta pero más limitados sobre todo en cuanto a la protección de terceros.

- b) Irrupción del hecho resolutorio: en el caso que nos ocupa, consta probado que se incumplieron ciertos pactos que en su día llevaron a las partes a la suscripción de la compraventa, por lo que la entidad mercantil vendedera tiene derecho al ejercicio del pacto de resolución contenido en la estipulación cuarta de la escritura.

No se conocen en este caso los términos, ni de los pactos incumplidos por la compradora, ni los concretos del pacto de resolución. Lo que está claro es que la Sentencia da por cumplido el hecho resolutorio, con los efectos propios de la resolución o liquidación de las obligaciones. Debe entenderse que el incumplimiento recae sobre una obligación principal y recíproca del tipo sinalagmático.

Las obligaciones liquidatorias, de restitución o reintegro, tienen su fundamento en la ineficacia de algún contrato, ya sea reconducible a las categorías generales, de nulidad radical o anulabilidad, rescisión o resolución, ya sea la general implícita del art. 1124 CC o la resultante de una condición resolutoria pactada, sin perjuicio de otras previstas para casos específicos dentro de la normativa de cada contrato en particular, y las particulares pactadas en el título de la obligación. Todas estas obligaciones tienen su origen o fuente en la ley.

- c) En el caso recae sentencia de condena (ejecutoria) a la emisión de una declaración de voluntad, consistente en otorgar el correspondiente instrumento de resolución:

Una vez se produjo el hecho resolutorio (incumplimiento de cierta obligación u obligaciones), la parte contratante que cumplió su obligación —vendedor— interpuso demanda en el juicio declarativo correspondiente, en donde se solicitó una sentencia que declarase la resolución de la venta y la condena al

comprador a otorgar el instrumento de resolución. Reaída sentencia firme, el comprador se negó a su otorgamiento.

Esto plantea dos cuestiones para su inscripción: el de la tipología de las sentencias y la ejecución de las obligaciones a emitir declaraciones de voluntad.

En cuanto a la distinta naturaleza de las sentencias según sus efectos, es necesario resaltar la jurisprudencia consolidada del Centro Directivo sobre los requisitos de inscripción de sentencias según su naturaleza jurídica: distinguiendo entre sentencias directamente inscribibles y sentencias que para su inscripción necesitan previa ejecución.

Así las sentencias puramente declarativas, que son aquellas que declaran la vigencia de derechos nacidos con anterioridad a la misma, que declaran la propiedad u otro tipo de derecho como preexistente por haber nacido de un título o supuesto de hecho anterior y sin que medie condena a una prestación de ningún tipo. Y las sentencias constitutivas son creadoras por sí mismas de derechos o potestades, estados civiles o situaciones jurídicas y aunque se funden en hechos anteriores a la propia sentencia, es esta la que crea, o modifica, el derecho subjetivo. Ninguna de estas precisa ejecución para su inscripción. Así se infiere del art. 521 LEC, al disponer que no se despachará ejecución de las sentencias meramente declarativas o constitutivas. El título inscribible según este precepto es la certificación y en su caso el mandamiento judicial oportuno sin ejecución. Todo ello salvo que contengan algún pronunciamiento de condena, el cual necesitará la vía ejecutiva para su efectividad.

Frente a ellas, las sentencias de condena a una prestación de dar, hacer o no hacer, necesitan de su ejecución para su inscripción, en caso de negativa o rebeldía a su cumplimiento por parte del condenado. En esta línea, la LEC solo otorga la acción ejecutiva en su art. 517 a ciertos títulos contra el patrimonio del deudor o condenado, siendo el primero de ellos la sentencia de condena firme. Por ello, para su acceso registral requiere la cumplimentación de los distintos trámites e incidencias esenciales previstos en los distintos procedimientos ejecutivos contemplados en la LEC según la naturaleza de la prestación. Así en el Título IV del Libro III se regula el procedimiento para la ejecución dineraria, en el Título V la ejecución no dineraria, que se subdivide en tres procedimientos también distintos, y así en su Capítulo II «De la ejecución por deberes de entregar cosas»; Capítulo III

«De la ejecución por obligaciones de hacer y no hacer» y el Capítulo IV, «De la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas». Y dentro del Capítulo III citado, el art. 708 LEC regula la «[c]ondena a la emisión de una declaración de voluntad», como un nuevo tipo de procedimiento de ejecución.

En el ámbito de este precepto entra la Sentencia, que en este caso se pretende inscribir, al condenar al comprador demandado a otorgar el correspondiente instrumento de resolución que se negó a otorgar. Por esto la resolución que comentamos destaca que cuando se impone una obligación de hacer, consistente en emitir una determinada declaración de voluntad negocial, no es aquella el título directamente inscribible, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo, de tal manera que la sentencia no es presupuesto directo de su inscripción, sino de la potestad jurisdiccional del juez para proceder a su ejecución específica, supliendo la inactividad o resistencia del condenado.

La anterior LEC no tenía previsión normativa expresa sobre las negativas a otorgar declaraciones de voluntad obligadas o debidas por el demandado. La doctrina en principio consideró que la emisión de una declaración de voluntad era técnicamente una obligación de hacer personalísima y, por tanto, infungible, de tal manera que si el deudor que está obligado a querer algo, no lo quiere, resulta imposible que otra persona, sin poder de representación, quiera por él. Sin embargo, se abrió el paso una corrección de esta línea de pensamiento jurídico, entendiendo que una obligación naturalmente infungible podría ser jurídicamente fungible. Esto se fundaba en que cualquier conducta destinada a modificar el mundo de las relaciones jurídicas, ya sea creándolas, modificándolas o extinguiéndolas, es jurídicamente fungible.

Estos razonamientos dieron pie a la doctrina jurisprudencial que precisó dos ámbitos posibles: si la declaración de voluntad debida ya prevé los elementos esenciales de la misma, por ejemplo la cosa y el precio en la compraventa, a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1950, entendió en un caso de precontrato incumplido, que si en el mismo figuran los elementos esenciales que integran el contrato definitivo, el Juez puede darlo por existente y actuar en consecuencia (también la STS 28 de junio 1974). El problema se resolvía, en la práctica, mediante el expediente técnico de comparecer el Juez al otorgamiento de la escritura que debía otorgar el condenado, obrando en nombre y representación del deudor y por causa de su rebeldía.

En caso contrario, o sea, de ausencia de algún elemento esencial del negocio o acto prometido, se resolvía mediante una nueva obligación a cargo del deudor rebelde de indemnización de daños y perjuicios.

El citado art. 708 LEC, establece la siguiente doctrina, recogiendo los antecedentes vistos:

- Si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio: si la resolución judicial de condena a emitir una declaración de voluntad, trascurrido el plazo de 20 días que establece el art. 548 LEC, sin que haya sido emitida por el ejecutado, se dictará auto teniéndola por emitida. Todo ello sin perjuicio de la observancia de las normas civiles y mercantiles sobre forma y documentación de actos y negocios jurídicos.
- En caso de que la indeterminación afecte a elementos no esenciales del negocio, oídas las partes, en la resolución en que tenga por emitida la declaración de voluntad, los determinara conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.
- Si la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio, procederá a la ejecución por daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidará con arreglo al art. 712 y ss. LEC.

La interpretación de este precepto ha motivado dos posturas. Una consiste en que si la sentencia condena al otorgamiento de escritura pública, el juez ha de otorgar dicha escritura en rebeldía del condenado. Pero otras interpretaciones, entienden que ya se ha dado por emitida la declaración de voluntad en virtud del silencio del ejecutado, por lo que no es necesaria esta comparecencia.

Aun así, el tema central consiste en la necesidad o no del otorgamiento y la formalización por la parte actora o demandante que ha vencido en el juicio del otorgamiento del instrumento formal pertinente según la legislación sustantiva que rige el acto en cuestión, pues el auto solo da por emitida la declaración de una de las partes —ejecutada—, pero queda sin resolver el otorgamiento de la actora.

En principio podría entenderse que su declaración de voluntad ya se contiene en la demanda y en la Sentencia, pero este no es el criterio de la Dirección General.

Veamos resumidamente su jurisprudencia posterior a este precepto:

- Resoluciones de 29 de julio de 2006 y 28 de mayo de 2007: en una sentencia que condena a que se otorgue escritura pública de cierto contrato privado de compraventa, declara que es incongruente el auto dictado en ejecución de sentencia en el que se tiene emitida la declaración de voluntad relativa a dicho otorgamiento, pues el párrafo segundo del apartado 1 del

art. 708 LEC exige la observancia de las formalidades civiles, en este caso la formalización pública, por lo que si la sentencia condena al otorgamiento de escritura, no basta el mandamiento del Letrado de la Administración de Justicia para la inscripción, porque hay incongruencia del mandamiento con la sentencia.

- Resolución de 3 de junio de 2010: debe otorgarse escritura pública por el comprador en caso de sentencia que condena a elevación a público de documento privado acompañada del auto del art. 708.1 LEC dirigido al vendedor en el que consta que se suple su consentimiento, pues falta todavía el consentimiento del comprador en escritura pública, por lo que el art. 708 LEC es aplicable a los negocios jurídicos unilaterales, pero no a los bilaterales.
- Resolución de 17 de mayo de 2014: no es inscribible el testimonio de una sentencia de condena en que se reconoce la existencia de un contrato privado de compraventa y se condena al vendedor a su elevación a público, pues no es declarativa de dominio, y al ser de condena se requiere ejecución para que se produzca el acto inscribible, que es la escritura pública de compraventa para cumplir los requisitos civiles y registrales, en cuyo caso el comprador puede otorgar por sí solo la escritura de compra incorporando el testimonio del auto. La sentencia no es inscribible pues porque solo declara la existencia del contrato privado de compraventa que al tener carácter consensual y obligatorio no produce efecto directo de transmitir el dominio conforme al art. 609 CC.
- Resolución de 24 de octubre de 2014: no basta el auto del Juez declarando emitida la declaración de voluntad del vendedor, y por ello no es inscribible el mandamiento de la secretaria judicial, al que se acompaña testimonio del auto de ejecución de una sentencia de condena a elevación a público de documento privado en virtud de cuyo auto se tiene por emitida la declaración de voluntad por la parte ejecutada consistente en elevar a escritura pública un contrato de compraventa privado. Así lo señalaron las Resoluciones de 4 de mayo y de 3 de junio de 2010, al disponer que el art. 708 no establece la inscripción directa de la resolución judicial sino que, mediante una nueva forma de ejecución judicial, habilita al demandante para otorgar, por sí solo, la escritura de elevación a público del documento privado, sin precisar presencia judicial, en base a los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado, pero además en el caso planteado, a mayor abundamiento, la sentencia ordena a que la parte demandada se

avenga a elevar a público el contrato de venta no ejecutado porque el inmueble nunca fue entregado, por lo que requiere la tradición instrumental a través de la escritura pública, aunque solo comparezca el demandante aportando los documentos indicados sin la presencia judicial.

- Resolución de 25 de enero de 2016: dice que aunque el Juez declare que se tenga por emitida la declaración de voluntad de dos contratos privados de compraventa, mediante auto no puede inscribirse, pues falta la escritura pública ya que el auto solo suple la voluntad de una de las partes y con este testimonio del auto procederá que otorgue escritura la parte demandante, pues ya tiene la declaración de voluntad emitida a la que se condena al demandado mediante el auto, pero falta su propia declaración en escritura pública.
- Resolución de 2 de junio de 2016: no es inscribible un mandamiento judicial en el que se inserta una sentencia firme por la que se estima íntegramente la demanda interpuesta por la compradora contra la herencia yacente, herederos ignorados o causahabientes del vendedor y en la que se condena a la parte demandada a «la elevación a escritura pública de un contrato privado de compraventa verbal en el mes de noviembre de 1970, así como la inscripción a favor del demandante», pues para la inscripción no basta la mera declaración del dominio y la cancelación de la inscripción contradictoria, pues deben expresarse además de las circunstancias personales de los interesados la determinación del título material por el que adquirieron las fincas y fueron declarados propietarios así como su carácter oneroso o gratuito. No es suficiente que se declare que las fincas son propiedad de los demandantes, porque se inscriben actos o contratos con transcendencia real (cfr. arts. 1 y 2 LH), y así lo exige la distinta protección del derecho según la adquisición sea onerosa o gratuita (art. 34 LH) y, en el presente caso, ni se conoce el contenido del contrato que se debiera elevar a público, ni se indica en la sentencia el contenido mínimo para practicar el asiento registral correspondiente, y respecto a la elevación a público del contrato verbal, el Juez puede suplir por auto del art. 708 LEC la declaración de la parte vendedora a la que condena a la elevación, pero es necesario complementarla con la escritura que otorgue la parte compradora.

Y dejando aparte otras resoluciones en materia de actos de conciliación, tasación de costas, actos divisorios, homologación judicial de transacciones, etc., que sería prolijo su estudio en el presente comentario, resta la resolución que ahora comentamos como último pronunciamiento del Centro Directivo.

De las resoluciones reseñadas podemos sintetizar las siguientes conclusiones:

En primer lugar, que la emisión de la declaración de voluntad tiene que ser obligada por parte del demandado, de tal manera que sea un acto debido que, normalmente en el ámbito civil, tendrá por fuente jurídica un contrato. Al ser acto obligado, cabe su realización jurídica por sentencia de condena —salvo que conste en un título que lleve aparejado la ejecución directa— y es ejecutable por el procedimiento del art. 708 LEC.

En segundo lugar, a efectos de inscripción, se distingue según que el acto, cuyo otorgamiento es obligado, sea unilateral o bilateral.

En caso de ser unilateral, como podría ser la emisión de efectos cambiarios, o el otorgamiento de garantías unilaterales —por ejemplo, hipoteca unilateral del art. 141 LH—, bastaría para su inscripción, el auto judicial de emisión de la declaración de voluntad por sí solo.

En caso de constituir un acto bilateral, es necesario su otorgamiento por ambas partes, con la particularidad que la declaración de la parte rebelde se sustituye por el auto de emisión de la voluntad en una especie de otorgamiento indirecto y la de la parte actora o ejecutante, debe otorgarlo directamente en el instrumento público adecuado sin que se presuma su otorgamiento por haber interpuesto la demanda. Dentro de esta segunda categoría se incluirían los precontratos, las elevaciones a público de contratos privados y las devoluciones de bienes por liquidación de contratos por causa de ineficacia, como el presente caso.

*Antoni Canals Prats*

*2. Resolución de 8 de mayo de 2019. Acción resolutoria del artículo 1124 del Código Civil. Consignación para la reinscripción a favor del vendedor. Reciprocidad liquidatoria.*

**Resumen de los hechos:** se presenta para inscripción una sentencia recaída en primera instancia estimatoria de la demanda interpuesta, declarando la resolución de la compraventa de la finca registral 1714, otorgada el 19 de junio de 2009, por la que el demandado compraba la finca a M.R. y R.M.A. y que motivó la inscripción 4ª, todo ello con restitución recíproca de las prestaciones.

No se practica la inscripción por no acompañar el mandamiento en que conste la consignación de las prestaciones y en el que se ordene la cancelación de la inscripción que motivó la venta. Todo ello en aplicación de los arts. 175.6 y 180 del Reglamento Hipotecario (RH), que exigen que se ha declarado bien hecha la consignación en los términos del art. 1180 CC. El recurrente alega que la regla de necesidad de consignación solo es aplicable a los casos de condición resolutoria expresa prevista en el art. 1504 CC.

**Fundamentación jurídica:** la relación existente entre la facultad resolutoria implícita del art. 1124 CC y la condición resolutoria expresa a que se refiere el art. 1504 CC fue ampliamente analizada por la STS núm. 39/2015, de 16 de febrero, en el sentido de que: «En el ámbito de la resolución del contrato de compraventa de bienes inmuebles por incumplimiento debe señalarse, desde el inicio (ab initio), que el pacto resolutorio expreso del art. 1504 del Código Civil constituye una especificación, o cierta modalización, del marco general de aplicación de la acción resolutoria previsto en el artículo 1124 del Código Civil.

Esta especificación, conforme a la interpretación histórica de la especialidad que representan los artículos 1503 a 1505 del citado Texto legal, responde a un reforzamiento de la protección del vendedor que se traduce, principalmente, en una mayor objetivación de la aplicación del efecto resolutorio del contrato.»

Así, se reconocen dos aspectos comunes entre ambas acciones: en primer lugar, que se produzca un incumplimiento contractual; y, en segundo lugar, el efecto resolutorio que supone la restitución de las prestaciones entre las partes.

Atendiendo precisamente a este efecto resolutorio, apunta la Resolución de 10 de octubre de 2018 que: «la reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al

artículo 1504 del Código Civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes. Y, entre los requisitos [...] está la aportación del documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución», en aplicación del art. 175 RH, al disponer que «las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.

Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de éstos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación». Este requisito se justifica porque la resolución produce respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubieran percibido», en los términos que resultan del art. 1123 CC.

Por ello, aunque el precepto citado y la doctrina de este Centro Directivo se refiere a los casos en los que existe condición resolutoria inscrita, no hay ningún obstáculo para aplicar la misma exigencia a los casos en los que la resolución deriva del ejercicio de la acción prevista en el art. 1124 CC.

Debe, por tanto, concluirse que la exigencia de consignación a disposición del comprador de las cantidades pagadas por él como precio en la compraventa, en los términos que prevé el citado precepto del Reglamento Hipotecario, es aplicable como requisito de reinscripción a favor del vendedor a los casos en que la resolución del derecho inscrito tiene su origen en el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1124 CC.

**Comentario:** el Centro Directivo aborda por primera vez la resolución de contratos inscritos por aplicación del art. 1124 CC, es decir, sin que se haya pactado condición resolutoria explícita. Muchos temas se plantean —efectos frente a derechos de terceros, modificaciones o alteraciones en el objeto del contrato resuelto, devengo de las obligaciones de restitución—, pero aquí el comentario se circunscribe al caso que se plantea, es decir, a los efectos de la resolución entre partes, lo que nos conduce al concepto de reciprocidad de las obligaciones, en sus dos vertientes onerosa y liquidatoria.

Una vez devengadas las obligaciones, normalmente de origen contractual, cada una tiene una vida jurídica separada de las demás, aunque su fuente jurídica sea la misma. Así, pueden extinguirse, novarse, modificarse, cederse o transmitirse, garantizarse..., sin que influya en absoluto, en las demás establecidas en el contrato. Solo existen tres excepciones en principio a esta regla general, que no está explícita en el Código Civil, pero sí implícita en su articulado y precedentes históricos y doctrinales. Estas excepciones, y solo en según que efectos, son las obligaciones accesorias de otra principal, las subsidiarias como la fianza y las recíprocas.

En este caso, estamos en el ámbito de las obligaciones recíprocas lo que impone definir la reciprocidad. Esta es una relación jurídica entre dos obligaciones, nacidas de una misma fuente jurídica —contractual— con idénticos titulares pero que ocupan posiciones inversas, de tal modo que el que es acreedor de una es deudor en la otra.

Su nacimiento de la misma fuente jurídica supone que nace se crea o constituye, porque es recíproca de la otra, de tal manera que sin la constitución de esta no tendría sentido jurídico ni económico la otra contraobligación que le hace de causa a efectos de los arts. 1261.3 y 1274 CC, en contraposición de las obligaciones unilaterales cuyo nacimiento no depende de ninguna obligación previa.

La fuente creadora de las dos obligaciones principales suele ser un contrato oneroso, en cuyo caso la reciprocidad será voluntaria. O puede ser la extinción de estas obligaciones nacidas de un contrato oneroso que se rescinde, anula o resuelve, que aboca a la reciprocidad liquidatoria, que ya no es voluntaria sino legal.

En cuanto a esta última que es objeto del caso de la resolución comentada, a que se refieren los arts. 1123, 1295 y 1303 CC, entre otros, se da cuando el contrato rescindido, anulado o resuelto era oneroso. Y si se trata de resolución del art. 1124 CC procede cuando el contrato ha sido cumplido solo por una de las partes, que es la única con legitimación activa para demandar su resolución.

En este caso, y en función de la retroactividad de la resolución hace nacer para ambas partes unas obligaciones llamadas liquidatorias, restitutorias o de reintegro que tienen por objeto la cosa que en su día se entregó con sus frutos y el precio con sus intereses (arts. 1295, 1303 y 1123 CC para la rescisión, nulidad y resolución por condición pactada, respectivamente).

Esta reciprocidad liquidatoria, de origen ex lege, depende de que el legitimado activo que reclama la resolución, rescisión..., pueda cumplir o devolver lo que recibió, es decir, que pueda cumplir su obligación de restituir. Así claramente se expresa el art. 1295 CC, que supedita la acción rescisoria, a «que el que la haya pretendido pueda devolver aquello que por su parte estuviese obligado». Si puede

restituir, se activará la reciprocidad liquidatoria con el nacimiento de la obligación de reintegro o restitución de la otra parte, en caso contrario no nacerá esta y se frustrará la acción de resolución. Y en cuanto al legitimado pasivo, le exige el cumplimiento específico e íntegro de su obligación devolutiva (art. 1295.2 CC), en los casos de rescisión.

El fundamento del efecto restitutorio de la reciprocidad liquidatoria se encuentra en la frustración de la reciprocidad onerosa. Al haberse contraído cada obligación de cada parte contractual por causa de la obligación asumida por la otra, al frustrarse en la realidad esta, por el incumplimiento de alguna de las partes, pierde la causa o fuerza jurídica para su mantenimiento y obliga a reponer la situación jurídica anterior al contrato (principio de retroactividad). En este sentido, la STS de 12 de mayo de 2005 manifestó que «producida la resolución sobrevenidamente, carecen de causa legitimadora los desplazamientos patrimoniales efectuados en ejecución de la reglamentación negocial antes vigente».

Así el art. 1114 CC para las obligaciones condicionales establece que en ellas «la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición»; y el art. 1123 CC en esta línea dispone que «[c]uando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquéllas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido».

Esta es la doctrina que para el presente caso establece esta resolución. Se trata de un contrato de compraventa ya inscrito sin condición resolutoria, en el que figura como titular registral el comprador y en donde recae sentencia que al amparo del art. 1124 CC decreta la resolución del contrato. En el mandamiento que acompaña la sentencia, no consta haberse acreditado la consignación del precio de venta por parte del vendedor a favor del demandado, comprador y titular registral vigente conforme a lo establecido en el art. 175.6 RH, para los contratos de venta inscritos con condiciones resolutorias por falta de pago del precio.

El Centro Directivo aplica por analogía este precepto a los casos de resolución del art. 1124 CC, por la identidad de razón que hay entre los dos tipos de resolución, la implícita y la explícita. Este precepto supedita la cancelación de la inscripción de la venta de bienes sujetos a condiciones resolutorias, a la presentación del documento que acredite la resolución de la misma, a la consignación de las cantidades en un establecimiento bancario o Caja oficial que deben ser devueltas, con las deducciones que en su caso procedan.

Por lo tanto, para la reinscripción a favor de la parte vendedora y la cancelación de la inscripción a favor del comprador, es necesario presentar el título de

resolución de la venta (sentencia) junto con la consignación de las cantidades que debe percibir el comprador por aplicación analógica del art. 1123 CC.

Aun así, no debe deducirse una identidad total entre la resolución por condición pactada y la implícita del art. 1124 CC.

En primer lugar, porque la condición resolutoria debe ser expresamente pactada, en cambio no lo necesita la resolución del 1124 CC, por esto se llama implícita. Todo ello sin perjuicio de posibles pactos sobre resolución contractual.

En segundo lugar, los efectos de la condición resolutoria en caso de cumplimiento o realización son automáticos —no potestativos— y retroactivos.

Así se deduce del art. 1114 CC al disponer que «[e]n las obligaciones condicionales la adquisición de los derechos, así como la resolución o pérdida de los ya adquiridos, dependerán del acontecimiento que constituya la condición». Es decir, el contrato quedará automáticamente resuelto, al producirse el hecho condicional, aunque las partes lo desconozcan o lo ignoren. Solo una novación del contrato suprimiendo la condición antes de su cumplimiento puede evitar la resolución. Mientras que la resolución del art. 1124 CC es meramente potestativa, la parte perjudicada que ha cumplido puede decidir a su arbitrio si resuelve o pide el cumplimiento. Por lo que carece de todo automatismo y así este precepto la define como «[l]a facultad de resolver las obligaciones [...]». Y da al perjudicado una opción «entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación» e incluso «podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible».

Además, la obligación condicional resoluble es retroactiva por imperativo del art. 1120 CC, al disponer que «[l]os efectos de una obligación condicional de dar, una vez cumplida la condición, se retrotraen al día de constitución de aquella». Por ello, se resuelven los derechos adquiridos por terceros sobre las cosas entregadas o transmitidas en el contrato, en base al principio romano de *resoluto iuris dantis, resolvitur ius concessum*. Todo lo contrario que en la resolución del art. 1124 CC, en cuyo último párrafo dispone que la resolución que establece «se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria». Por lo tanto, se mantienen a pesar de la resolución las adquisiciones o subadquisiciones, totales, parciales o de derechos limitativos reales a favor de terceros que no hubieran procedido de mala fe.

La remisión a la Ley Hipotecaria debe entenderse a su art. 37. Solo permite que afecte a derechos inscritos a favor de tercero, si la causa de resolución está inscrita. Esta cuestión nos aboca a la última diferencia. Las transmisiones o constituciones

## **rjib18** ACTIVITAT REGISTRAL

*Antoni Canals Prats*

de derechos reales sujetos a condición resolutoria o suspensiva son plenamente inscribibles por los arts. 9 y 23 LH y el art. 51 RH fundado en su efecto real, automático y retroactivo visto. Sin embargo, la resolución implícita, al no poseer los efectos antedichos, no permite su acceso registral. Por lo que el ejercicio con éxito de esta acción frente a situaciones registrales, depende de que el derecho resuelto figure inscrito aún a favor del demandado y contraparte contractual, evitando así que se impida su cancelación por razón de incumplimiento del principio de tracto sucesivo del art. 20 LH, o consten derechos limitados a favor de terceros que no se podrían liquidar y cancelar. Todo ello, salvo que el actor haya solicitado anotación de demanda y se haya practicado en cuyo caso la acción del art. 1124 CC se convierte en una especie de *ius ad rem*, solo desde la fecha de la anotación y no de la inscripción del contrato inversamente a lo que sucede con los contratos condicionales inscritos.

Antoni Canals Prats

# ACTIVITAT NORMATIVA

***Lluís Isern Estela***

Lletrat del Parlament de les Illes Balears

***Pedro Fullana Barceló***

Advocat de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears

## Crònica de legislació autonòmica i estatal (novembre 2018-octubre 2019)

### I. Illes Balears

#### 1. Lleis i decrets llei

Els darrers mesos de la IX Legislatura del Parlament de les Illes Balears es caracteritzaren per una intensa activitat legislativa i fou aprovat un gran nombre de normes. Així, en primer lloc, ens hem de referir a la **Llei 10/2018, de 6 de novembre, de modificació del Decret 100/2010, de 27 d'agost, pel qual es regula el procediment d'autorització sanitària dels centres, serveis i establiments sanitaris i el funcionament del Registre de centres, serveis i establiments sanitaris de les Illes Balears** (BOIB núm. 142), que té per objecte, en el seu únic article, excepcionar l'Hospital Residència Assistida Cas Serres de l'obligació d'adaptació a les normes contingudes al dit decret. En segon lloc, s'ha de deixar constància de l'aprovació de la **Llei 11/2018, de 6 de novembre, per la qual s'estableix la gratuïtat de les places d'aparcament dels hospitals públics de les Illes Balears** (BOIB núm. 142), la qual afecta concretament als hospitals de Son Espases, a Mallorca, i Can Misses, a Eivissa, ja que la resta d'hospitals públics de les Illes Balears ja comptaven amb un aparcament gratuït. Va ser aprovada amb la finalitat d'assegurar la igualtat de tots els ciutadans en les condicions d'accés als esmentats serveis públics. Per la seva banda, la **Llei 12/2018, de 15 de novembre, de serveis a les persones en l'àmbit social a la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 146), té per objecte establir els principis bàsics de la contractació, la concertació i la cooperació directa dels serveis a les persones en l'àmbit social que formalitzin les administracions públiques competents a les Illes Balears, amb la finalitat de proveir uns serveis de qualitat a la ciutadania. La Llei 12/2018 s'estructura en quatre capítols, un d'ells de preliminar. El capítol primer regula el règim de col·laboració privada en la gestió de serveis socials per a les persones mitjançant l'acció concertada. En aquest capítol es fixen els principis als quals s'ha d'ajustar la dita acció concertada, els requisits exigibles a les entitats gestores dels serveis concertats, els procediments de concertació i els criteris de preferència a favor d'entitats del tercer sector social, la durada, la renovació, la modificació i l'extinció, amb les seves causes, de l'acció concertada. També es defineix el contingut mínim dels acords d'acció concertada, l'objecte d'aquesta i l'obligació de l'administració

pública competent de fer la pertinent planificació, avaluació i seguiment dels serveis prestats mitjançant acció concertada. El capítol segon recull, per la seva part, un conjunt de regles específiques de contractació pública de serveis socials adreçats a les persones, com ara les relatives a l'exigència de solvència específica per garantir la qualitat de la prestació, en el pressupost base de licitació, en el termini dels contractes, en la utilització del model de concessió de serveis, en els criteris d'adjudicació vinculats a la qualitat, en les ofertes anormalment baixes, al responsable del contracte, en les condicions especials d'execució i en la possibilitat de reservar contractes a entitats del tercer sector en l'àmbit dels serveis socials. El capítol tercer regula el sistema de cooperació directa amb entitats del tercer sector social.

Els darrers mesos de 2018 es dictaren dos decrets llei. El **Decret llei 4/2018, de 23 de novembre, de concessió de crèdits suplementaris per atendre despeses inajornables derivades de sentències judicials pendents de pagament en l'àmbit de la Llei 4/2008, de 14 de maig**, de mesures urgents per a un desenvolupament territorial sostenible a les Illes Balears, amb càrrec als pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2018, i de modificació del 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. 147; validació BOIB núm. 157), atén a una doble finalitat. D'una banda, aprovar els crèdits suplementaris necessaris per tal que el Govern pugui satisfer les sentències judicials que condemnen la Comunitat Autònoma al pagament d'importants quanties en concepte d'indemnització —i interessos— a favor dels subjectes afectats per l'aplicació de la Llei 4/2008 en matèria d'ordenació territorial. D'altra banda, s'estableixen algunes modificacions puntuals de caràcter procedimental respecte de l'aplicació del Decret llei 2/2018, relatiu a les ajudes que es concediren amb motiu de les pluges i inundacions a la comarca de Llevant l'octubre de 2018. Aquest Decret llei 4/2018, un cop validat pel Ple del Parlament de les Illes Balears, fou tramitat com a projecte de llei, la tramitació del qual acabà amb l'aprovació de la **Llei 17/2019, de 8 d'abril**, amb la mateixa denominació del Decret llei de la qual dimana (BOIB núm. 48). Els canvis que introdueix la Llei es troben en les disposicions addicionals i finals i són d'una naturalesa totalment heterogènia entre si i també respecte de l'objecte de la Llei. Així, la disposició addicional primera es refereix a la col·laboració del Govern de les Illes Balears en el finançament de les despeses derivades del compliment de sentències judicials de condemna per responsabilitat patrimonial de l'administració en l'àmbit del Pla territorial insular de Menorca; la disposició addicional segona estableix una nova classificació dels cossos de bombers i altres normes en matèria de personal dels serveis de prevenció i extinció d'incendis

de les administracions locals; la disposició final tercera modifica el text refós de la Llei de subvencions; la disposició final quarta modifica la Llei 3/2008, de 14 d'abril, de creació i regulació de l'Agència Tributària de les Illes Balears, i la disposició final cinquena és relativa a l'actualització dels plans especials. Per la seva banda, el **Decret Llei 5/2018, de 21 de desembre, sobre projectes industrials estratègics de les Illes Balears** (BOIB núm. 160; validació BOIB núm. 9 de 2019, correcció d'errades BOIB núm. 16 de 2019), és una norma de desenvolupament de la Llei 4/2017, de 12 de juliol, d'indústria de les Illes Balears. Efectivament, per tal d'aconseguir una expansió significativa i sostenible del teixit industrial de les Illes Balears o la consolidació d'aquest, o l'adopció de mesures adreçades a garantir la viabilitat d'una empresa o sector industrial exposats a riscos per a la seva continuïtat, es va incloure en la Llei 4/2017 la figura dels projectes industrials estratègics, projectes que es considera que, per l'indubtable interès social, tenen una dimensió supramunicipal, sigui per la seva magnitud, importància o característiques especials. Així, el primer dels articles del Decret Llei 5/2018 està dedicat al seu objecte i finalitat; el segon a definir el concepte de projecte industrial estratègic i els seus requisits; el tercer a regular el procediment per a la declaració d'una proposta d'inversió com a projecte industrial estratègic; el quart a establir els efectes d'aquesta declaració, i, finalment, el cinquè a regular el seguiment de les propostes declarades projectes industrials estratègics. S'ha de cridar l'atenció sobre el fet que aquest Decret Llei 5/2018, un cop validat pel Ple del Parlament, fou tramitat com a projecte de Llei i donà lloc a l'aprovació de la **Llei 14/2019, de 29 de març, de projectes industrials estratègics de les Illes Balears** (BOIB núm. 42). L'esmentada Llei introdueix uns canvis mínims respecte de la regulació continguda en el Decret Llei 5/2018, però incorpora dues disposicions totalment alienes al seu objecte, relatives a la matèria de joc i d'implantació d'energies renovables fotovoltaïques.

Dues normes més foren aprovades el mes de desembre de 2018. En primer lloc, la **Llei 13/2018, de 28 de desembre, de camins públics i rutes senderistes de Mallorca i Menorca** (BOIB núm. 163). Aquesta Llei no pretén regular amb caràcter general l'excursionisme sinó que només tracta del règim jurídic dels camins públics com a xarxa on implantar la pràctica del senderisme. El títol I recull l'objecte de la Llei, és a dir, el règim jurídic dels camins públics i les rutes senderistes i n'incorpora els principis generals, que es poden resumir en la defensa i la conservació del patrimoni viari, potenciant-ne l'ús responsable com a mitjà per accedir a l'entorn rural més immediat de la ciutadania. El títol II estableix el règim jurídic dels camins públics, respecte del qual se n'ha de destacar, entre d'altres qüestions, l'establiment d'una zona de protecció de tres metres a cada costat del camí; el reforçament de l'acció pública, ja que s'amplia el dret al seu exercici a qualsevol persona amb

interès en la matèria i s'estableix la possibilitat que pugui ser compensada econòmicament per l'administració pública; també, s'elimina qualsevol possibilitat que pugui donar la desafectació tàcita pel transcurs del temps; pel que fa a l'expedient d'investigació, recuperació d'ofici i delimitació, s'estableix que el consell insular, en cas de vies municipals d'interès supramunicipal, pugui iniciar els expedients d'investigació d'ofici en cas que l'ajuntament no actuï. Altrament, es regula la catalogació i el registre de camins públics i la figura del catàleg, municipal o insular de camins públics i la figura del registre insular de camins públics; es preveu la col·laboració i la coordinació entre les diferents administracions i, en especial, que es puguin subscriure convenis o subvencions per redactar els catàlegs. D'altra banda, la Llei regula els instruments de planejament territorial i els plans executius, mitjançant el pla director sectorial de camins i els plans especials. El règim jurídic dels camins públics es completa amb una sèrie de normes relatives a l'ús dels camins públics, insistint en el dret que tota persona té de transitar-hi conforme al seu destí, i es fixen les condicions generals per als diferents usos i aprofitaments. El títol III regula les rutes senderistes, en el qual s'han de subratllar les normes relatives a la constitució de rutes senderistes (iniciativa per constituir-les, projecte de rutes senderistes, plans especials, insulars o municipals, d'ordenació de rutes senderistes, procediment d'homologació de rutes i implantació del Registre de rutes senderistes) i, així mateix, les normes relatives a la conservació, policia i senyalització de les dites rutes. Per últim, la Llei regula el règim de les infraccions i sancions en la matèria.

Per últim, la **Llei 14/2018, de 28 de desembre, de pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2019** (BOIB núm. 163; correcció d'errades BOIB núm. 9 de 2019), s'estructura en set títols, que són els següents: aprovació dels pressuposts, modificacions i fons de contingències; gestió del pressupost de despeses; despeses de personal i altres disposicions; gestió del pressupost d'ingressos i altres normes en matèria tributària; altres normes sobre òrgans estatutaris i ens instrumentals; tancament del pressupost, i relacions institucionals. El contingut de la Llei de pressuposts generals es completa amb vuit disposicions addicionals, una de derogatòria i vint-i-cinc disposicions finals, les quals recullen preceptes d'índole variada que no tenen cabuda al llarg de l'articulat de la Llei, però que constitueixen en tot cas un complement indispensable per executar la política econòmica i financera inherent a l'aprovació dels estats de despeses i d'ingressos que contenen els pressuposts generals per a l'any 2019. No és factible donar notícia de totes elles atesa la limitació d'espai disponible per a aquesta crònica, però almenys s'ha de cridar l'atenció sobre la norma que redueix substancialment el tipus de gravamen aplicable a les transmissions patrimonials

oneroses d'immobles, que passa d'un 8 % a un 5 %, en els casos en què el valor real de l'immoble no ultrapassi els 200.000 € i aquest immoble hagi de constituir el primer habitatge de l'adquirent.

Als primers mesos de 2019, fins a l'acabament de la IX Legislatura, s'aprovaren les normes següents. En primer lloc, ens hem de referir a la **Llei 1/2019, de 31 de gener, del Govern de les Illes Balears** (BOIB núm. 15), la qual té per objecte establir el règim jurídic aplicable al president, al Govern de les Illes Balears i als seus membres, així com regular l'exercici de la iniciativa legislativa i de les potestats normatives del Govern. També estableix els principis i valors que han d'informar l'actuació del Govern i regula el procés de transició entre governs. La regulació que conté aquesta Llei és la primera que s'escomet pel que fa a aquestes qüestions després de la reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears de l'any 2007. Aquesta nova regulació integra en un sol text legal les qüestions estàtiques i dinàmiques del president i del Govern. Pel que fa a la figura del president del Govern, es regula la seva elecció i l'estatut personal, les seves atribucions, la responsabilitat i el seu control parlamentari. Amb relació al Govern, la Llei regula el seu règim general, és a dir, la seva naturalesa i composició, el funcionament del Consell de Govern (amb la possibilitat per part dels seus membres de participar-hi per mitjans telemàtics) i la secretaria del Consell de Govern; se'n regulen també les atribucions del Consell de Govern i els òrgans de suport i col·laboració (la Comissió de Secretaris Generals, els gabinets, els comissionats autonòmics i el portaveu del Govern), el control del Govern i la representació davant el Parlament. Per últim, i com a novetat destacable, la Llei regula el cessament del Govern i el procés de transició entre governs, respecte del qual s'hi estableixen els principis d'actuació del Govern en funcions i les limitacions, així com la informació de traspàs que ha d'aprovar el Consell de Govern. D'altra banda, la Llei dedica uns pocs articles amb relació als integrants del Govern, o sigui, el vicepresident i els consellers. La principal novetat pel que fa a l'estatut personal dels membres del Govern és la desaparició de tota menció al seu fur processal, en espera que una futura modificació de l'Estatut d'autonomia elimini qualsevol privilegi en aquest sentit. Per una altra part, suposa també una novetat de la Llei la sistematització de la iniciativa legislativa i les potestats normatives del Govern. És destacable la incorporació d'un article referit a la possibilitat de dictar decrets llei, conforme a la reforma estatutària de l'any 2007, i la institució d'un procediment general d'elaboració normativa, tant per a l'exercici de la iniciativa legislativa com de la potestat reglamentària, en el qual es fan les adaptacions a la normativa bàsica estatal en la matèria. Dins el procediment general es reconeixen especialitats per a determinades matèries que impliquen, en el marc de la regulació bàsica, menys tràmits. També es preveu, d'una

banda, un procediment d'urgència per tramitar normes en casos taxats i, de l'altra, un procediment específic per elaborar texts consolidats, en el mateix sentit que l'anomenat fins ara procediment simplificat. Per últim, la Llei estableix una altra novetat, relativa aquesta als principis d'actuació del Govern, en què es recull i s'actualitza part de la regulació continguda en la Llei 4/2011, de 31 de març, de la bona administració i del bon govern de les Illes Balears.

Una altra de les lleis aprovades fou la **Llei 2/2019, de 31 de gener, de delegació de competències al Consell Insular de Mallorca de les facultats que, com a administració gestora, exerceix ara l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears en relació amb el Museu de Mallorca** (BOIB núm. 15). Aquesta Llei estén el seu objecte no només al Museu de Mallorca, com expressa la denominació de la norma, sinó també a les facultats d'execució amb relació a la Secció Etnològica de Muro, el Museu Monogràfic de Pollentia i determinats magatzems de Son Tous.

La següent de les normes aprovades fou la **Llei 3/2019, de 31 de gener, agrària de les Illes Balears** (BOIB núm. 18), que substitueix la Llei 12/2014, de 16 de desembre, de la mateixa denominació. Malgrat no modificar substancialment la Llei 12/2014, s'hi introdueixen tot un seguit de canvis que afecten gran part de l'articulat, la qual cosa aconsellà, per raons d'eficàcia i seguretat jurídica, aprovar de bell nou el text íntegre de la norma. Igual que la predecessora, es tracta d'un text molt extens, 199 articles, que s'estructuren en un títol preliminar i onze títols, més les corresponents disposicions addicionals, finals, etc. El títol preliminar fa referència a l'objecte de la llei, l'àmbit material i territorial aplicables, i la insularitat i recull les definicions i els objectius de la norma. Segons expressa l'exposició de motius de la Llei, aquesta s'aprova amb la voluntat de defensar el sòl rústic per a l'activitat agrària de l'absorció del territori per part d'activitats impròpies que no contribueixen a mantenir-lo. El títol I es dedica a l'exercici de l'activitat agrària i el seu registre, i als drets i obligacions dels titulars de les explotacions agràries i dels propietaris del sòl rústic. El títol II, dedicat al règim competencial i als òrgans col·legiats de consulta i assessorament, recull el caràcter pluriinsular de la comunitat autònoma i la distribució de competències entre el Govern i l'Administració autonòmica i els consells insulars. Com a novetat, s'ha de destacar la creació de la Conferència Sectorial de Consellers Competents en Matèria Agrària. D'altra banda, la producció agrària, en les diferents manifestacions, la producció agrícola, la ramadera i la forestal es regulen en el títol III, que inclou així mateix, una referència al règim hídric de les explotacions agràries i disposicions relatives als productes, subproductes i envasos d'origen agrari i als fems. El títol IV regula l'activitat complementària de l'agrària; al respecte, s'estableix el criteri de la necessitat que es tracti d'activitats que es duguin a terme en edificacions existents d'una explotació agrària preferent.

El títol V, sota la rúbrica «Els usos agraris», recull el principi de vinculació del planejament i el criteri essencial que els usos agraris siguin usos admesos no subjectes a la declaració d'interès general, pel fet que estan vinculats amb la destinació o la naturalesa de les finques. En el títol VI es defineixen i regulen les diferents figures de reconeixement dels valors agraris i dels serveis ambientals, ecosistèmics i socials que pot oferir l'activitat agrària. Altres matèries com ara la transformació i la comercialització, la millora del coneixement agrari, l'associacionisme agrari i el règim d'infraccions i sancions són objecte dels darrers títols de la Llei.

La **Llei 4/2019, de 31 de gener, de microcooperatives de les Illes Balears** (BOIB núm. 18), parteix del concepte de microcooperativa com aquella societat cooperativa de primer grau, pertanyent exclusivament a la classe de les de treball associat i a la de les d'explotació comunitària de la terra. Segon manifesta l'exposició de motius, es tracta d'una norma que cerca simplificar la creació de les petites cooperatives adaptant-se a la realitat actual i possibilitant que molts d'emprenedors tinguin l'oportunitat d'iniciar la seva activitat a través del model d'empresa d'economia social. Les microcooperatives són entitats que tenen una duració màxima de set anys, transcorreguts els quals s'hauran de regir per la Llei 1/2003, de 20 de març, de cooperatives de les Illes Balears. La Llei simplifica les exigències i els tràmits necessaris per a la fase de creació de les microcooperatives, establint un model tipus d'estatuts socials, rebaixant de tres a dos el nombre mínim de socis, flexibilitzant el tràmit de registre, etc. La norma, d'altra banda, cerca consolidar la microcooperativa mitjançant la flexibilització dels límits de contractació de treballadors per compte d'altri amb contracte indefinit, durant un període transitori de set anys com a temps necessari per a la consolidació del projecte empresarial. Amb aquesta voluntat, la norma s'estructura en tres capítols relatius a disposicions generals, constitució i inscripció i normes de funcionament i òrgans socials.

La següent norma aprovada fou la **Llei 5/2019, de 8 de febrer, de modificació de la Llei 10/1998, de 14 de desembre, de col·legis professionals de les Illes Balears i de creació del Col·legi Professional de Docents de les Illes Balears** (BOIB núm. 21), que s'articula en dos capítols. El primer dedicat a la modificació de la Llei 10/1998 ja que el legislador considerarà oportú deixar clar que és possible crear un col·legi professional mitjançant una llei no necessàriament provinent d'un projecte de llei governamental, sinó també mitjançant una llei fruit d'una proposició de llei, és a dir, per la sola voluntat del Parlament, sense participació dels òrgans de l'Administració. El capítol II inclou la regulació específica d'un col·legi de nova creació, amb una normativa mínima que ha de permetre la constitució del col·legi i la seva posada en marxa. El Col·legi Professional de Docents de les Illes Balears

agrupa els professionals que estiguin habilitats per a l'exercici de les professions de mestre d'educació infantil, mestre d'educació primària, professor d'ensenyament secundari i professor d'universitat i que acreditin el període d'exercici de la professió que estableixin els estatuts del col·legi.

La **Llei 6/2019, de 8 de febrer, de modificació de la Llei 7/2013, de 26 de novembre, de règim jurídic d'instal·lació, accés i exercici d'activitats a les Illes Balears** (BOIB núm. 21), du a terme una profunda revisió de la Llei 7/2013, tant des del punt de vista quantitatiu, ja que dona una nova redacció a la majoria dels seus articles, com des del punt de vista qualitatiu, atès que canvia també alguns aspectes estructurants de la norma. En primer lloc, la Llei de 2013 feia recaure el pes del control a posteriori sobre la matèria per part de l'administració en l'activitat inspectora, la qual corresponia en general als ajuntaments; la Llei 6/2019, en canvi, dona major importància a la tècnica de la revisió periòdica, la iniciativa de la qual parteix del titular i en facilita el control administratiu. Així, la Llei encomana la revisió a tècnics competents i a organismes de control acreditats, les ECAC, i, a més, reforça el control de la realització de les inspeccions a través del Registre Autonòmic d'Activitats. En segon lloc, pel que fa a la regulació concreta atenent la tipologia de les activitats, en relació amb les activitats permanents, es modifiquen els paràmetres que impliquen la inclusió d'una activitat en una o altra activitat. En tercer lloc, la Llei pretén donar una major convergència entre la tramitació en matèria d'activitats i la derivada de la normativa urbanística. En quart lloc, són objecte de revisió les modificacions de les activitats existents. Així, es redefeixen les modificacions substancials i tot i deixar clar que qualsevol modificació se subjecta a la llei i, per tant, requereix l'obtenció del títol habilitant que pertanyi. A més, es fixa com a requisit per realitzar qualsevol modificació que l'activitat es trobi inscrita en el registre autonòmic, la qual cosa garanteix el control de l'activitat, sobretot pel que fa a les revisions periòdiques. En cinquè lloc, pel que fa a les activitats subjectes a autorització integrada, s'actualitzen les referències normatives i s'introdueixen algunes modificacions per tal d'harmonitzar el procediment ambiental amb la recent normativa urbanística. En sisè lloc, les potestats de vigilància, control i inspecció s'atribueixen a cada administració en funció del seu àmbit territorial i competencial, a l'hora que s'atorga una especial importància al control de les revisions periòdiques que, de forma general, es fixen com a obligatòries. En setè lloc, es modifica el règim sancionador aclarint diversos aspectes relatius als infractors, les sancions i la forma d'imposar-les, a més de fixar noves infraccions. Per últim, s'ha de destacar que la Llei inopinadament modifica la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme, amb relació a les agències de viatges i la Llei 4/2013, de 17 de juliol, de coordinació de les policies locals, amb relació a matèries de funció pública d'aquestes.

Per la seva banda, la **Llei 7/2019, de 8 de febrer, per a la sostenibilitat mediambiental i econòmica de l'illa de Formentera** (BOIB núm. 21), té per objecte la implantació d'una sèrie de limitacions d'accés a la dita illa i l'establiment d'un sostre en el nombre de vehicles que hi circulen durant el període estiuenc, a fi de corregir la problemàtica derivada de la congestió del territori insular en els períodes de l'any de més afluència de persones i vehicles. A aquests efectes, la Llei estableix mesures específiques, com ara mesures de regulació de fluxos turístics i de mobilitat sostenible. La norma regula les limitacions temporals a l'entrada i la circulació de vehicles de motor durant els períodes de màxima afluència turística i inclou un règim d'excepcions que té en compte les situacions diferencials que no poden veure's afectades en règim d'igualtat per la prohibició general, excepcions lligades a les característiques de les persones usuàries o dels vehicles. També es preveuen excepcions determinades en funció d'un sostre màxim fixat pel Consell de Formentera que permeti l'entrada i la circulació de vehicles, de forma limitada per dies i amb sol·licitud prèvia dels interessats. En fi, la Llei també preveu normes relatives a la planificació i l'avaluació dels resultats de les mesures implantades, mesures de foment i estableix el corresponent règim d'inspecció i sanció.

La **Llei 8/2019, de 19 de febrer, de residus i sòls contaminants de les Illes Balears** (BOIB núm. 23), declara en l'exposició de motius que pretén ser una llei per a la gestió sostenible de residus, així com una eina jurídica per fer un gir cap al nou paradigma europeu, i mundial, de l'economia circular. Declara també que la generació de residus ha de disminuir, i els que es generin han de deixar de ser un residu per ser un recurs. Es tracta d'una norma que neix amb la voluntat de completar la legislació bàsica estatal (la Llei 22/2011, de 28 de juliol) i per millorar el nivell de protecció mediambiental en línia amb les darreres directives europees sobre la matèria. El títol I de la Llei conté les disposicions i els principis generals, l'objecte i finalitat de la Llei, i els principis que han de regir la planificació i la gestió dels residus, com els d'autosuficiència i proximitat, la jerarquia, les accions de sensibilització, l'educació i conscienciació, i la necessitat de la implementació progressiva del pagament per generació, real i efectiu, a través dels preus públics, tarifes i taxes. Sintèticament, pel que fa als residus, es pot dir que la filosofia que inspira la Llei és, per aquest ordre, reduir-los, reutilitzar-los, reciclar-los, valoritzar-los energèticament i, en darrer terme, eliminar-los. El títol II, relatiu al règim competencial i la planificació, determina que el Govern de les Illes Balears manté la competència en planificació de residus perillosos, la d'autorització, vigilància, inspecció i sanció de les activitats de producció i gestió de residus, la de trasllat de residus i la potestat reglamentària i de desplegament normatiu en l'àmbit regulat en la Llei; en canvi, els consells insulars mantenen la competència en planificació de

residus no perillosos, el tractament insularitzat i obligatori dels residus domèstics mesclats, i els ajuntaments, en recollida i també vigilància, inspecció i sanció en l'àmbit dels residus domèstics. El títol III, relatiu als fonaments de la gestió de residus, és molt ambiciós i conté mesures concretes per a la prevenció, la reutilització i la disminució de la condició de perillositat dels residus, reducció qualitativa i quantitativa, així com per evitar el malbaratament alimentari, reduir la generació d'envasos o garantir-ne la gestió efectiva. Així, per exemple, s'estableixen restriccions i prohibicions respecte dels productes d'un sol ús, s'implanten mesures de prevenció d'envasos, es preveuen sistemes de responsabilitat ampliada de determinats productors, es regula la recollida de residus, la preparació per a la reutilització, el reciclatge i la valoració, o el compostatge domèstic i comunitari i les deixalleries municipals. El títol IV es dedica a la futura creació de l'Ens de Residus de les Illes Balears. Els títols V i VI de la Llei estan dedicats a la regulació del règim administratiu de la producció, la possessió i la gestió de residus a les Illes Balears, i quant al règim aplicable per a determinats residus, com els de construcció i demolició, els llots de les aigües residuals urbanes o els vehicles fora d'ús, pretenen complementar i adequar a la realitat i als problemes de la comunitat autònoma les previsions, més generals, de la normativa estatal. El títol VII es dedica als aspectes relatius al control dels sòls afectats per contaminació antròpica, a la declaració de sòls degradats i contaminats, al seu registre i als procediments per a la recuperació. Els dos darrers títols de la Llei fan referència, respectivament, al subministrament d'informació en matèria de producció i gestió de residus i a la inspecció, control i règim sancionador.

La següent de les normes aprovades adoptà la forma de decret llei: el **Decret llei 1/2019, de 22 de febrer, de mesures urgents sobre l'explotació i el control de l'activitat de lloguer de vehicles amb conductor i altres mesures en matèria de transports terrestres** (BOIB núm. 24; validació BOIB núm. 37). Aquesta norma suposa la modificació de la Llei 4/2014, de 20 de juny, de transports terrestres i mobilitat sostenible de les Illes Balears, des d'una doble perspectiva. Per una part, per tal d'adaptar-la a l'Acord de la Comissió Bilateral de Cooperació Administració General de l'Estat – Comunitat Autònoma de les Illes Balears en relació amb el Decret llei 2/2017, de 26 de maig, de mesures urgents en matèria de transports terrestres, la qual cosa implica la modificació dels art. 63.4, 74 bis i 96 bis 2 de la dita Llei 4/2014. Per una altra part, el Decret llei 1/2019 modifica també la Llei 4/2014 per tal d'adaptar-la als canvis legislatius que ha impulsat l'Administració General de l'Estat. En aquest sentit, s'estableixen determinades condicions d'explotació i control de lloguer de vehicles amb conductor, aplicables als serveis de caràcter urbà i interurbà que es prestin íntegrament a les Illes Balears, en el marc de

l'habilitació prevista en el Reial decret Llei 13/2018, de 28 de setembre, pel qual es modifica la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'ordenació dels transports terrestres, en matèria de lloguer de vehicles amb conductor.

La **Llei 9/2019, de 19 de febrer, de l'atenció i els drets de la infància i l'adolescència de les Illes Balears** (BOIB núm. 26), actualitza el sistema de protecció de la infància i l'adolescència de les Illes Balears arran dels canvis introduïts en el sistema en l'àmbit estatal mitjançant la Llei orgànica 8/2015, de 22 de juliol, i la Llei 26/2015, de 28 de juliol. Així mateix, la nova Llei incorpora els canvis socials i les circumstàncies i realitats que les administracions competents han hagut d'afrontar al llarg d'aquests darrers anys i, d'altra banda, intenta aclarir la distribució competencial sobre la matèria a les Illes Balears, a més de recollir i actualitzar els drets i deures de les persones menors d'edat i, en general, de revisar els aspectes que recollia fins a les hores la Llei autonòmica 17/2006, de 13 de novembre. Es tracta d'una norma molt extensa, 265 articles, que se sistematitza de la següent manera. El títol I conté les disposicions generals conduents a l'aplicació de la norma, com són l'objecte, l'àmbit d'aplicació, les modalitats d'atenció a la infància i l'adolescència o els principis rectors de l'actuació administrativa, entre els quals l'interès superior de la persona menor d'edat és considerat el suprem principi inspirador en la matèria. El títol II estableix els drets i deures de les persones menors d'edat i defineix els mecanismes de protecció corresponents. Els drets dels menors, veritables protagonistes de la norma, s'ordenen en diversos capítols relatius a drets i llibertats civils i polítics, dret a ser oït i escoltat, drets en l'àmbit familiar, drets amb relació al benestar material i personal, amb relació a la salut i integritat, prevenció i protecció contra la violència, amb relació a l'atenció primerenca, educació i inserció formativa i laboral, relatius als serveis socials, a la cultura, el lleure, esport i medi ambient, la informació i publicitat, els establiments i espectacles públics, consum, internet i noves tecnologies i dades de caràcter personal. El títol III regula el règim competencial de les administracions públiques sobre la matèria, és a dir, el Govern, els consells insulars i els ajuntaments de les Illes Balears. La principal novetat és l'atribució als ajuntaments de la competència per dur a terme totes les actuacions materials, tècniques i jurídiques en situacions i declaracions de risc que fins llavors tenien atribuïdes els consells insulars. Ara bé, aquesta atribució de competències està prevista en règim de delegació. El títol IV regula el sistema de protecció de la infància i l'adolescència i es desenvolupa entorn de les tres actuacions de protecció: la prevenció i la detecció del risc, l'exercici de la guarda i la declaració de la situació de desemparament amb l'assumpció de la tutela. És el títol més extens de la Llei i en ell s'hi tracten qüestions com les actuacions en situacions de risc, les actuacions en situació de desemparament, la guarda i la tutela,

l'acolliment i l'adopció. Per últim, s'ha de destacar dins aquest títol, la creació del Registre Autonòmic de Situacions de Risc, únic per a tota la comunitat autònoma. El títol V preveu la regulació de les actuacions amb persones menors d'edat infractores en el marc de la legislació bàsica de l'Estat i s'hi tracten qüestions com la prevenció i la reinserció, l'execució de mesures, els centres socioeducatius per al compliment de mesures privatives de llibertat, etc. El títol VI fa referència a l'organització institucional i administrativa sobre la matèria de la Llei i s'estableixen normes amb relació a la Sindicatura de Greuges, el Consell d'Infància i Família de les Illes Balears, l'Observatori de la Infància i l'Adolescència de les Illes Balears, la Comissió Interinsular de Protecció de Menors i l'Oficina Balear de la Infància i l'Adolescència. El darrer títol, en fi, està dedicat a la inspecció i al règim sancionador.

La **Llei 10/2019, de 22 de febrer, de canvi climàtic i transició energètica** (BOIB núm. 27), és una norma molt ambiciosa, tant pel que fa al seu objecte com pel que fa a les mesures concretes que disposa. L'objecte és el compliment dels compromisos internacionals que emanen de l'Acord de París mitjançant l'ordenament de les accions encaminades a la mitigació i l'adaptació al canvi climàtic en les Illes Balears, així com la transició a un model energètic sostenible, socialment just, descarbonitzat, intel·ligent, eficient, renovable i democràtic. Respecte de les mesures, la Llei s'estructura en set títols. El primer, disposicions generals, defineix l'objecte, l'àmbit d'aplicació i les finalitats d'interès públic de la norma, entre les quals s'han de destacar la reducció de la dependència energètica exterior, la progressiva descarbonització de l'economia, així com la implantació progressiva de les energies renovables i la reducció de les emissions de gasos amb efecte d'hivernacle. En el títol segon, es defineixen els principals organismes per a la governança de la política climàtica de les Illes Balears: la Comissió Interdepartamental de Canvi Climàtic, el Consell Balear del Clima, el Comitè d'Experts per a la Transició Energètica i el Canvi Climàtic i l'Institut Balear de l'Energia. El títol III crea i regula els instruments de planificació que hauran d'emparar les mesures necessàries per lluitar eficaçment contra els efectes del canvi climàtic, sempre respectant les estratègies i els objectius determinats per la Unió Europea i la legislació bàsica de l'Estat. En aquest sentit, es configura el Pla de Transició Energètica i Canvi Climàtic com a principal eina planificadora, les determinacions del qual seran vinculants per al Pla Director Sectorial Energètic i per a altres tipus d'instruments. En el títol IV, dedicat a polítiques energètiques, s'aborden temes diversos: la reducció d'emissions de gasos amb efecte hivernacle, on es distingeix entre les emissions difuses i les no difuses i s'imposen un conjunt d'obligacions per a les grans i mitjanes empreses; a més, es crea el Registre balear de petjada de carboni; l'eficiència energètica, respecte de la qual s'estableixen

mesures específiques per a les edificacions, tant d'obra nova com ja existents, les infraestructures públiques i les instal·lacions i aparells; les energies renovables, respecte de les quals s'estableixen mesures específiques per facilitar-ne la seva implantació per a la incorporació de renovables en edificis i aparcaments, públics i privats, per a l'obertura a la participació local en els projectes d'instal·lacions d'energia renovable, a l'hora que es fa un èmfasi especial en l'autoconsum, amb la possibilitat que els consumidors puguin abocar els excedents a la xarxa; la gestió de la demanda elèctrica i la reducció de l'ús de combustibles fòssils, entre els quals es prioritza el gas natural per les seves menors emissions. El títol V, polítiques de mobilitat i transport, inclou normes amb relació a la promoció de la mobilitat sostenible, particularment la mobilitat elèctrica, i s'estableixen pautes i calendaris de transició cap a flotes de vehicles sense emissions (s'estableix un calendari més estricte pel que fa als vehicles que funcionen amb dièsel). El títol VI preveu mesures de sensibilització i exemplificació en el camp de la contractació pública, la formació, l'ocupació, la investigació i la informació de consumidors i usuaris. El darrer títol estableix les prescripcions relatives a la disciplina en matèria de canvi climàtic i regula la inspecció i el règim sancionador.

La **Llei 11/2019, de 8 de març, de voluntariat de les Illes Balears** (BOIB núm. 34), actualitza la Llei 3/1998, de 18 de maig, del voluntariat, a la qual deroga, tant pel que fa als canvis produïts a la societat balear aquests darrers vint anys, com pel que fa a la legislació estatal de referència, és a dir, a la Llei 45/2015, de 14 d'octubre, de voluntariat. La Llei 11/2019 té per objecte regular, reconèixer, divulgar, promoure, fomentar i protegir el voluntariat, en tots els seus àmbits, com a forma de participació mitjançant programes de voluntariat desenvolupats per entitats de voluntariat. S'entén per voluntariat el conjunt d'accions i activitats d'interès general desenvolupades per persones físiques que tinguin un caràcter solidari i altruista, sense contraprestació econòmica i que es desenvolupin en el si d'una entitat de voluntariat, d'acord amb els seus programes de voluntariat, d'una manera lliure i voluntària, sense que puguin substituir ni amortitzar llocs de feina remunerats. La norma, a més del clàssic voluntariat social, reconeix diversos àmbits d'actuació del voluntariat, com ara el voluntariat internacional de cooperació al desenvolupament, l'ambiental, el cultural, l'esportiu, l'educatiu, el sociosanitari, el comunitari, de protecció civil i d'oci i temps lliure. Així mateix, preveu tres tipus de voluntariat: presencial, no presencial i puntual o esporàdic. El règim que recull la norma es refereix exclusivament a la vinculació entre entitats i persones voluntàries, ja que el vincle amb els associats és regulat mitjançant la legislació general relativa a les associacions. Pel que fa al subjecte del voluntariat, la Llei preveu el règim de les persones voluntàries establint els seus drets i deures i declara l'anomenat document de compromís com a

marc de la relació entre les persones voluntàries i les entitats de voluntariat. Es regula per primera vegada el voluntariat de les persones menors. Es defineixen les entitats de voluntariat i es regulen els seus drets i deures. Segons la norma, les entitats de voluntariat han de tenir plans de voluntariat que recullin els aspectes relatius a la gestió de les persones voluntàries en el si de l'entitat i dels diferents programes de voluntariat de l'entitat (accions concretes a desenvolupar, funcions concretes de cada persona implicada en el programa, etc.). Es regulen també les persones destinatàries dels programes de voluntariat, els seus drets i deures, i es preveu l'existència d'altres agents (centres educatius, universitats i empreses). Per últim, la Llei posa en marxa el cens d'entitats de voluntariat i impulsa el Fòrum Balear del Voluntariat com a instruments de foment i promoció del voluntariat.

La **Llei 12/2019, de 12 de març, de consultes populars i processos participatius** (BOIB núm. 36), té per objecte, d'una banda, la regulació dels referèndums municipals com a instruments de democràcia directa i, d'altra banda, la regulació d'algunes figures de democràcia participativa, com a manifestacions que no es poden encaixar ni en la democràcia representativa ni en la democràcia directa. Així, la Llei s'organitza en tres títols. El primer estableix les disposicions generals: objecte i àmbit d'aplicació de la Llei, per una part, i una sèrie de normes relatives a la participació ciutadana, com ara els principis orientadors d'aquesta, els drets de les persones físiques i de les entitats de participació ciutadana, les obligacions de les administracions públiques respecte de la participació ciutadana, etc. El títol II conté la regulació dels referèndums municipals, és a dir, aquells a què es refereix la Llei reguladora de les bases del règim local. Així, el referèndum municipal es defineix com l'instrument de democràcia directa per conèixer la voluntat de les persones majors d'edat, censades en un municipi, expressada mitjançant votació, sobre assumptes de la competència pròpia municipal i de caràcter local que siguin d'una especial rellevància per als interessos de la població, a través d'un procés que gaudeixi de les garanties del procés electoral. La seva celebració requereix l'autorització de l'Estat. Els temes sobre els quals incideix aquest títol II es refereixen al procediment d'iniciativa i convocatòria, a l'organització i la documentació de la consulta, la campanya informativa, el vot, l'escrutini, la proclamació de resultats i les reclamacions. La principal novetat de la Llei respecte de la normativa estatal és que es declara que el resultat del referèndum és sempre i en tot cas vinculant per a l'autoritat convocant. En el títol III de la Llei, en canvi, es creen i desenvolupen les figures de democràcia participativa, que han de contribuir al fet que els poders públics puguin prendre les decisions més encertades i ajustades a l'interès públic. A diferència del referèndum previst en el títol II, el resultat d'aquests processos participatius no és vinculant per als poders públics i

poden ser posats en funcionament no només pels municipis, sinó també pel Govern de les Illes Balears i els consells insulars. El primer d'aquests mecanismes de democràcia participativa que regula la Llei és el de les consultes ciutadanes, és a dir, les consultes populars no referendàries. El subjecte participant no és el conjunt del cos electoral, sinó només aquelles persones que reunint els requisits establerts, s'hagin inscrit en el Registre Únic de Participació Ciutadana. La Llei regula extensament el procediment de consulta ciutadana: iniciativa per posar-la en funcionament, la convocatòria, les meses de consulta ciutadana, la documentació i els mitjans per a la consulta, la campanya informativa, la votació i l'escrutini, el Consell de Participació, etc. La resta d'instruments de democràcia participativa previstos en la Llei són l'audiència pública ciutadana, els fòrums de participació ciutadana i els pressuposts participatius.

La **Llei 13/2019, de 29 de març, per la qual es modifica la Llei 14/2010, de 9 de desembre, de mediació familiar de les Illes Balears** (BOIB núm. 42), respon a una triple finalitat. En primer lloc, a la necessitat d'adaptar la normativa autonòmica en la matèria a la Llei estatal 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en afers civils i mercantils. En aquest sentit, ara la nova Llei ja no exigeix un tipus específic de formació universitària per exercir la mediació, sinó que, en consonància amb la normativa estatal, es conforma amb un títol oficial universitari o de formació professional superior amb la realització de cursos específics en matèria de mediació impartits per institucions acreditades; d'altra banda, la inscripció en el Registre de mediadors deixa de ser obligatòria per exercir la mediació, excepte quan els mediadors treballin per al servei públic de mediació familiar de les Illes Balears, cas en què la inscripció és obligatòria. La nova Llei incorpora també el dret del menor a ser oït sense cap discriminació per edat, discapacitat o qualsevol altra circumstància, tant en l'àmbit familiar com en qualsevol procediment administratiu, judicial o de mediació que l'afecti. El segon motiu de l'aprovació de la Llei és regular el deure de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears de garantir un servei públic de mediació familiar gratuït: la norma l'adscriu a la conselleria de serveis socials, però permet que el Govern, els consells insulars i els ajuntaments puguin crear altres serveis de mediació familiar. El tercer motiu de l'aprovació de la Llei és incorporar determinades regles procedimentals amb relació a la mediació familiar duta a terme en l'àmbit de les administracions públiques. Així, per exemple, ara durant el procés de mediació les parts no poden iniciar entre si cap acció judicial o extrajudicial en relació amb les matèries tractades; ara no basta la voluntat d'una de les parts per iniciar la mediació, sinó que és necessari el concurs de les dues; l'inici de la mediació es pot produir en qualsevol moment del procés judicial; l'absència injustificada de qualsevol de les parts a les sessions de mediació s'ha

d'entendre com a desistiment del procés de mediació; es regulen determinades excepcions de l'obligatorietat de confidencialitat per part del mediador, etc.

**La Llei 15/2019, de 29 de març, de modificació del text refós de la Llei de consells escolars de les Illes Balears, aprovat pel Decret legislatiu 112/2001, de 7 de setembre** (BOIB núm. 43), respon a la voluntat de convertir el Consell Escolar de les Illes Balears en un òrgan més participatiu i democràtic atribuint-li nous objectius, ampliant la seva composició i modificant el procediment d'elecció del president i vicepresident de la institució. D'acord amb la modificació aprovada, l'informe sobre l'estat del sistema educatiu que elabora i publica anualment el Consell Escolar de les Illes Balears no ha de tenir només un contingut descriptiu, sinó que també ha de tenir un caràcter explicatiu i transformador. Per una altra banda, la Llei deixa clar ara que el Consell Escolar de les Illes Balears ha de ser consultat preceptivament no només en el procés d'elaboració de normes amb rang de decret, sinó també quan es tracti d'ordres que afectin a les matèries previstes en l'art. 6 del text refós.

**La Llei 16/2019, de 8 d'abril, de l'estatut especial de capitalitat de la ciutat d'Eivissa** (BOIB núm. 48), conté la proclamació legal i oficial de la ciutat d'Eivissa com a capital de l'illa, derivada del fet acreditat de ser la seu de les institucions insulars. Es crea el Consell de Capitalitat d'Eivissa com a òrgan col·legiat de caràcter permanent, l'objecte del qual és la coordinació entre el Govern de les Illes Balears, el Consell Insular d'Eivissa i l'Ajuntament d'Eivissa en allò que n'afecta les competències i responsabilitats derivades del fet de la capitalitat de l'illa d'Eivissa, com també les competències que s'estimin d'interès concurrent entre les tres administracions. La Llei estableix un mecanisme especial de finançament destinat a garantir la cobertura dels costos econòmics i socials derivats de la condició de capitalitat d'Eivissa. D'aquesta manera, els pressuposts generals de la comunitat autònoma i els del Consell insular d'Eivissa hauran d'incloure una consignació específica per a inversions territorialitzades en el municipi d'Eivissa. La quantitat total de la inversió anual es determinarà conforme a l'estudi i la valoració de costos elaborat pel Consell de Capitalitat i s'aplicarà segons els objectius que es determinin en el si d'aquest Consell de Capitalitat. La comunitat autònoma assumirà el setanta per cent de la quantitat total de la inversió anual i el trenta per cent restant serà assumit pel Consell Insular d'Eivissa. Durant el primer quadrienni següent a l'entrada en vigor de la Llei, i mentre no s'hagi constituït el Consell de Capitalitat, la quantitat anual destinada a inversions territorialitzades serà com a mínim de cinc milions d'euros.

**La Llei 18/2019, de 8 d'abril, de salvaguarda del patrimoni cultural immaterial de les Illes Balears** (BOIB núm. 48), deroga la Llei 1/2002, de 19 de març, de cultura popular i tradicional. D'acord amb la Llei, s'entén per patrimoni

cultural immaterial els usos, les representacions, les expressions, els coneixements i les tècniques, juntament amb els instruments, els objectes, els artefactes i qualsevol altre suport material vinculat als béns immaterials objecte de salvaguarda, així com els espais, els llocs i els itineraris culturals i naturals que li són inherents, i que les comunitats, els grups i, en alguns casos, les persones reconeixin com a part integrant del seu patrimoni cultural. Però als efectes d'aquesta norma, tan important com el concepte de patrimoni cultural immaterial és el de salvaguarda, ja que només és objecte de salvaguarda el patrimoni cultural immaterial compatible amb els instruments internacionals de drets humans i amb respecte mutu entre les comunitats, els grups i les persones, amb la protecció, el respecte i la dignitat dels animals i amb el desenvolupament sostenible. La Llei s'ordena en sis capítols. Al primer s'hi estableix l'objecte de la Llei, es defineix el patrimoni cultural immaterial i es descriu com es manifesten i es fixen els conceptes de salvaguarda i de portadors. S'entén per portadors aquelles comunitats, grups o persones que reconeixen la manifestació immaterial com a part del seu patrimoni cultural immaterial, com també els deures d'actuació i els objectius generals que han de perseguir les administracions en aquesta matèria. El capítol II estableix el règim de salvaguarda, posant èmfasi en la documentació i l'inventari. El reconeixement i la valoració del patrimoni cultural immaterial es formalitza jeràrquicament mitjançant la declaració de Bé d'Interès Cultural Immaterial Compartit, en el cas de béns comuns en tot l'arxipèlag; de Bé d'Interès Cultural Immaterial, i de Bé Catalogat Immaterial, mitjançant un procediment declaratori que conclou amb la inscripció en els registres pertinents. En el capítol III es detallen les mesures de salvaguarda dels béns culturals immaterials declarats d'interès cultural, es garanteix la seva accessibilitat i es determinen les exigències a les que obliga la seva declaració, tant pel que fa al planejament urbanístic, com pel que fa a la protecció dels béns materials vinculats. En el capítol IV s'hi estableixen les actuacions i mesures de protecció, promoció i foment del patrimoni cultural immaterial, mitjançant actuacions en matèria d'educació, de protecció i d'igualtat, així com de mesures de promoció cap a l'exterior i els intercanvis entre les diferents illes i de foment amb la convocatòria de línies d'ajudes. Els dos darrers capítols estan dedicats a la creació d'òrgans consultius de les administracions de les Illes Balears en matèria de la Llei i a les associacions i fundacions d'interès de patrimoni cultural immaterial.

Per últim s'ha de deixar constància que també el **Reglament del Parlament de les Illes Balears** (BOIB núm. 49), norma amb força de llei, ha sofert una extensa reforma que, amb no massa encert, ha regulat noves matèries com l'anomenat parlament obert (comissió de participació ciutadana, la participació ciutadana al procediment legislatiu i les preguntes d'iniciativa ciutadana), les declaracions institucionals, els

intergrups parlamentaris, la figura del diputat no adscrit, la introducció de les noves tecnologies en el dia a dia de l'activitat de la cambra, l'establiment de mesures de transparència amb relació a les subvencions als grups parlamentaris, la remoció del càrrec del president i altres membres de la Mesa del Parlament, etc.

Ja a la X Legislatura, es va dictar el **Decret llei 2/2019, de 4 d'octubre, pel qual s'estableixen ajudes puntuals per pal·liar els impactes econòmics produïts pel concurs de creditors de l'agència de viatges majorista Thomas Cook sobre l'economia de les Illes Balears** (BOIB núm. 136; validació BOIB núm. 147). El Decret llei estén l'àmbit d'aplicació no només a la situació en què es troben els treballadors de la dita empresa, sinó també als treballadors (també residents a les Illes Balears) d'altres empreses que a causa de la relació empresarial amb Thomas Cook puguin causar concurs de creditors en els pròxims mesos. Amb aquesta finalitat, el Decret llei regula el marc per establir i regular dos programes d'ajudes que es podran aprovar en un termini màxim de dos mesos: un destinat a empreses que contractin els serveis de persones afectades per l'acomiadament col·lectiu a conseqüència del procés concursal i un altre destinat directament als treballadors afectats mentre el procediment concursal es tramita. Així mateix, el Decret llei fixa un règim especial per a les ajudes que s'hi estableixen, com també normes de control intern i de règim sancionador.

## *2. Decrets*

També el número de decrets aprovats pel Govern de les Illes Balears durant el temps a què aquesta crònica es refereix és molt elevat. Per la seva transcendència s'ha de destacar, en primer lloc, el Decret 36/2019, de 10 de maig, pel qual es regulen els habitatges desocupats, el Registre **d'habitatges desocupats de grans tenidors** i el procediment de cessió obligatòria per part dels grans tenidors (BOIB núm. 64). Així mateix, és remarcable l'aprovació del Decret 20/2019, de 15 de març, pel qual es regula la bonificació en les tarifes dels serveis regulars de **transport marítim interinsular** per a les persones residents a la comunitat autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 35), d'una banda, i del Decret 40/2019, de 24 de maig, pel qual s'aprova el Reglament marc de coordinació de les **policies locals** i es modifica el Decret 55/2017, de 15 de desembre, del Fons de Seguretat Pública de les Illes Balears (BOIB núm. 70). Igualment, mitjançant el Decret 32/2019, de 10 de maig, s'aprova el Reglament del **personal voluntari de protecció civil** de les Illes Balears (BOIB núm. 64).

El règim de les ajudes urgents i de caràcter excepcional per reparar i pal·liar pèrdues i danys produïts per les **pluges a la comarca de Llevant de Mallorca** el

dia 9 d'octubre de 2018 s'ha regulat mitjançant els decrets 35/2018, de 2 de novembre, 39/2018, de 16 de novembre, i 5/2019, de 25 de gener (BOIB núm. 138, 144 i 12, respectivament).

El **català** ha estat també objecte de l'atenció del Govern. Així, hem d'esmentar el Decret 49/2018, de 21 de desembre, sobre l'ús de les llengües oficials en l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 160), el Decret 21/2019, de 15 de març, d'avaluació i certificació de coneixements de llengua catalana (BOIB núm. 35) i el Decret 24/2019, de 29 de març, pel qual es modifica el Decret 64/2002, de 3 de maig, de creació del Consell Social de la Llengua Catalana (BOIB núm. 41).

En matèria de **casinos, jocs i apostes**, s'ha de cridar l'atenció de l'aprovació del Reglament de màquines de joc, empreses, establiments dedicats a la seva explotació i altres normes en matèria de joc, mitjançant el Decret 43/2019, de 24 de maig, i de l'aprovació del Reglament de salons de joc, a través del Decret 42/2019, també de 24 de maig (ambdós, BOIB núm. 71).

**Altres decrets** dels quals s'ha de deixar constància són el Decret 14/2019, de 15 de març, de notificació i comunicació electròniques en l'àmbit de l'Agència Tributària de les Illes Balears (BOIB núm. 35), el Decret 38/2019, de 17 de maig, pel qual s'estableixen els principis generals i la normativa complementària en matèria de museus i col·leccions museogràfiques de les Illes Balears (BOIB núm. 67) i el Decret 64/2019, de 2 d'agost, pel qual s'estableix el règim d'admissió d'alumnes als centres sostinguts totalment o parcialment amb fons públics de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears que substitueix el Decret 37/2008 (BOIB núm. 107).

## **II. Estat**

Pel que fa a les normes estatals que han de tenir una especial incidència en l'àmbit de les Illes Balears, hem de destacar el Reial decret llei 4/2019, de 22 de febrer, del **règim especial de les Illes Balears** (BOE núm. 47). Són diverses les qüestions tractades en aquesta norma. Així s'estableixen els mecanismes de cooperació entre l'Administració General de l'Estat i l'Administració autonòmica de les Illes Balears, que s'articulen bàsicament mitjançant la Comissió Mixta d'Economia i Hisenda prevista en l'art. 125 de l'Estatut d'autonomia. D'altra banda, s'hi contenen en la norma distintes mesures referents al sector energètic (planificació energètica, preu de l'energia elèctrica, dels gasos combustibles i hidrocarburs, la retribució de l'activitat de producció d'energia elèctrica, la transició energètica i l'electrificació dels ports de la comunitat autònoma); al transport aeri i

*Estat*

marítim de persones (bonificacions, declaració d'obligació de servei públic o contractació pública de l'esmentat transport); al transport aeri i marítim de mercaderies i residus, al transport terrestre i al sector nàutic. Per últim, el Reial decret llei preveu la creació d'un factor d'insularitat de les Illes Balears, com a dotació que a cada exercici s'inclourà en la llei de pressuposts generals de l'Estat.

Altres normes que afecten intensament les Illes Balears són el Reial decret llei 12/2019, d'11 d'octubre, pel qual s'adopten mesures urgents per pal·liar els efectes de l'obertura de procediments d'insolvència del **grup empresarial Thomas Cook** (BOE núm. 246) i el Reial decret llei 2/2019, de 25 de gener, pel qual s'adopten mesures urgents per pal·liar els danys causats per **temporals i altres situacions catastròfiques** (BOE núm. 23).

Lluís Isern Estela

## La incidència de la COVID-19 en l'ordenament espanyol i balear

La incidència sanitària generada per la COVID-19 ha suposat un canvi transcendental en la visió que hom tenia envers els distints aspectes de la vida i de la societat; i el món jurídic no roman aliè a aquest efecte. Així, aquest treball pretén analitzar, de forma sintètica, l'impacte sistemàtic que la normativa dictada arran de la crisi sanitària de la COVID-19 ha produït en l'ordenament jurídic. En aquest sentit, serà fonamental entendre que el sistema competencial que descansa, en circumstàncies ordinàries, sobre els pilars dels art. 148 i 149 de la Constitució espanyola (CE, en endavant) s'ha vist desplaçat per la competència exclusiva estatal que, latent, resideix en les declaracions previstes en l'art. 116 CE.

La pedra angular de la clau de volta, que suposa el sistema normatiu dictat amb motiu de la crisi sanitària, és el Reial decret 463/2020, de 14 de març, que va declarar l'estat d'alarma, de conformitat amb l'art. 116.2 CE i la Llei orgànica 4/1981, d'1 de juny. S'ha de tenir en compte que la primera d'aquestes normes, malgrat la seva denominació i origen executiu, gaudeix de força de llei i que, per això, està sotmesa al control de del Tribunal Constitucional.<sup>1</sup>

Aquest Reial decret suposarà l'establiment de distintes mesures (com la restricció a la mobilitat, en l'art. 7, i la suspensió d'activitats, en l'art. 10), la confirmació de la conservació de competències de cada una de les administracions per a la gestió ordinària dels seus serveis (art. 6), i la designació del Govern estatal com a autoritat competent (art. 4, sense perjudici de les delegacions previstes en el mateix article), que queda facultat per dictar les disposicions que siguin necessàries per garantir la prestació de serveis, i la protecció de les persones, dins dels termes de l'art. 11 de la Llei orgànica 4/1981.

El Reial decret 463/2020 es desplegarà per una normativa específica de rang reglamentari, estatal i autonòmica. I, paral·lelament, aquest Reial decret vendrà acompanyat d'una sèrie de mesures encapçalades mitjançant l'instrument del Reial decret llei (ex art. 86 CE) per part de l'Estat, i la figura del Decret llei, per part de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (ex art. 49 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears), sense perjudici del seu posterior desplegament reglamentari.

---

<sup>1</sup> En aquest sentit, la Sentència del Tribunal Constitucional 83/2016, de 28 d'abril (FJ 11) (BOE núm. 131, de 31 de maig).

### **Competències ordinàries i competència latent**

La distinció anterior entre les fonts formals es veu reflectida en la competència exercida en cada cas. Així, es posa de manifest, per una banda, el manteniment de les competències ordinàries de les distintes administracions i, per altra, l'existència d'una competència estatal, arran de la declaració d'alarma, que podrà afectar a qualsevol matèria, malgrat la competència ordinària sobre aquest mateix àmbit sectorial correspongui a una altra administració (autonòmica o local). Amb tot, això provoca una col·lisió entre la norma ordinària i l'excepcional (derivada de l'estat d'alarma) que es resoldrà amb el desplaçament de la primera en benefici de la segona per raó d'excepcionalitat.<sup>2</sup> No obstant això, s'ha d'advertir que no tota la normativa que s'ha dictat en les darreres setmanes deriva de l'habilitació extraordinària de l'estat d'alarma i, d'aquesta manera, es podrà distingir entre aquelles disposicions dictades amb motiu de l'estat d'alarma (l'habilitació de les quals romandrà en el Reial decret 463/2020, arran de la competència latent de l'art. 116.2 CE), i aquelles disposicions dictades en ocasió de l'estat d'alarma (l'habilitació de les quals romandrà en els títols ordinaris de competència, malgrat que la declaració de l'estat d'alarma permeti justificar la utilització de mecanismes urgents per a la seva aprovació —com la figura del Decret llei— i l'establiment de mesures excepcionals —com la reducció de la intervenció administrativa—).

En aquest sentit, les previsions dels distintes reials decrets lleis es basen en títols competencials ordinaris de l'Estat, malgrat la declaració de l'estat d'alarma permet justificar la concurrència del requisits de l'extraordinària i urgent necessitat a què fa referència l'art. 86 CE. Així, aquestes disposicions normatives de l'executiu s'han dictat en ocasió de l'estat d'alarma, però no per mor del mateix. Per això, la seva regulació restarà vigent una vegada acabi l'estat d'alarma (a no ser que compti amb una previsió limitada de la seva vigència, o es vinculi expressament a la declaració de l'estat d'alarma).

En canvi, trobarem disposicions dictades per l'executiu que no es podrien haver dictat sense la declaració de l'estat d'alarma. Parlarem, en aquest cas, de disposicions dictades per mor d'aquesta situació excepcional (en la mesura que, en situació ordinària, l'Estat no compta amb competència sobre aquestes matèries). Dins d'aquest sistema normatiu específic, derivat d'una competència universal i latent a favor de l'executiu estatal, trobem la normativa que determina les

---

<sup>2</sup> No obstant això, alguns autors com VELASCO CABALLERO prefereixen parlar de relació de prevalença, ex art. 149.3 CE. «Estado de alarma y distribución territorial del poder». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87 (2020), p. 78-87.

restriccions en matèria de transports públics,<sup>3</sup> sanitat mortuòria,<sup>4</sup> règim d'activitats<sup>5</sup> o la successiva normativa que ve a configurar les distintes fases del règim anomenat de *desescalada*.

Per últim, dintre de la normativa estatal trobem una tercera categoria relativa a disposicions respecte de les quals l'Estat compta amb competència substantiva per a la seva regulació però, no obstant això, es fa ús de la delegació orgànica prevista en l'art. 4 del Reial decret 463/2020. Així ocorre, per exemple, amb el restabliment de les fronteres interiors,<sup>6</sup> que deriven de l'habilitació recollida en el codi de fronteres Schengen (Reglament 2016/399 del Parlament Europeu i del Consell, de 9 de març); l'establiment de la quarantena obligatòria als passatgers que procedeixen de l'estranger,<sup>7</sup> que es fonamenta en l'art. 3 de la Llei orgànica 3/1986, de 14 d'abril, de mesures especials en matèria de salut pública; o la prohibició de les connexions marítimes amb Itàlia que és una mesura que fou adoptada pel Consell de Ministres, abans de la declaració de l'estat d'alarma, sobre la base de la Llei 14/2014, de 24 de juliol, de navegació marítima,<sup>8</sup> mentre que les pròrrogues successives són dictades

---

<sup>3</sup> L'Ordre TMA/254/2020, de 18 de març (BOE núm. 74, de 19 de març), va fixar el règim de reduccions de freqüències i condicions d'ús dels transports terrestres de passatgers (així, va fixar el criteri d'ocupació màxima d'1/3 que després es va substituir pel criteri de meitat i mascareta obligatòria amb l'Ordre TMA/384/2020, de 3 de maig (BOE núm. 123, de 3 de maig).

<sup>4</sup> Amb les ordres SND/272/2020, de 21 de març (BOE núm. 79, de 22 de març), i SND/298/2020, de 29 de març (BOE núm. 88, de 30 de març).

<sup>5</sup> Entre les que es pot destacar la posada a disposició, en benefici de les autoritats sanitàries, dels centres, instruments i personal sanitari privat (Ordre SND/344/2020, de 13 d'abril, BOE núm. 104, de 14 d'abril), la suspensió de l'obertura dels establiments turístics, amb l'Ordre SND/257/2020, de 19 de març (BOE núm. 75, de 19 de març), o la seva possible utilització amb finalitats mèdiques segons la Instrucció de 23 de març de 2020 (BOE núm. 81, de 24 de març).

<sup>6</sup> En aquest sentit, l'Ordre INT/248/2020, de 16 de març (BOE núm. 73, de 18 de març), i les successives pròrrogues de les ordres INT/283/2020, de 25 de març (BOE núm. 83, de 26 de març), INT/335/2020, de 10 d'abril (BOE núm. 101, d'11 d'abril), INT/368/2020, de 24 d'abril (BOE núm. 115, de 25 d'abril), INT/396/2020, de 8 de maig (BOE núm. 129, de 9 de maig) i SND 439/2020, de 23 de maig (BOE núm. 146, de 23 de maig). I envers les fronteres marítimes i aèries, l'Ordre INT/401/2020, d'11 de maig (BOE núm. 133, de 12 de maig) i la indicada Ordre SND 439/2020, de 23 de maig.

<sup>7</sup> Ordre SND/403/2020, d'11 de maig (BOE núm. 133, de 12 de maig).

<sup>8</sup> Ordre PCM/216/2020, de 12 de març (BOE núm. 64, de 12 de març).

via ordres ministerials<sup>9</sup> atesa la delegació orgànica de l'art. 4 del Reial decret 463/2020.

Igualment, en l'àmbit autonòmic, podem distingir els dos grans grups normatius segons es tracti: per una banda, d'una normativa dictada per mor de l'estat d'alarma, i que no es podria dictar sense la intercessió del Reial decret 463/2020, tal i com succeeix amb la regulació balear que disposa el control sanitari en els transport aeris i marítims entre les illes i que es dicta per mor de l'habilitació atorgada per l'Estat en el marc de l'estat d'alarma;<sup>10</sup> i, per altra banda, aquella normativa dictada en ocasió de l'estat d'alarma en base a la pròpia competència autonòmica (com són les mesures contingudes en els distints decrets lleis balears 6, 7 i 8/2020, que es dicten en virtut dels títols competencials estatutaris), però que la situació d'excepcionalitat permet justificar els requisits de l'instrument normatiu del Decret llei de conformitat amb l'art. 49 EAIB.

### **Les mesures específiques d'actuació**

Analitzada l'estructura del sistema normatiu de la COVID-19, serà convenient conèixer quin tipus de mesures s'han dictat, per part de l'Estat i per part de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en els distints àmbits sectorials malgrat que, a mode d'interludi i encara que sigui de forma tangencial, serà obligat citar la interferència que, en el temps de les relacions jurídiques, ha suposat la declaració de l'estat d'alarma mitjançant la suspensió (de caràcter general) de terminis processals, administratius, de prescripció i de caducitat,<sup>11</sup> fins al seu aixecament per

---

<sup>9</sup> Ordre TMA/286/2020, de 25 de març (BOE núm. 83, de 26 de març) i Ordre TMA/330/2020, de 8 d'abril (BOE núm. 99, de 9 d'abril), i la seva derogació i substitució per l'Ordre TMA/419/2020, de 18 de maig (BOE núm. 141, de 19 de maig).

<sup>10</sup> En aquest sentit, el Decret 2/2020, de 10 de maig, de la presidenta de les Illes Balears, pel qual es disposa la realització d'accions de control sanitari dels passatgers i tripulacions de transports aeris i marítims entre les illes de la comunitat autònoma de les Illes Balears, en prevenció de la transmissió del SARS-CoV-2 (BOIB ext. 78, de 10 de maig), que es dicta en virtut de l'habilitació prevista en l'art. 3 de l'Ordre TMA/247/2020, 17 de març, per la qual s'estableixen les mesures de transport aplicables a les connexions entre la península i la comunitat autònoma de les Illes Balears (BOE núm. 72, de 17 de març).

<sup>11</sup> No obstant aquesta previsió general, ha estat possible l'aixecament de la suspensió envers a determinats procediments per part de l'òrgan competent en cada cas. En l'àmbit tributari, ha destacat l'ampliació específica dels terminis tributaris a la data de dia 30 de maig de 2020 (també

part dels art. 8, 9 i 10 del Reial decret 537/2020, de 22 de maig (BOE núm. 145, de 23 de maig).

Pel que fa a les distintes mesures sectorials, la regulació estatal i autonòmica que s'ha dictat amb rang legal (i d'acord amb els títols competencials que els hi són pròpies) permet la distinció de quatre grans eixos com són: primer, l'adequació de les estructures administratives a les noves necessitats socials; segon, la protecció dels serveis públics amb l'articulació de mesures de foment i protecció de la vulnerabilitat; tercer, la regulació de les relacions jurídiques privades, i quart, la modulació de la intervenció administrativa sobre l'activitat dels particulars.

Dins del primer eix de mesures, que es dirigeixen a ajustar la realitat de l'Administració a les noves necessitats socials, en podem distingir de distints tipus com són: (i) l'agilització dels mecanismes de funció pública, per tal de poder disposar de majors recursos humans i destinar-los a aquells serveis que ho requereixin per raó d'una superior activitat; (ii) la reducció dels tràmits de convocatòria i atorgament de subvencions; (iii) la flexibilització dels requisits administratius per tal de poder optar a ajudes públiques, i (iv) l'agilització dels tràmits per poder fer efectiu el pagament de les prestacions contractades per part de la Comunitat Autònoma, malgrat concorrin causes de nul·litat, a través de l'articulació d'un procediment específic de reconeixement extrajudicial de crèdit. Així mateix, es generalitza l'ús de la tramitació d'emergència, en l'àmbit de la contractació pública,<sup>12</sup>

---

aplicable a l'àmbit autonòmic i local), de conformitat amb l'art. 33 del Reial decret llei 8/2020 i l'art. 54 del Reial decret llei 11/2020.

Així mateix, concorren una sèrie de regulacions sectorials que prorroguen les vigències de títols administratius en distints sectors com són, a títol exemplificatiu, el títol d'identitat (DA 4a del Reial decret llei 8/2020), llicències de conducció de vehicles (Ordre INT/262/2020, de 20 de març), certificats d'aptitud professionals (Ordre TMA/254/2020, de 18 de març), títols nàutics (Ordre TMA/258/2020, de 19 de març i Ordre TMA/309/2020, de 31 de març), aviació civil (Ordre TMA/285/2020, de 25 de març), inspecció de vehicles (Ordre SND/413/2020, de 15 de maig) o títols de família nombrosa (Resolució de la Presidència de l'IMAS de 28 d'abril, BOIB núm. 69, de 2 de maig).

Per a una major especificació, GÓMEZ FERNÁNDEZ, D. *La suspensión de los plazos administrativos por la crisis del COVID-19* (<https://www.derechoadministrativoyurbanismo.es/post/la-suspensi%C3%B3n-de-los-plazos-administrativos-por-la-crisis-del-covid-19-rd-463-2020-y-rd-465-2020>).

<sup>12</sup> GIMENO FELIU, J. M.<sup>a</sup> «La crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 86-87 (2020).

en els termes de l'art. 120 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP) i, en alguns sectors específics com el sanitari, es permetrà el pagament a compte del servei o subministrament adquirit. Igualment, es preveu un règim específic de suspensió dels contractes públics de tracte successiu, que evita l'aplicació del règim general de l'art. 208 LCSP.

Amb relació al segon eix, relatiu als serveis públics i protecció de la vulnerabilitat, destaca l'obertura de línies d'ajudes públiques, la garantia de serveis bàsics, l'articulació de prestacions públiques extraordinàries, l'especial atenció a les víctimes de violència de gènere, així com les mesures de foment de l'ocupació, i de protecció de determinats sectors com l'agrari i el cultural.

El tercer eix es refereix a la regulació de les relacions entre particulars, ja siguin laborals,<sup>13</sup> civils o bancàries. Així, respecte de les relacions laborals,<sup>14</sup> destaca l'articulació i aplicació específica de la figura dels expedients de regulació temporal d'ocupació, que es complementa amb la introducció de distintes exempcions en l'àmbit de la Seguretat Social, i línies d'aval i finançament, per a empreses i treballadors autònoms. En l'àmbit civil es configuren fórmules per fer efectiu el principi *rebus sic stantibus* mitjançant la negociació de les condicions de pagament de deutes que, en cas de resultar infructuosa, pot derivar en una suspensió del pagament de quotes hipotecàries o crèdits bancaris (segons les circumstàncies del deutor), i de les rendes dels lloguers (segons les circumstàncies del deutor i del creditor).

Per últim, pel que fa a l'exercici d'activitats, s'apunta una primera incisió restrictiva<sup>15</sup> (derivada de l'origen sanitari de la crisi) de les mesures reguladores de les activitats. En canvi, posteriorment i per tal de fer efectiu el *Pla per a la transició*

---

RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.<sup>a</sup> *La contratación pública post-alarma* (<http://www.obcp.es/opiniones/la-contratacion-publica-post-alarma>).

<sup>13</sup> ARASTEY SAHÚN, M.<sup>a</sup> L. «Las relaciones laborales tras la declaración del Estado de Alarma por Coronavirus». *Diario La Ley*, núm. 9606 (2020).

<sup>14</sup> Com a peculiaritat laboral, cal apuntar que la fase més restrictiva de la mobilitat es va articular amb una nova figura, de caire laboral, com fou el permís retribuït recuperable. Així, amb l'atorgament d'un permís (les hores del qual s'hauran de recuperar durant l'any 2020), retribuït i obligatori, a tot treballador per compte d'altri que no s'inclogués dins dels serveis essencials, es limitava quantitativament l'excepció de la mobilitat relativa a l'accés al treball (durant els onze dies que va regir la mesura).

<sup>15</sup> Com disposaven les resolucions de 12 i 19 de març de la consellera d'Afers socials i Esports, envers l'esport federat (BOIB núm. 34 i 39, de 14 i 20 de març, respectivament).

cap a una nova normalitat, aprovat<sup>16</sup> pel Consell de Ministres en data de 28 d'abril, s'obre el retorn progressiu de les distintes activitats. Però aquest retorn, en ocasions, es veurà accentuat per uns majors marges d'actuació amb la finalitat que actuïn com a accelerador d'una activitat econòmica que parteix de zero.

En aquest sentit, destaquen les previsions envers al sector balear de la construcció<sup>17</sup> com són, entre d'altres: la substitució temporal del títol de llicència per la declaració responsable relatives a determinades actuacions en sòl urbà; l'articulació d'un procediment extraordinari per a l'ordenació de sistemes generals i serveis específics, i la previsió d'incentius temporals (en forma d'excepció de paràmetres urbanístics) per a la millora d'establiments turístics.

### L'afectació global

En definitiva, s'observa que la legislació en temps de pandèmia s'ha caracteritzat, en un primer moment, per l'intent seqüencial d'intentar pal·liar, amb mesures intervencionistes pròpies, els efectes econòmics i socials produïts per les restriccions derivades de la declaració de l'estat d'alarma. D'aquesta manera, s'observa que tota mesura de concreció de restriccions s'acompanyava, en les publicacions oficials posteriors estatal i autonòmica, d'unes mesures que pretenien substituir el substrat econòmic que havia quedat afectat per la restricció prèvia.

En un segon esglaió, en canvi, la diàspora normativa no és de caire restrictiva sinó extensiva, respecte de la declaració de l'estat d'alarma, acompanyada d'una potenciació i impuls de les distintes activitats humanes per tal de poder assolir, en el menor temps possible, el nivell de l'*statu quo ante*, fins al punt d'alliberar o

---

<sup>16</sup> Malgrat es tracta d'un instrument aprovat pel Consell de Ministres, no es tracta d'una norma jurídica i, per aquest motiu, no compta amb publicació en diari oficial. Es tracta d'un full de ruta, estructurat en quatre fases, que s'aniran concretant amb successives ordres ministerials dictades a l'empara de l'art. 4 del Reial decret 463/2020, i les habilitacions específiques de les seves successives pròrrogues com ho és l'art. 3 del Reial decret 514/2020, de 8 de maig (BOE núm. 129, de 9 de maig) i del Reial decret 537/2020, de 22 de maig, ja esmentat.

<sup>17</sup> Així, destaca, sobretot, el Decret llei 8/2020, de 13 de maig (BOIB ext. núm. 84, de 15 de maig), sense perjudici de la posterior modulació per part del Decret llei 9/2020, de 25 de maig, de mesures urgents de protecció del territori (BOIB ext. núm. 92, de 25 de maig). No obstant el seu enquadrament en el darrer eix, el Decret llei també conté mesures d'estructuració administrativa, funció pública, i de foment, a més d'un règim específic per a la potenciació del Servei de Salut, de forma que es tracta d'una norma transversal als eixos d'actuació apuntats.

flexibilitzar les restriccions que, tradicionalment, havien intervingut el desenvolupament d'una activitat.

Amb tot, podem afirmar que l'ordenament jurídic espanyol i balear, per tal de fer front a la crisi de la COVID-19, ha produït una sèrie de normes que deriven de la competència latent de l'Estat, que rau en l'origen de l'estat d'alarma, i que es concreta en el decret de declaració de l'estat d'alarma, les seves successives pròrrogues, i en la gran quantitat de normativa derivada (que adopta la forma d'ordres ministerials, o de decrets autonòmics habilitats), amb mesures de caire restrictiu per atendre la crisi sanitària, i que s'escampen sobre qualsevol matèria (amb independència de la seva titularitat ordinària que queda momentàniament desplaçada). Paral·lelament, per part de les distintes autoritats territorials s'han anat dictant disposicions normatives extraordinàries (que, en gran part, han adoptat la forma de reial decret llei i de decret llei), sobre matèries de la pròpia competència ordinària, per tal de fer front a la crisi econòmica i social que deriva de la situació sanitària del COVID-19.

D'aquesta manera, malgrat que només la primera categoria normativa pot merèixer la qualificació de regulació específica derivada de la declaració d'excepcionalitat, únicament es podrà conèixer el vertader impacte que la crisi del COVID-19 ha produït en l'ordenament jurídic espanyol i balear amb la conjunció d'ambdues categories, però amb la necessitat de tenir present, en cada cas, l'origen i naturalesa de cada una de les disposicions que s'han dictat i que s'analitzin en cada moment.

Pedro Fullana Barceló

### **Addenda**

Poc abans de tancar l'edició d'aquest treball, s'ha publicat el Decret 3/2020, de 7 de juny, de la presidenta de les Illes Balears pel qual s'estableixen mesures de flexibilització, regulació i graduació de determinades restriccions en l'àmbit de Illes Balears establertes durant la declaració de l'estat d'alarma, en aplicació de la fase III del *Pla per a la transició cap a una nova normalitat* (BOIB ext. núm. 104, de 7 de juny). Es tracta d'un decret autonòmic habilitat per la previsió continguda en l'art. 6 del Reial decret 555/2020, de 5 de juny (BOE núm. 159, de 6 de juny), fet pel qual forma part de la normativa específica dictada per mor de la declaració de l'estat d'alarma.

Aquesta disposició autonòmica desplaça l'aplicació del règim estatal, previst per a la fase III del *Pla per a la transició cap a una nova normalitat*, contingut en l'Ordre

SND/458/2020, de 30 de maig i l'Ordre SND/487/2020, d'1 de juny. Nogensmenys, aquesta normativa estatal integrada en el citat Pla (no només la reguladora de la fase III, sinó també la precedent) haurà regit a Balears fins al dia 7 de juny, data a partir de la qual la citada normativa estatal serà d'aplicació supletòria, atès el que disposa la disposició final segona del Decret 3/2020 (però sempre dins del sistema normatiu específic de la situació de crisi de la COVID-19).

El Decret 3/2020 ve a concretar, així, el règim que establia l'Estat durant el Pla de transició a les necessitats particulars de les Illes Balears i, d'aquesta manera: restringeix el règim d'obertura de certes activitats que sí permet la legislació estatal (com són els locals d'oci nocturn o centres recreatius turístics); limita l'aforament de les activitats destinades a població infantil i juvenil (que d'un màxim absolut estatal de dues-centes persones es passa a un límit autonòmic de seixanta persones), amplia el de les instal·lacions esportives (que modifica el límit estatal del cinquanta per cent, i es fixa un límit autonòmic superior com és el seixanta per cent); exclou el Protocol de l'activitat esportiva federada i professional aprovada pel *Consejo Superior de Deportes*, i així mateix regula aspectes que romanien orfes en la normativa estatal durant aquesta fase, com les visites a centres residencials o la prestació de serveis en centres educatius no universitaris.

# LLIBRES

***Juan Alemany Garcías***

Doctor en dret. Advocat

**Manual para el asesoramiento, representación y defensa de las Entidades Locales.** F. J. DURÁN GARCÍA; S. MONTESERÍN HEREDIA (coord.). Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos, Wolters Kluwer, 2019.

## I

Es de obligado cumplimiento felicitar a todas las personas que han colaborado en el *Manual para el asesoramiento, representación y defensa de las Entidades Locales*, por ser ya una realidad en una materia original y de la que tan pocas referencias bibliográficas existen a día de hoy. Evidentemente debemos reconocer la labor de la joven Asociación de Letrados de Entidades Locales, por haber elaborado una interesantísima obra colectiva que a fecha de hoy es sumamente importante, no solo para determinar y clarificar las funciones de representación y defensa de las entidades locales ante los diversos órdenes jurisdiccionales, en especial el contencioso-administrativo y sus especiales particularidades, sino también por la reciente aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para la contratación de asesoría jurídica externa con las importantes novedades existentes en relación con el contrato menor, figura frecuentemente utilizada en la asesoría jurídica externa en materia contencioso-administrativa, por las entidades locales. Precisamente en dicha materia muchos ayuntamientos, con pocos recursos financieros o quizás con falta de letrados en plantilla, se ven abocados por los numerosos litigios en materia contencioso-administrativa, a tener que externalizar los servicios jurídicos, y que con la entrada en vigor de dicha Ley 9/2017 tienen que someterse a los cimientos de la licitación pública. La presente obra colectiva recoge todas y cada una de las representaciones y defensa jurídica que existen, con diferentes casos que serán muy útiles para muchas entidades locales y, además, en nuestras islas, también para los Consejos Insulares. Por otra parte, hemos de tener en cuenta que el concepto de autonomía local es un principio constitucional de significado muy amplio que hace referencia a las posibilidades de actuación conectadas con el interés general que han de tener en cuenta las entidades locales, y en las que, por supuesto, está la defensa y representación de las entidades locales ante los Tribunales de Justicia.

II

El contenido de la obra colectiva está estructurado en cinco bloques de capítulos temáticos. Una primera parte que recoge el marco legal y vigente que rige para los miembros de los servicios jurídicos de las entidades locales. El segundo bloque está dedicado a estudiar la actual planta local en relación con las modificaciones contenidas en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL). Interesante es la regulación que hace este segundo bloque al modo organizativo y sus diferentes especialidades en la asesoría jurídica. La tercera parte está centrada en aspectos relacionados con el puesto de trabajo del Letrado local desde la exigencia de la condición de funcionario público, así como las funciones desempeñadas entre la administración local y la administración de justicia. El cuarto bloque se dedica al estudio de la función consultiva en la actividad principal de los asesores jurídicos, teniendo como fuentes de conocimiento los diferentes ámbitos normativos en cada uno de los casos en los que pueden operar: el comunitario, el estatal, el autonómico y el local. El último bloque se dedica a la actividad principal de la asesoría jurídica de las entidades locales, que no es otra que la función de representación y defensa en los distintos órdenes jurisdiccionales, así como el estudio de las principales cuestiones procedimentales que pueden surgir en la jurisdicción revisora del actuar administrativo.

Precisamente el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa nos debería hacer reflexionar sobre la difícil y laboriosa tarea a la que los letrados de entidades locales deben someterse en su actividad cotidiana, ya que nos atreveríamos a decir que la defensa y representación de la asesoría de las administraciones públicas, quizás no está suficientemente valorada. Llegamos a esa afirmación porque en el mundo de la Justicia, la jurisdicción contencioso-administrativa se ha considerado como el «hermano menor» de las diferentes jurisdicciones (civil, penal y laboral), principalmente cuando la defensa jurídica en materia contencioso-administrativa corresponde a la defensa de los intereses de la administración, ya que se presume que los actos administrativos, bajo las prerrogativas exorbitantes de la administración, se dictan ajustados a la legalidad vigente, y que por lo tanto la laboriosa función de los letrados que defienden a la administración se considera una tarea relativamente sencilla al haber estado en contacto directo con el expediente administrativo y con las diferentes fases procedimentales en vía administrativa. Nada más lejos de la realidad. La importante labor de las asesorías jurídicas de los consistorios, a través de numerosas sentencias favorables al interés público, supone un gran alivio a las maltrechas arcas municipales, evitando con una buena defensa jurídica del interés público y de

los intereses de la autonomía municipal que los consistorios tengan comprometidos sus presupuestos. Precisamente la LRSAL, en materia de coordinación con las entidades locales, tiene por objeto asegurar la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, lo cual es muy importante cuando, a nuestro juicio, las administraciones locales han provocado déficits sustanciales. De este modo, se modifica la redacción del art. 10 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local (LBRL), y cuando antes decía que las funciones de coordinación no afectarían en ningún caso a la autonomía de las entidades locales, ahora señala que las funciones de coordinación serán compatibles con la autonomía de las entidades locales.

La tradición jurídica de representación y defensa de las administraciones públicas viene determinada como se expresa en la presente obra colectiva, en que cada una de las administraciones será representada por personal a su servicio, funcionarios públicos especializados que sirven a esa administración generalmente seleccionados a través de concursos u oposición entre licenciados en Derecho con un claro afán de servicio al interés público y a los intereses municipales, *ad hoc*. Por otra parte, el art. 551.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial establece que la representación y defensa de las entidades locales corresponderá a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas administraciones públicas, salvo que designen abonar colegiado que les represente y defienda. Esta salvedad de la Ley deriva de varias circunstancias que afectan a las entidades locales, entre otras, el no tener capacidad económica para tener en plantilla un servicio jurídico o más bien la necesidad de contratar un servicio externo muy especializado en materias *ad hoc*. También queremos señalar que los Abogados del Estado pueden representar y defender a las comunidades autónomas y a los entes locales en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas, y su normativa de desarrollo casi siempre a través de convenios.

Si realizamos una breve mención a la diferente normativa local, debemos destacar que la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, prevé, para los municipios de gran población la creación del órgano que constituye el servicio jurídico municipal denominada Asesoría Jurídica, cuyas modalidades son estudiadas brillantemente en la presente obra colectiva. El art. 129 LBRL señala que, sin perjuicio de las funciones de asesoramiento reservadas al secretario general del pleno, la asesoría jurídica del ayuntamiento es el órgano administrativo responsable de la asistencia jurídica al Alcalde, a la Junta de Gobierno

Local y a los órganos directivos comprensiva del asesoramiento jurídico y de la representación y defensa en juicio. La defensa en juicio del ente local con anterioridad a la modificación legal no la tenía atribuida el secretario general del ayuntamiento, sino que correspondía a los letrados de los servicios jurídicos municipales pudiendo asumir también la representación procesal o encomendarla a un procurador colegiado.

### III

Para finalizar, quiero hacer referencia al capítulo noveno titulado «Asesoría Jurídica de los Consejos Insulares», en el que Ángel Custodio NAVARRO SÁNCHEZ realiza un exhaustivo y brillante estudio de la misma, empezando con el análisis del hecho insular como factor político, jurídico y judicial en Balears, analizando la competencia de los Consejos Insulares y sus competencias en sede de asesoría jurídica, la potestad de los Consejos Insulares, las peculiaridades del sistema estatutario, así como un estudio exhaustivo de la estructura organizativa, analizando y comparándolo con el modelo canario a través de la figura de los Cabildos insulares. NAVARRO SÁNCHEZ también estudia la importancia de la cooperación en materia de defensa jurídica entre los Consejos Insulares y las respectivas entidades locales en nuestro archipiélago, analizando las singularidades de los Consejos Insulares en materia de defensa judicial, teniendo en cuenta la naturaleza híbrida y la específica peculiaridad de dichas instituciones, especialmente en la isla de Formentera con su particular y especial naturaleza autonómica, insular y municipal. Incluso en el capítulo vigésimo cuarto, titulado «Conflicto en defensa de la autonomía local» (ante el Tribunal Constitucional), tratado por el citado NAVARRO SÁNCHEZ y Sergi MONTESERÍN HEREDIA (uno de los coordinadores de la obra), se hace mención de diversos ejemplos procedentes de nuestras islas en conflictos de este orden, contra normas con rango de Ley, y la jurisprudencia constitucional existente.

Seguro que la obra colectiva que comentamos será un referente para los numerosos operadores jurídicos, sean letrados autónomos o funcionarios, en la constante búsqueda y defensa del interés público, y en la laboriosa tarea de estudio de las diversas jurisdicciones, sobre todo de la jurisdicción contencioso-administrativa con su carácter revisor de la actuación administrativa.

Juan Alemany Garcías





