rjib

25

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

La Llei europea de mercats digitals

•

Qüestions actuals del dret a l'habitatge

Dret urbanístic i dret a l'habitatge

Dret civil propi i contracte de lloguer d'habitatge permanent

La reforma del procediment de desnonament exprés dels okupes

La protecció penal de la inviolabilitat del domicili

•

La immigració il·legal

2023

rjib25

La Llei europea de mercats digitals

•

Qüestions actuals del dret a l'habitatge

Dret urbanístic i dret a l'habitatge

Dret civil propi i contracte de lloguer d'habitatge permanent

La reforma del procediment de desnonament exprés dels okupes

La protecció penal de la inviolabilitat del domicili

•

La immigració il·legal

2023

Coedició

Conselleria de Presidència
i Administracions Públiques
Direcció de l'Advocacia de la Comunitat
Autònoma de les Illes Balears
Pl. del Rosari, núm. 5, entl. i 1a pl.
07001 Palma (Illes Balears)
Tel.: 971 179595 / Fax: 971 176895
advocacia@caib.es
http://advocacia.caib.es

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

Subscripcions i contacte
Secretaria del Consell de Redacció de la RJIB
La Rambla, 10. 07003 Palma (Illes Balears)
secretariarjib@iea.caib.es

Consell editorial

Lourdes Aguiló Bennàssar
Miquel Coca Payeras
Raimundo Fortuñy Marqués
Rafael Gil March
Cristina Gil Membrado
Carlos Gómez Martínez
José Luis Jiménez-Herrera Burgaleta
María Arántzazu Ortiz González
Lluís J. Segura Ginard

Consell de redacció

Director.....Carlos Gómez Martínez
Consell.....Maria Ballester Cardell
Felio J. Bauzá Martorell
Eva M. Cardona Guasch
Enrique Dot Hualde
Jesús García Garriga
Carlos Jiménez Gallego
Pedro Monjo Cerdá
Antoni Oliver Reus
Aina Salom Parets
Antonio J. Terrasa García
Secretari.....Lluís J. Segura Ginard

De l'edició: © Direcció de l'Advocacia de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears 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

rjib25

SUMARI

ESTUDIS

Juan Franch Fluxà. *Reflexiones a la Ley de Mercados Digitales tras su reciente entrada en vigor* 11

Secció monogràfica

QÜESTIONS ACTUALS DEL DRET A L'HABITATGE

Aina Salom Parets. *Presentació: habitatge digne. Entre la possibilitat i la realitat de polítiques habitacionals correctes* 39

Joan Manuel Trayter Jiménez; Berta Bastús Ruiz. *La vinculació del dret urbanístic i el dret a l'habitatge. Especial referència a la reserva de sòl en sòl urbà consolidat* 43

Francesca Llodrà Grimalt. *Dret civil propi i regulació del contracte de lloguer d'habitatge permanent* 63

Francisco López Simó. *Las reformas introducidas en el procedimiento de «desahucio exprés de okupas» por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo* 89

Eduard Ramón Ribas. *La protección penal de la inviolabilidad del domicilio: el delito de allanamiento de morada* 121

COMENTARIS I NOTES

Bartomeu Bibiloni Guasp. *La Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual: el trasfondo de un largo proceso normativo (segunda parte)* 145

María Arántzazu Ortiz González. *Comentario a la reforma de la exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre* 159

COMENTARIS DE JURISPRUDÈNCIA

Vicente Juan Calafell Ferrá. *El uso del catalán por los órganos judiciales de las Illes Balears y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión* 176

Vicente Juan Calafell Ferrá. *La caracterización jurídica y la eficacia real del régimen especial insular de las Illes Balears* 179

Ángel Custodio Navarro Sánchez. *Règim de cooficialitat lingüística, principi de seguretat jurídica i drets a la igualtat i a la participació política en les entitats locals basques* 183

Carlos Gómez Martínez. *La doctrina del TJUE sobre l'IRPH i la seva recepció a Balears* 193

Eduardo Calderón Susín. *Inmigración ilegal* 197

Fernando Socías Fuster. *La inactivitat administrativa davant una declaració responsable inexacta o falsa. Opera la prescripció o la caducitat?* 204

Fernando Socías Fuster. *La doctrina de la pèrdua de la caducitat guanyada en les infraccions urbanístiques* 209

Ferran Gomila Mercadal. *Les extincions múltiples i consensuades de contractes de treball, per iniciativa patronal, computen als efectes de l'acomiadament col·lectiu* 212

Ferran Gomila Mercadal. *L'extinció de la relació especial de treball dels interns en centres penitenciaris. Reconeixement del dret a la reparació* 216

ACTIVITAT REGISTRAL

Antoni Canals Prats. *La cancelación de derecho de vuelo o sobreedificación* 222

ACTIVITAT NORMATIVA

Lluís Isern Esterla. *Crònica de la legislació autonòmica més rellevant (maig 2023-octubre 2023)* 230

LLIBRES

Manual de dret públic de les Illes Balears. A. BLASCO ESTEVE; L. SEGURA GINARD (dir.).
Per Jordi Jaria-Manzano. 238

Manual civil y fiscal de los pactos sucesorios en el Derecho Civil de las Illes Balears. B. BIBILONI GUASP.
Per Miquel Àngel Mas Colom 242

Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España. A. NOGUERA FERNÁNDEZ (coord.).
Per Francesca Llodrà Grimalt 247

ESTUDIS

Reflexiones a la Ley de Mercados Digitales tras su reciente entrada en vigor*

Juan Franch Fluxà
Profesor contratado doctor de Derecho Mercantil
Universitat de les Illes Balears

RESUMEN

Desde hace unos años, las plataformas digitales son el objetivo prioritario de esfuerzos regulatorios y agendas políticas en grandes economías mundiales. La complejidad de estos modelos de negocio y de su impacto en los mercados y la diversidad que presentan son un impedimento para las medidas a adoptar y ponen en cuestión su eficacia. En este intento por buscar y adoptar soluciones destaca la agenda digital de la Comisión Europea y, dentro de esta, normas como la *Digital Markets Act*. Hay una consolidación de la economía digital que es mucho más veloz que las reacciones y aproximaciones legislativas y que cuestiona la eficacia que esta nueva normativa demuestre en el día a día. Aunque los resultados son inciertos y estamos en una etapa inicial, la norma nace con la vocación de provocar un control de las prácticas de los guardianes y, en un ámbito más cotidiano, el fin del monopolio de distribución de aplicaciones móviles, la convergencia de distintas plataformas y la recuperación de poder por parte de usuarios y desarrolladores, que deben suponer una nueva hoja de ruta para la próxima década y el desarrollo del futuro digital de Europa.

Palabras clave: DMA, mercados digitales, guardianes, grandes plataformas, gobernanza en la red, prácticas en internet, regulación de la economía digital, constitución digital europea.

RESUM

Des de fa uns anys, les plataformes digitals són l'objectiu prioritari d'esforços reguladors i agendes polítiques en grans economies mundials. La complexitat d'aquests models de negoci i del seu impacte als mercats i la diversitat que presenten són un impediment per a les mesures que cal adoptar i posen en qüestió la seva eficàcia. En aquest intent per buscar i adoptar solucions destaca l'agenda digital de la Comissió Europea i, dins d'aquesta, normes com la *Digital Markets Act*. Hi ha una consolidació de l'economia digital que és molt més veloç que les reaccions i aproximacions legislatives i que qüestiona l'eficàcia que aquesta nova normativa demostri en el dia a dia. Tot i que els resultats són incerts i estem en una etapa inicial, la norma

* Artículo sometido a evaluación ciega: 09.12.2023. Aceptación final 13.12.2023.

neix amb la vocació de provocar un control de les pràctiques dels guardians i, en un àmbit més quotidià, la fi del monopoli de distribució d'aplicacions mòbils, la convergència de diferents plataformes i la recuperació de poder per part d'usuaris i desenvolupadors, que han de suposar un nou full de ruta per a la propera dècada i el desenvolupament del futur digital d'Europa.

Paraules clau: DMA, mercats digitals, guardians, grans plataformes, gobernança a la xarxa, pràctiques a internet, regulació de l'economia digital, constitució digital europea.

ABSTRACT

Digital platforms have been at the forefront of regulatory efforts and policy agendas in major global economies for some years. The complexity of these business models and their impact on markets and the diversity and complexity they present impede the measures to be adopted and call into question their effectiveness. In this attempt to seek and adopt solutions, the European Commission's digital agenda and, within this, regulations such as the Digital Markets Act, stand out. There is a consolidation of the digital economy that is much faster than the reactions and legislative approaches and that questions the effectiveness of this new regulation in day-to-day life. Although the results are uncertain and we are at an initial stage, the regulation is born with the vocation of bringing about control of the practices of the gatekeepers and, in a more everyday context, the end of the monopoly on the distribution of mobile applications, the convergence of different platforms and the recovery of power by users and developers, which should represent a new path for the next decade and the development of Europe's digital future.

Key words: DMA, digital markets, gatekeepers, large platforms, governance on the network, practices on the internet, regulation of the digital economy, European digital constitution.

SUMARIO

I. Introducción. II. Ámbito subjetivo: los *gatekeepers*. III. Un nuevo estatuto para los grandes operadores. IV. El rol institucional ante el espíritu y objetivos de la norma. V. Control y régimen sancionador. VI. Conclusiones.

I. Introducción

Para iniciar este estudio sobre el futuro impacto y los efectos del Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre, sobre

mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales), es necesario explicar su finalidad conforme la define la Comisión Europea. También conocido en el ámbito internacional como DMA (*Digital Markets Act*), en vigor desde noviembre de 2022 y aplicable desde mayo de 2023, tiene como objetivo garantizar mercados competitivos y justos en el sector digital. Regula, pues, los *gatekeepers* (guardianes de acceso), es decir, los gigantes de internet o, más técnicamente, las grandes plataformas en línea que constituyen una importante pasarela entre los usuarios empresariales y los consumidores. Operadores cuya posición puede otorgarles el poder de dominar y desincentivar el avance tecnológico en la economía digital. De una manera muy apriorística se categoriza la Ley de Mercados Digitales como una herramienta adicional del Derecho de la competencia destinada a abordar las distorsiones en los mercados digitales,[1] mientras que el Reglamento (UE) 2022/2065, de 19 de octubre, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales/DSA), se reduce a la moderación de contenidos[2] y la responsabilidad de los intermediarios en línea.[3] El

---

[1] Estamos de acuerdo en que la normativa nacional puede ser insuficiente para atacar actuaciones y pactos colusorios en el ciberespacio y que las medidas para garantizar una mayor eficiencia deben ser de carácter internacional. *Vid.* RAMBERG, C. *Internet Marketplaces (The law of auctions and exchanges online)*. Oxford: Oxford University Press, 2002, págs. 19 y ss. (apartados 2.20 y ss. *collusion and antitrust*).

[2] Comúnmente conocido y citado como *Digital Services Act* (DSA) o Ley de Servicios Digitales, que entró en vigor el 25 de agosto y pretende frenar el odio en línea, los abusos sexuales a menores y la desinformación, siendo el primer paquete de medidas que regula los contenidos en línea. Según la Comisión Europea, ni la DSA ni la DMA se aplicarán directamente a los fabricantes de herramientas de IA generativa, al menos de momento, aunque podrían aplicarse indirectamente, es decir, si las plataformas reguladas y los servicios básicos de las plataformas hacen uso de tecnología de IA generativa.

Esto se debe a que, en el caso de la DSA, los sistemas algorítmicos están en el ámbito de aplicación de los requisitos de evaluación de riesgos y auditoría para las denominadas plataformas en línea muy grandes o motores de búsqueda.

[3] La preocupación por las conductas empresariales en los mercados digitales no es nueva. La Tech Task Force de la Comisión Federal de Comercio (FTC), lanzada en 2019, se dedica a supervisar e investigar las prácticas anticompetitivas, incluidas las relacionadas con las plataformas en línea. El objetivo principal del grupo de trabajo desempeña un papel crucial en la

nuevo marco legislativo para un entorno digital sometido a un mayor control surge del consenso de todas las instituciones europeas y se fundamenta en la necesidad imperante de regular el poder conseguido por las grandes plataformas;[4] por lo tanto, se pretende dotar de soluciones a incontrolables o futuribles problemas sociales y económicos que puedan acarrear los conocidos gigantes digitales que ya plantean retos como bien demuestra la normativa de protección de datos.[5]

Aunque sus objetivos son más amplios, no se pone en duda que principalmente estamos ante una norma de Derecho de la competencia cuyo fin es acabar con las prácticas monopolísticas de las grandes tecnológicas que impiden el acceso a empresas pequeñas y medianas en el mercado.[6] En la mente y ámbito de actuación del legislador europeo se busca limitar el poder de los cinco grandes gigantes a escala global: Google, Amazon,[7] Facebook (Meta), Apple y Microsoft (conocidas por el

---

aplicación de las leyes y reglamentos existentes para asegurar la competencia leal y abordar posibles problemas de privacidad y protección de datos. Estas iniciativas demuestran algunos avances en la mejora de la transparencia en la esfera digital [https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/02/ftcs-bureau-competition-launches-task-force-monitor-technology-markets].

[4] Distintos análisis de la actividad de las plataformas y la actividad regulatoria pueden consultarse en FRANCH FLUXÀ, J. (dir.). *Economía de plataformas: retos y normativa*. Barcelona: Atelier, 2021.

[5] Sobre la conocida lentitud del Derecho ante la tecnología y los permanentes debates y dilemas que toda la innovación suscita podemos reproducir una reflexión de PIÑAR: «[…] lo que procede es impulsar el diálogo entre derecho y técnica y tener presentes los principios esenciales de los derechos fundamentales en particular, en lo que ahora nos interesa, de la Protección de Datos». *Vid*. PIÑAR MAÑAS, J. L. «Derecho, técnica e innovación en las llamadas ciudades inteligentes. Privacidad y gobierno abierto», en PIÑAR MAÑAS, J. L. (dir.); SUÁREZ OJEDA, M. (coord.). *Smart cities. Derecho y técnica para una ciudad más habitable*. Madrid: Reus, 2017, pág. 31.

[6] Una magistral descripción del Derecho de la competencia en el mercado digital en VELASCO SAN PEDRO, L. A. «El papel del Derecho de la competencia en la era digital». *Revista de estudios europeos*, núm. 78 (2021), págs. 93 y ss.

[7] *Vid*. *Antitrust: Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business*

acrónimo GAFAM). A partir de ahora las empresas tecnológicas estadounidenses se encontrarán con el nuevo marco que plantea diversos retos, adaptaciones y costes al operar en la Unión Europea fruto de los requisitos normativos y de cumplimiento que se imponen. Esta revolucionaria normativa aspira a frenar el poder de seis grandes empresas tecnológicas y con ello, por ejemplo, permitir a los consumidores decidir qué aplicaciones quieren en su teléfono y eliminar programas precargados como las aplicaciones de mapas de Google o Apple. El paquete normativo que se proyecta también allanará el camino a una mayor competencia en algunas de las áreas más vigiladas por las empresas tecnológicas, como Apple Wallet y Google Pay.

Como hemos indicado, en la Ley de Mercados Digitales aparecen las virtudes y objetivos del moderno Derecho de la competencia que busca en la eficiencia del mercado proteger a los consumidores o incentivar la innovación (imposible cuando se impide el acceso de nuevos operadores al mercado o los grandes *players* priorizan la oferta propia frente a la ajena).[8]

Con esta norma se busca dar cobertura legal a los largos y voluminosos procedimientos y expedientes que la Comisión ha incoado contra estos grandes operadores tecnológicos por prácticas de abuso de posición de dominio.[9] Como

---

practices de 10 de noviembre de 2020. Para mayor detalle, *vid*. https://ec.europa.eu/ commission/ presscorner/detail/en/ip_20_2077.

[8] Entre las razones de esta normativa se indica ya en la justificación de su propuesta: «Las prácticas desleales y la falta de disputabilidad conducen a resultados ineficientes en el sector digital en términos de precios más altos, calidad más baja, así como menos opciones e innovación en detrimento de los consumidores europeos. Abordar estos problemas es de suma importancia en vista del tamaño de la economía digital (estimada entre el 4,5 % y el 15,5 % del PIB mundial en 2019 con una tendencia creciente) y el importante papel de las plataformas en línea en los mercados digitales con sus implicaciones sociales y económicas». *Vid*. COM(2020) 842 final 2020/0374(COD) Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) (Texto pertinente a efectos del EEE) {SEC(2020) 437 final} - {SWD(2020) 363 final} - {SWD(2020) 364 final} de 15 de diciembre de 2020.

[9] Son los incumbentes los que deben probar la adecuación o no de sus prácticas como procompetitivas. European Commission, Directorate-General for Competition; MONTJOYE, Y.; SCHWEITZER, H.; CRÉMER, J. *Competition policy for the digital era.* Bruselas: Publications Office, 2019, pág. 9 [https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537].

es sabido, Google representa un inmejorable ejemplo de violación a las normas de competencia en territorio europeo,[10] ha sido sancionado con multas por más de 8.000 millones de euros por parte de las autoridades europeas, sin que por ello haya dejado de incurrir en sus prácticas de abuso de posición de dominio.[11] Un fenómeno extensible también en origen, siendo igual la respuesta de las autoridades norteamericanas ante estas prácticas.[12]

Es incuestionable que la Ley de Mercados Digitales representa un cambio radical, ya que pasa de la tradicional investigación antimonopolio *ex post* y la aplicación de la normativa *a posteriori*, a la vigilancia *ex ante* y la adopción de medidas preventivas.[13] La duda que esta opción suscita es si se extenderá a nivel global la regulación y actuación *ex ante* y ello conllevará efectos negativos sobre la innovación frente una regulación *ex post* que se ha venido presentando como más prudente y adecuada en el entorno digital.[14] Lo que sí puede esperarse o vaticinarse, al menos en teoría, es

---

[10] *Vid*. VAN LOON, S. «The power of google: first mover advantage or abuse of a dominant position?», en LOPEZ-TARRUELLA, A. (ed.). *Google and the law. Empirical approaches to legal aspects of knowledge-economiy business models*. Vol. 22. Nueva York: Springer, IT&Law, 2012, págs. 9 y ss.

[11] Entre otras, a modo de ejemplo, *vid*. «La Comisión impone a Google una multa de 4.300 millones de euros por abusar de su posición dominante en sistemas operativos móviles». *LA LEY Ciberderecho*, núm. 20 (septiembre 2018) [consulta online].

[12] Hace unos años la Federal Trade Commission planteó preocupaciones antimonopolio sobre la estrategia de crecimiento por encima de los beneficios de Amazon. *Vid*. KHAN L., «Amazon's Antitrust Paradox». *Yale Law Journal*, vol. 126 (enero, 2017), disponible en línea SSRN [https://ssrn.com/abstract=2911742]. El enfoque actual de la FTC sobre los altos precios al consumidor está más en consonancia con el paradigma antimonopolio actual de Estados Unidos, que ha llevado a los tribunales a tomar decisiones basadas principalmente en el «bienestar del consumidor» en lugar de la concentración del mercado. Las reclamaciones de la FTC se fundamentan en que Amazon ha utilizado supuestamente su dominio del mercado para aumentar las tasas de los vendedores de terceros, lo que resulta en precios más altos para los clientes y una menor calidad de servicio.

[13] Esta parece ser la tendencia que va a imponerse, *vid*. https://www.csis.org/analysis/are-us-digital-platforms-facing-growing-wave-ex-ante-competition-regulation

[14] Un estudio sobre el rol de las plataformas y la relación entre mercados y Derecho de la competencia en BÜCHEL, J.; RUSCHE C. «On Gatekeepers and Structural Competition Problems».

que la Ley de Mercados Digitales podría reducir el volumen de investigaciones (clásicas) en materia de competencia que la UE emprende contra las grandes empresas tecnológicas,[15] y que ello resulte eficaz para frenar proactivamente una amplia gama de conductas desleales.[16]

La Ley que comentamos establece un «código de conducta» con prohibiciones y obligaciones claras para aquellas empresas que alcanzan los umbrales previstos y que podremos valorar como más o menos objetivos y verificables. Con ello se pretende simplificar la tarea de supervisión de la Comisión. Como ha expresado recientemente el Comisario Thierry Breton: «Ya era hora de que Europa estableciera sus reglas del juego por adelantado, proporcionando un marco jurídico claro y aplicable para fomentar la innovación, la competitividad y la resistencia del mercado único, en lugar de tener que depender de largas y no siempre eficaces investigaciones antimonopolio. La DSA hace precisamente eso».[17]

La normativa que ahora estudiamos establece unas reglas de juego homogéneas en el ámbito de la Unión Europea, con el fin de que pequeñas y medianas empresas en los mercados digitales se desarrollen en igualdad de condiciones.[18] Para conseguir o impulsar este objetivo fija una serie de condiciones para las grandes plataformas,

---

Intereconomics, núm. 4, vol. 56 (2021), págs. 205-210 [https://www.intereconomics.eu/contents/year/2021/number/4/article/on-gatekeepers-and-structural-competition-problems.html].

[15] *Vid.* «Pliego de cargos a Google sobre el servicio de comparación de precios y procedimiento formal de investigación específico sobre Android». *LA LEY Unión Europea*, núm. 26 (mayo 2015) [consulta online Smarteca].

[16] En el ámbito del turismo un ejemplo es Booking (no declarado *gatekeeper*). *Vid*. TORRE SUSTAETA, V. «Sobre los elementos —y las vicisitudes— del proceso civil transfronterizo en Derecho de la Competencia: un análisis a propósito de la Sentencia TJUE del 24 de noviembre de 2020, C-59/19, Wikingerhof GmbH contra Co. Booking.com BV por abuso de posición dominante». *La Ley mercantil*, núm. 75 (diciembre 2000).

[17] En su discurso realizado el 5 de septiembre «Tech and Geopolitics: Building European Resilience in the Digital Age - Keynote speech by European Commissioner Thierry Breton at the Tallinn Digital Summit» [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/speech_23_4346].

[18] La DMA pretende reafirmar la soberanía digital de la UE. Sobre la DSA/DMA, *vid*. BARRIO ANDRÉS, M. «Avanzando en la soberanía digital europea: los reglamentos DSA y DMA». Real Instituto Elcano (17 junio 2022) [https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/avanzando-en-la-soberania-digital-europea-los-reglamentos-dsa-y-dma/].

denominadas «guardianes de acceso» o *gatekeepers* cuya configuración tratamos a continuación.

II. Ámbito subjetivo: los *gatekeepers*

De una lectura del articulado y de las obligaciones que incluye podemos afirmar que la norma está básicamente pensada para las GAFAM. Su ámbito alcanza a todo proveedor de uno o varios servicios básicos de plataformas definidos en el artículo 2.2[19] que sean calificados conforme al artículo 3 como guardianes de acceso (*gatekeepers*), de acuerdo con el procedimiento previsto también en el Reglamento.[20]

A modo de ejemplo, están sujetos a la norma los servicios de intermediación *online*, motores de búsqueda, redes sociales y plataformas de intercambio de vídeos. Marco que la Comisión fijó tras valorar diferentes opciones políticas para alcanzar el objetivo general de garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior promoviendo una competencia efectiva en los mercados digitales y, en particular, un entorno de plataforma en línea contestable y equitativo.[21]

Para ello el mecanismo que se ha implementado está constituido por: a) una lista cerrada de servicios de plataforma básicos; b) una combinación de criterios

---

[19] Las obligaciones impuestas por la Ley de Mercados Digitales no se aplican a todos los servicios digitales, sino que se limitan a lo que el Reglamento denomina «servicios básicos de plataforma». El mencionado artículo fija una lista exhaustiva de los diez servicios básicos de plataforma a los que serán de aplicación las obligaciones previstas en la norma: servicios de intermediación online, motores de búsqueda, redes sociales, plataformas de intercambio de vídeos, servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, sistemas operativos, navegadores; asistentes virtuales, servicios en la nube y servicios de publicidad online.

[20] Uno de los grandes retos que afronta la norma es determinar una metodología sólida duradera e indiscutible junto a unos umbrales cuantitativos acertados para calificar a los guardianes.

[21] Para mayor detalle OLMEDO PERALTA, E. «Redefiniendo el ámbito de aplicación de la Ley de Mercados Digitales ¿a quién? ¿cómo? y ¿para qué?», en TATO PLAZA, A.; COSTAS COMESAÑA, J.; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P.; TORRES PÉREZ, F. J.; LOUREDO CASADO, S. (dirs.). *Nuevas tendencias en el derecho de la competencia y de la propiedad industrial III*. Granada: Comares, 2022, págs. 87 y ss.

cuantitativos y cualitativos para designar a los proveedores de servicios de plataforma básicos como guardianes; c) obligaciones directamente aplicables, incluidas determinadas obligaciones cuya aplicación efectiva puede verse facilitada por un diálogo regulador; y d) la posibilidad de que la Comisión actualice medidas y pronunciamientos, tras una investigación de mercado, por lo que se refiere a las obligaciones de los guardianes, mediante actos delegados,[22] siempre que se identifiquen nuevas prácticas que sean igualmente desleales y puedan perjudicar la contestabilidad, y mediante propuestas de modificación en los demás casos. Las investigaciones de mercado también pueden apuntar a la necesidad de modificar la lista de servicios básicos de plataforma, servicios de comunicaciones interpersonales, sistemas operativos, navegadores, asistentes virtuales, servicios en la nube y servicios de publicidad *online.* El rol de la Comisión queda claramente manifestado en la siguiente afirmación:

> «Este papel activo de la Comisión permitirá garantizar la efectividad de la norma comentada y es el mecanismo que permite adoptar decisiones ante cuestiones tan técnicas y cambiantes; por lo tanto, esta opción aborda de manera más eficaz los objetivos de este nuevo marco. Es fundamental una intervención oportuna para todas las prácticas problemáticas identificadas, al tiempo que permite para algunas de ellas un diálogo regulador para la aplicación de medidas por parte del guardián designado. Además, permite hacer frente a nuevas prácticas desleales, lo que permite abordar las deficiencias del mercado en un entorno digital que cambia dinámicamente. Al mismo tiempo, para aquellos gatekeepers que se prevé que tengan una posición arraigada y duradera en sus operaciones en un futuro próximo, pero que aún no disfrutan de tal posición, la propuesta identifica un subconjunto proporcionado de obligaciones que son particularmente relevantes para salvaguardar y mejorar la contestabilidad».[23]

---

[22] El Tratado recoge la posibilidad de que se adopten actos delegados y actos de ejecución, los cuales constituyen los actos no legislativos. Los actos delegados son actos no legislativos de alcance general adoptados por la Comisión para completar o modificar determinados elementos no esenciales de un acto legislativo que es el que especifica la delegación de manera expresa en cuanto a objetivos, contenido, alcance y duración (art. 290 TFUE).

[23] *Vid*. COM(2020) 842 final 2020/0374(COD). Proposal for a regulation of the european parliament and of the council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act) (Bruselas, 15 de diciembre de 2020) [http://publications.europa.eu/resource/cellar/2c2bf2fb-3f85-11eb-b27b-01aa75ed71a1.0001.03/DOC_1].

No obstante, no todos los prestadores de servicios básicos de plataforma tendrán que cumplir con la normativa, únicamente los designados como guardianes de acceso por la Comisión, bajo criterios tasados, aunque la Comisión dispone de cierto margen de discrecionalidad a la hora de efectuar las designaciones para garantizar que la Ley pueda centrarse en plataformas que parezcan destinadas a adquirir una posición «arraigada y duradera» en un «futuro próximo». Por lo tanto, existe una cierta flexibilidad y la Comisión también puede dirigirse a plataformas que no alcancen en un primer momento los umbrales inicialmente establecidos. Finalmente, el sistema se completa con la obligación de realizar un análisis y completar el proceso de autodesignación como guardianes de acceso. Todo ello genera una cierta inseguridad jurídica en una cuestión clave para la aplicación de esta norma puesto que se conjugan criterios cuantitativos con otros cualitativos, se introduce un procedimiento de designación que puede ser impulsado por la Comisión o a instancia de parte y conviven listas tasadas con revisión discrecional del citado organismo europeo que podría atender incluso a presunciones *iuris tantum*.

Con el fin de no reproducir el artículo 3, de manera sucinta podemos precisar los parámetros para fijar si se ostenta o no la condición de guardián de la siguiente manera:

1. Que haya tenido una facturación media en la UE de 7.500 millones de euros en los tres últimos ejercicios.
2. Que ostente una capitalización de mercado de 75.000 millones de euros en el último ejercicio fiscal.
3. Que cuente con 45 millones de usuarios finales mensuales activos.
4. Que tenga, al menos, 10.000 clientes corporativos anuales activos en la UE.
5. Debe, además, prestar el mismo servicio de plataforma en, al menos, tres Estados miembros y presente una posición afianzada y duradera.

La primera designación de *Gatekeepers*[24] se ha producido el 6 de septiembre de 2023 y así se anuncia: «La Unión Europea ha nombrado a seis gigantes tecnológicos cuyo poder de mercado espera frenar aplicando un nuevo conjunto de normas proactivas y favorables a la competencia sobre la forma en que estos guardianes pueden operar los fijados como servicios básicos de plataforma (core platform services)». Los seis guardianes son: Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta y Microsoft.

[24] Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328

El hecho de que la normativa suponga un cerco a las multinacionales norteamericanas hizo que la propia Administración advirtiera en 2021 de algunos peligros de la norma ahora en vigor. Así, se indicó que la futura ley de mercados digitales obligaría a los guardianes, en determinadas circunstancias, a facilitar a los competidores información que puede estar protegida por la legislación sobre propiedad intelectual y de secretos comerciales.[25]

Según la Comisión, el Reglamento europeo ha designado un total de veintidós servicios básicos de plataforma (*core platform services*) operados por los seis guardianes.[26] Estos servicios podrían ampliarse a veintisiete en futuras revisiones.

He aquí el desglose completo conforme a las infografías publicadas por la Comisión Europea: cuatro redes sociales (TikTok, Facebook, Instagram, LinkedIn); seis servicios de «intermediación» (Google Maps, Google Play, Google Shopping, Amazon Marketplace, iOS App Store, Meta Marketplace); tres ADS, o sistemas de entrega de anuncios (Google, Amazon y Meta); dos navegadores (Chrome, Safari); tres sistemas operativos (Google Android, iOS, Windows PC OS); dos N-IICS, o Servicio de Comunicación Interpersonal Independiente del Número en la jerga reguladora (WhatsApp, Facebook Messenger); un motor de búsqueda (Google); y una plataforma de intercambio de vídeo (YouTube). En cuanto a los motivos de por qué no se ha designado ningún servicio de correo web o almacenamiento en nube,[27] un

---

[25] Documento de la Administración Biden según Reuters («Broadly speaking, the Biden administration has been consulting with stakeholders and reviewing both the DMA and the DSA, a U.S. government official told Reuters»). *Vid*. https://www.reuters.com/technology/exclusive-us-warns-against-ip-trade-secret-risks-draft-eu-tech-rules-paper-2021-11-10/

[26] «Companies providing at least one of the ten core platform services enumerated in the DMA are presumed to be gatekeepers if they meet the criteria listed below. These core platform services are: online intermediation services such as app stores, online search engines, social networking services, certain messaging services, video sharing platform services, virtual assistants, web browsers, cloud computing services, operating systems, online marketplaces, and advertising services. One company can be designated as gatekeeper for several core platform services». Puede consultarse con la fecha de nota de prensa 6.9.2023 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328].

[27] Tampoco se ha designado a ningún asistente virtual como guardián (como Siri de Apple, Alexa de Amazon, Copilot de Microsoft y Google Assistant). Con el aumento de la capacidad de los *chatbots* basados en inteligencia artificial, los asistentes virtuales pueden desempeñar un

portavoz de la Comisión manifestó que ninguna de las empresas proveedoras de servicios de computación en nube que habían mantenido conversaciones con ella en relación con la notificación de la Ley de Mercados Digitales había considerado que estos servicios cumplieran los umbrales.

Pero también, «la Comisión ha llegado a la conclusión de que, aunque Gmail, Outlook.com y Samsung Internet Browser cumplen los umbrales establecidos en la ley de mercados digitales para ser considerados gatekeepers, Alphabet, Microsoft y Samsung han aportado argumentos suficientemente justificados que demuestran que estos servicios no cumplen los requisitos para ser considerados pasarelas de los respectivos servicios de plataforma central […]. Por lo tanto, la Comisión decidió no designar a Gmail, Outlook.com y Samsung Internet Browser como servicios de plataforma central. De ello se desprende que Samsung no está designado como gatekeeper con respecto a ningún servicio de plataforma central».[28]

Además de este primer rechazo a las designaciones que afecta a Bing, Edge y iMessage,[29] es posible que los gigantes tecnológicos, acostumbrados a establecer sus propias normas y condiciones de servicio, pongan a prueba la solidez de la normativa de la UE.

Las identidades de los guardianes eran previsibles, el debate e incertidumbre están ahora en saber quién apela las designaciones, quién se acoge a las solicitudes de exenciones del artículo 10, y los resultados de las investigaciones de mercado del artículo 16 que ya se han iniciado.

Las exenciones y las conclusiones preliminares tras las investigaciones de mercado serán clave, ya que los umbrales cuantitativos de la Ley objeto de comentario no tienen en cuenta la presencia en el mercado a través de la frecuencia

---

papel más importante en el futuro. Sobre sus retos regulatorios, TAMAYO VELASCO, J. «El mercado de los “mayordomos digitales”: una visión panorámica». *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 30 (enero-junio 2022) [consulta online smarteca].

[28] Fue la única empresa que se presentó como potencial *gatekeeper* (por cumplir los umbrales cuantitativos) pero que no fue designada como tal por la Comisión para ningún servicio. *Vid*. https://ecommerce-news.es/la-comision-europea-designa-a-los-gigantes-tecnologicos-sujetos-a-la-Ley de Mercados Digitales/

[29] *Vid*. European Commission (6 September 2023), Press Release, *Digital Markets Act: Commission designate six gatekeepers* [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328]. Análisis sobre esta noticia en https://www.ft.com/content/137d655b-c264-460f-bbe8-a269f0a3d8ac

de uso, entre otras cosas. El hecho de que la Comisión Europea haya incoado investigaciones de mercado sobre Bing, Edge y los servicios de publicidad en línea de Microsoft, que tienen cuotas de mercado *de minimis* inferiores o cercanas al 5 %, sugiere que continuará profundizando en esta cuestión.

Tener la condición de *gatekeeper* no puede depender de una foto estática sino de cómo evolucionen las condiciones del mercado por lo que, previsiblemente, en los próximos meses y años se añadan a la lista más gigantes tecnológicos y servicios de plataforma. La Comisión también está obligada a revisar las designaciones existentes al menos cada tres años (tiempo que consideramos excesivo en entornos tecnológicos) para comprobar si las plataformas siguen cumpliendo los requisitos.

De este modo cualquier empresa que actualmente pueda ser calificada como *gatekeeper* debe iniciar un proceso de adecuación a la Ley de Mercados Digitales con el fin de evitar los costes derivados de la designación y, por descontado, cuantiosas sanciones como describiremos en el correspondiente apartado.

Al momento de cerrar este texto ya está disponible el primer lote de la versión resumida de las decisiones de designación en virtud de la citada Ley. Por el momento, la Comisión ha publicado una breve reseña de su proceso de designación en relación con Alphabet, Apple, ByteDance y Microsoft (las decisiones correspondientes a Meta y Amazon aún no están a disposición del público).

La Comisión agrupa la decisión de designación en cuatro decisiones principales que pueden consultarse en los siguientes enlaces que constan en nota pie de página.[30] Al respecto se extraen estas breves notas teniendo en cuenta los resúmenes facilitados por la Comisión Europea:

a) La Comisión presenta sus razones para aceptar las refutaciones de la presunción establecida en el artículo 3.2 DMA para Gmail y Outlook (véase el apartado 16 de la Decisión Alphabet y el apartado 20 de la Decisión Microsoft).
b) La decisión Microsoft es particularmente intrincada en la medida en que los servicios de software en nube como AVD y Windows 365 están enumerados e incluidos en el servicio de plataforma principal correspondiente a Windows

[30] Alphabet: https://ec.europa.eu/competition/digital_markets_act/cases/202341/LEY DE MERCADOS DIGITALES_100010_153.pdf; Appel: https://ec.europa.eu/competition/digital_markets_act/ cases/202341/LEY DE MERCADOS DIGITALES_100025_218.pdf; ByteDance: https://ec.europa.eu/competition/digital_markets_act/cases/202341/LEY DE MERCADOS DIGITALES_100040_133.pdf; Microsoft: https://ec.europa.eu/competition/digital_markets_act/ cases/202341/LEY DE MERCADOS DIGITALES_100026_168.pdf

PC OS (sistema operativo) y los servicios de publicidad de LinkedIn quedan fuera del ámbito del servicio de red social en línea (y se dejan pendientes en la fase de investigación de mercado).

c) La decisión de Apple se centra en mayor medida en los dispositivos. iOS está separado del iPadOS, mientras que tanto la App Store como los servicios de Safari abarcan todas sus aplicaciones en todos los dispositivos de Apple. La Ley de Mercados Digitales supuestamente hará realidad la carga lateral y las tiendas de aplicaciones de terceros para iPhones y iPads dentro de la UE.

III. Un nuevo estatuto para los grandes operadores

La Ley de Mercados Digitales contiene prohibiciones y obligaciones cuyos efectos son actualmente desconocidos e incluso podrían ser no deseados para las grandes empresas o para sus usuarios. Lo que podemos denominar estatuto de los guardianes pivota sobre una serie de prohibiciones claramente establecidas en la normativa: a) clasificar sus propios productos o servicios de manera más favorable que los de otras empresas; b) impedir que los desarrolladores utilicen plataformas de pago de terceros para vender aplicaciones; c) procesar los datos personales de los usuarios con fines de publicidad personalizada, a menos que se otorgue el consentimiento; d) establecer condiciones injustas a los usuarios profesionales; e) preinstalar determinadas aplicaciones o dificultar su desinstalación a los usuarios; y f) imponer restricciones a los usuarios profesionales de las plataformas.

Entre la batería de medidas que principalmente se orientan a la cesión de datos e información, estas grandes plataformas tendrán que cumplir con obligaciones como:

– Proporcionar a las empresas que se anuncian en su plataforma las herramientas y la información necesarias para que anunciantes y editores realicen su propia verificación independiente respecto de sus anuncios alojados en el *gatekeeper*.
– Permitir a sus usuarios empresariales (empresas o vendedores que utilizan la plataforma) promocionar su oferta y concluir contratos con sus clientes fuera de la plataforma del *gatekeeper*.
– Permitir a sus usuarios empresariales (empresas o vendedores que utilizan la plataforma) acceder a los datos que generen en su uso de la plataforma del *gatekeeper.*

No hay preceptos que impongan restricciones de competencia entre las compañías o los servicios que pueden prestar. Entre las principales disposiciones que

la Ley de Mercados Digitales aplica a los servicios básicos de plataforma figuran la prohibición de que los guardianes se autorreferencien o exijan a los usuarios empresariales que hagan uso de sus propios servicios, así como la prohibición de que las tiendas de aplicaciones de los guardianes impidan la instalación de tiendas competidoras. Esta prohibición de clasificar o posicionar sus propios productos o servicios mejor que los de terceros podría no estar considerando que las empresas titulares de las plataformas también pueden introducir sus productos o servicios para dirigir el desarrollo de la innovación hacia un determinado sector, o para diferenciar su ecosistema de forma estratégica. Es cuestionable si ello supone un mayor valor para los clientes y también una mayor innovación dentro del entorno digital de plataformas.

Los guardianes tampoco pueden prohibir a los usuarios empresariales que ofrezcan y promocionen servicios de la competencia y tienen la obligación de compartir con ellos la información que genere el uso de su plataforma.

La Ley de Mercados Digitales se sustenta en objetivos para garantizar la contestabilidad y la equidad (conforme exponen el art. 1 y los considerandos 32 y 33). La contestabilidad se refiere a la capacidad de superar las barreras de entrada, mientras que la equidad se refiere a la capacidad de cuestionar el desequilibrio entre los derechos y obligaciones de los guardianes y los usuarios comerciales, permitiendo a estos últimos captar los beneficios de sus innovaciones y esfuerzos. Los usuarios finales se benefician, pues la Ley citada otorga más opciones a la hora de utilizar ofertas de terceros, también más control en relación con los productos de los *gatekeepers*. Para ello, la Ley de Mercados Digitales les impone una lista de veintidós obligaciones positivas y negativas (arts. 5, 6 y 7), que se aplican a diez servicios básicos de plataforma, como los motores de búsqueda en línea como Google Search (art. 2). Estas obligaciones pueden ser inmediatamente aplicables (art. 5) o bien susceptibles de mayor especificación (art. 6), cerrando el listado la norma con otras obligaciones tipificadas independientemente. De una manera esquemática podemos describir o detallar estas obligaciones de hacer o no hacer de la siguiente manera.[31]

---

[31] DÍEZ ESTELLA cuestiona que la técnica legislativa de establecer obligaciones (DOs) y prohibiciones (DON-Ts) sea la óptima si lo que se quiere es el desarrollo de unos mercados digitales disputables y equitativos; especialmente cuando gran parte de estas obligaciones son fruto de la experiencia de prácticas anticompetitivas que ya han sido enjuiciadas en expedientes sancionadores del Derecho de la competencia. *Vid*. DÍEZ ESTELLA, F. «La DMA: ¿Un nuevo

En relación con cada uno de sus servicios básicos de plataforma puede citarse:

- Obligación de consentimiento para el uso de datos personales.
- Prohibición de cláusulas de paridad.
- Prohibición de disposiciones *anti-steering*.
- Prohibición de restricciones de uso.
- Prohibición de impedir contactos con las autoridades ni dificultar reclamaciones o acciones legales.
- Prohibición de obligar a los usuarios empresariales a usar ciertos servicios accesorios.
- Prohibición de vinculación de los diferentes servicios básicos de plataforma.
- Obligación de asegurar la transparencia de precios en la intermediación publicitaria respecto a los anunciantes.
- Obligación de asegurar la transparencia de precios en la intermediación publicitaria respecto a los editores.
- Prohibición de uso de datos de usuarios empresariales para competir contra ellos.
- Obligación de permitir la desinstalación de aplicaciones y cambios en la configuración por defecto.
- Prohibición de restricciones de descarga de aplicaciones por canales alternativos.
- Prohibición de auto-preferencia en la clasificación.
- Prohibición de restricciones a cambiar (*switch*) entre —y a suscribirse a— diferentes aplicaciones *software* o servicios a los que se accede utilizando el servicio básico de plataforma.
- Obligación de permitir la interoperabilidad con funciones de *hardware* y *software.*
- Obligación de asegurar la transparencia de los resultados en la intermediación publicitaria.
- Obligación de asegurar la portabilidad de los datos de los usuarios.
- Obligación de dar a los usuarios empresariales acceso a los datos generados por estos o por sus usuarios finales.
- Obligación de dar a otros buscadores acceso a datos de búsqueda propios.

---

reglamento para —o contra— los mercados digitales de la UE?, en HERNÁNDEZ SAINZ, E.; MATE SATUÉ, L. C.; ALONSO PÉREZ, M. T. (dirs.). *La responsabilidad civil por servicios de intermediación prestados por plataformas digitales*. Madrid: Colex, 2023, pág. 76.

– Prohibición de aplicar condiciones de acceso menos favorables.
– Prohibición de introducir condiciones de resolución desproporcionadas o difíciles de ejecutar.

Entre las ventajas y objetivos de este nuevo régimen parece claro que el hecho de que los grandes actores del sector tecnológico introduzcan tiendas de aplicaciones y sistemas de pago de terceros, sin la «autopreferencia» de sus propios productos, será extremadamente beneficioso para los desarrolladores de software, puesto que podrán determinar dónde y cómo vender sus productos sin la pérdida de un porcentaje por cada transacción. A partir de marzo de 2024, las empresas *gatekeeper* deberán cumplir la normativa ahora estudiada, permitir que los usuarios descarguen aplicaciones de tiendas alternativas y prohibir que las empresas favorezcan sus propios servicios.

Todo ello pone de manifiesto la opacidad y falta de transparencia que se plantea por la norma cuando se indica, en materia de publicidad, que las condiciones en las que los *gatekeepers* prestan servicios de publicidad digital a las empresas, incluidos los anunciantes y los editores, «son a menudo poco transparentes y opacas» y que esto «menoscaba su capacidad para cambiar de empresa prestadora de servicios de publicidad en línea» (considerando 45). Conforme al artículo 6.8 DMA, esta fue concebida para «seguir aumentando la equidad, la transparencia y la disputabilidad de los servicios de publicidad en línea» (considerando 58), exigiendo a los *gatekeepers* que proporcionen a anunciantes y a los anunciantes y editores, así como a terceros autorizados por estos, «acceso a los instrumentos de medición del rendimiento del guardián de acceso y a los datos necesarios para que los anunciantes y los editores puedan realizar su propia verificación independiente del inventario de anuncios, incluidos los datos agregados y desagregados».[32]

Aunque la transparencia no solo puede predicarse de los actos publicitarios, y se presenta como un eje fundamental en esta nueva normativa digital —donde la conjugación entre DMA y DSA cobra un notable protagonismo—, es llamativo que esta se presenta de manera sucinta en el texto de la primera y cobra una dimensión mucho mayor en la segunda norma. Porque, en definitiva, al aumentar la transparencia de la actividad en la red y las decisiones y respuestas (tanto de los gobiernos como de las plataformas) que afectan a los espacios y plataformas en línea, se dan más posibilidades para que las fuerzas del orden, los investigadores de la sociedad civil o los usuarios detecten, mitiguen y respondan oportunamente a un

[32] Artículo 6.8 DMA.

amplio espectro de daños en línea tanto ilegales como legales. Obviamente, con el fin de preservar la esencia de internet, cualquier respuesta o medida debe ser proporcionada; mientras que el contenido ilegal debe ser eliminado, el contenido legal pero perjudicial justifica un enfoque más suave, según proceda (por ejemplo, degradación algorítmica o desmonetización). La transparencia es un primer paso necesario para la rendición de cuentas y debe sustentar cualquier marco regulador de las plataformas en línea.

Los artículos 5.9 y 5.10 DMA también exigen que los *gatekeepers* proporcionen información sobre precios y tarifas a editores y anunciantes.

Una cuestión trascendente —y que preocupa en el marco de la protección de datos— es la práctica común de perfilar a los internautas y comprobar el nivel de cumplimiento de esta normativa por los *gatekeepers.*[33] El Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD) y el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD) recuerdan que los guardianes deberán presentar a la Comisión, en un plazo de seis meses a partir de su designación, descripciones auditadas de manera independiente de todas las técnicas de elaboración de perfiles de los consumidores. Ello abarca lo siguiente: su designación y las descripciones auditadas de forma independiente de cualquier técnica de elaboración de perfiles de los consumidores que apliquen a sus servicios de plataforma básica o a través de ellos. A continuación, la Comisión Europea transmitirá dicha descripción auditada al Comité Europeo de conformidad con el artículo 15.1 DMA.

Según el artículo 36 DMA, la información recopilada con arreglo al artículo 15 también se utilizará a efectos del Reglamento de protección de datos 2016/679 (RGPD). El considerando 72 DMA aclara que las descripciones auditadas de forma independiente pueden utilizarse para informar sobre la aplicación de las normas de protección de datos de la Unión.

Los objetivos del artículo 15 DMA, tal como se establece en el considerando 72, incluyen mejorar la transparencia[34] y la responsabilidad en relación con las técnicas

---

[33] *Vid. Consultation on the template relating to the reporting on consumer profiling techniques* (consulta cerrada el 15 de septiembre de 2023) [https://digital-markets-act.ec.europa.eu/consultations/consultation-template-relating-reporting-consumer-profiling-techni ques_en].

[34] Los reguladores y organismos de control (por ejemplo, la CNMC, la Ofcom en el Reino Unido o la FTC en Estados Unidos) también necesitan transparencia para cumplir con sus responsabilidades. Deben tener acceso a las políticas, procedimientos y sistemas de la

de elaboración de perfiles de los guardianes, así como facilitar la equidad y la de sus respectivas plataformas de servicios básicos. Esta transparencia debería, entre otras cosas, contribuir también a evitar que la elaboración de perfiles detallados de los consumidores se convierta en la norma *de facto* del sector y permita a los competidores diferenciarse mediante el uso de garantías de privacidad superiores.

IV. El rol institucional ante el espíritu y objetivos de la norma

La estrategia de la transición digital que ha iniciado Europa plantea unos objetivos claros y para ello ya se han dado los primeros pasos.[35] Los mercados digitales son una prioridad en la política europea, aunque no podemos dejar de tener en cuenta las conocidas reticencias que genera la imposición normativa a la tecnología.

El nuevo régimen aspiraría a fomentar el desarrollo de modelos de negocio menos fagocitantes, puesto que los consumidores deberían tener más alternativas frente a los gigantes que la sociedad identifica casi espontáneamente. Aunque es incierta la eficacia de las nuevas reglas europeas para reequilibrar un terreno de juego digital[36] donde las grandes tecnológicas no solo siguen dominando firmemente, sino que lo han definido y configurado esencialmente en su interés durante décadas.[37] Por todo

---

empresa, y conocer la tecnología subyacente para poder supervisar el cumplimiento de la normativa.

[35] Sobre el futuro digital para Europa puede consultarse https://www.consilium.europa.eu/es/policies/a-digital-future-for-europe/

[36] Por ejemplo, en materia de publicidad digital se indica en un reciente estudio promovido por la Comisión: «Los instrumentos propuestos, como la Ley de Servicios Digitales (DSA) y la Ley de Mercados Digitales (DMA) incluyen disposiciones relacionadas con algunas cuestiones como la transparencia (tanto B2B como del consumidor), pero no está claro hasta qué punto en el ecosistema de la publicidad digital y en las cuestiones destacadas en este estudio en su dimensión práctica». European Commission, Directorate-General for Communications Networks, Content and Technology; ARMITAGE, C.; BOTTON, N.; DEJEU-CASTANG, L. [*et al*.]. *Study on the impact of recent developments in digital advertising on privacy, publishers and advertisers – Final report*. Publications Office of the European Union, 2023, [https://data.europa.eu/doi/10.2759/294673] (pág. 11).

[37] Con el fin de que la normativa quede condicionada a los deseos de los guardianes se ha solicitado maximizar la capacidad de las terceras partes —consumidores, PYMES, organismos

ello es complejo acabar con los poderosos efectos de red, ya que los consumidores probablemente seguirán viendo a los grandes nombres como las marcas y sitios más fiables.[38] Obviamente, las empresas innovadoras y disruptivas deberían tener más posibilidades que nunca para romper el control de GAFAM y, correctamente planteado, ello es un objetivo (tal vez utópico) para el legislador europeo.

El Parlamento Europeo ha mencionado explícitamente que los usuarios finales (es decir, los consumidores) y los usuarios empresariales deben estar protegidos por las prohibiciones de la Ley de Mercados Digitales y las obligaciones impuestas a los *gatekeepers*. Sin embargo, este enfoque aparentemente centrado en el bienestar de

---

e instituciones de la sociedad civil— de contribuir a la aplicación de la norma solicitando a la Comisión que:

- Proporcione claridad sobre la forma precisa y la frecuencia con la que los terceros participen en el curso de los diversos procedimientos de la Comisión en virtud de la DMA.
- Aclare qué información se facilitará a terceros en cada caso y establecer procedimientos que garanticen que esta se entrega a su debido tiempo.
- Dar a los terceros la posibilidad de solicitar información adicional no incluida en los resúmenes no confidenciales, cuando ello sea necesario para evaluar el cumplimiento por parte del *gatekeeper* de las obligaciones de la Ley de Mercados Digitales.
- Garantizar que los *gatekeepers* se comprometan de forma constructiva y sustantiva con las aportaciones de los terceros, especialmente en relación con las soluciones propuestas y las medidas de cumplimiento.
- Publicar orientaciones claras sobre los canales a través de los cuales los terceros podrán informar a las autoridades nacionales competentes y/o a la Comisión sobre prácticas de *gatekeeper* dentro del ámbito de aplicación de la DMA.
- Realizar campañas públicas para sensibilizar a los terceros, incluidas las organizaciones de la sociedad civil y las PYME, sobre su papel en la aplicación de la Ley de Mercados Digitales.

Todo ello se extrae del Manifiesto y carta a la Comisión del BEUC [https://www.beuc.eu/letters/clarity-urgently-needed-role-third-parties-implementation-and-enforcement-digital-markets].

[38] Sobre los efectos de red y su impacto en el mercado, *vid*. ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. «Merger Control and Online Platforms: The Relevance of Network Effects» (July 18, 2017). *Market and Competition Law Review*, vol. 2 (2017) [Available at SSRN https://ssrn.com/abstract=3024225].

los consumidores no se comparte con la postura mayoritaria del Consejo.[39] Por el contrario, esta cuestión es inmutable para el Parlamento que ha mantenido lo siguiente: «En determinadas circunstancias, la noción de usuarios finales debe abarcar a los usuarios que tradicionalmente se consideran usuarios profesionales, pero en determinadas situaciones no utilizan los servicios de plataformas básicas para proporcionar bienes o servicios a otros usuarios finales, como por ejemplo las empresas que dependen de los servicios de computación en nube para sus propios fines».[40] La medida en que la Ley está concebida para garantizar el bienestar de los consumidores y no el de los meros competidores seguirá siendo en el futuro materia de análisis y debate.

El alejamiento de una estructura de mercado que pueda entenderse como competitiva fundamenta las intervenciones con independencia de los beneficios que estos *gatekeepers* puedan generar para los consumidores. La Comisión asume su rol vigilante para que no se frustren los objetivos de la normativa comentada; por ello, conviene destacar las medidas cautelares en manos de la Comisión para casos de urgencia y excepcionales.[41] Así, la Comisión debe investigar y valorar si se justifican medidas adicionales correctoras del comportamiento o, cuando sea conveniente, estructurales, para garantizar que los guardianes de acceso no puedan frustrar los

---

[39] Sobre los efectos y efectividad del Derecho de la competencia, *vid*. CANEDO ARRILLAGA, M. P. «Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de competencia». *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 12, núm. 2 (2020), págs. 226-253.

[40] Enmienda 10. Puede consultarse: Enmiendas aprobadas por el Parlamento Europeo el 15 de diciembre de 2021 sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados digitales disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) (COM(2020)0842 — C9-0419/2020 — 2020/0374(COD)) DOUE 30 de junio de 2022 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/Es/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021AP0499].

[41] Considerandos 75 y ss. que se reflejan en el artículo 24: En caso de urgencia debido al riesgo de daños graves e irreparables para los usuarios profesionales o los usuarios finales de los guardianes de acceso, la Comisión podrá adoptar un acto de ejecución en el que se ordenen medidas cautelares contra un guardián de acceso sobre la base de una comprobación de la existencia *prima facie* de una infracción de los artículos 5, 6 o 7. Únicamente se adoptará dicho acto de ejecución en el marco de un procedimiento iniciado con vistas a la posible adopción de una decisión con arreglo al artículo 29, apartado 1. Se aplicará únicamente durante un período de tiempo determinado y podrá renovarse en la medida en que sea necesario y apropiado. Dicho acto de ejecución se adoptará de conformidad con el procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 50, apartado 2.

objetivos del presente Reglamento mediante el incumplimiento sistemático de una o varias de las obligaciones que en él se establecen. El mero riesgo hipotético de una estructura de mercado desequilibrada justifica así las intervenciones que deben darse ante el «riesgo de daño grave e irreparable». En conclusión, la Ley de Mercados Digitales pretende superar la fragmentación legislativa y dotar de mayor seguridad al mercado digital europeo con la intención de generar una serie de beneficios: los *gatekeepers* conocerán de antemano las obligaciones que deben respetar mientras que otras plataformas quedarán liberadas de estas imposiciones y podrán beneficiarse de comportamientos más justos al hacer negocios con los guardianes. Se plantea, también, una reducción de los costes de cumplimiento para los *gatekeepers* y sus usuarios empresariales.

V. Control y régimen sancionador

La norma aquí estudiada incluye un capítulo dedicado a las competencias de investigación, ejecución y supervisión, dando plenas facultades a la Comisión Europea para establecer medidas o reaccionar ante actos que pueden suponer un incumplimiento de las obligaciones anteriormente mencionadas. Concretamente, es el artículo 20 el que permite incoar un procedimiento que puede concluir con una multa o sanción conforme a lo previsto en el artículo 30 DMA. Se contempla, aunque nos es muy difícil vislumbrar su contenido, que se establezcan medidas cautelares (art. 24) siempre que se pueda apreciar urgencia debido al riesgo de daños graves o irreparables para los usuarios profesionales o finales fruto de una infracción de las obligaciones previstas.[42] El carácter cautelar de estas medidas impone que tengan un periodo determinado y se permite su renovación si fuera necesario.

Si un guardián de acceso infringe las normas establecidas en el Reglamento de Mercados Digitales, la norma otorga a la Comisión Europea la facultad de imponer multas por el incumplimiento de lo establecido en la Ley de Mercados Digitales que podrían alcanzar el 10 % del volumen de negocios total anual mundial de la empresa infractora, pero puede ser del doble (20 %) si se establece que la infracción es similar a otra cometida en relación con el mismo servicio básico durante los ocho años anteriores a la entrada en vigencia de la Ley. Más concretamente, en caso de que un guardián de acceso incumpla sistemáticamente el Reglamento de Mercados Digitales, es decir, que infrinja las normas al menos tres veces en ocho años, la Comisión Europea podrá

[42] Nuevamente nos remitimos a la lectura de los artículos 5, 6 y 7.

iniciar una investigación de mercado y, en caso necesario, imponer medidas correctoras estructurales o de comportamiento.

Esta norma contiene el porcentaje más elevado de sanción frente a lo previsto en los artículos 52 y 74 DSA que contiene un 6 %, y todavía es mayor, en comparación, que el Reglamento General de Protección de Datos, donde se prevé el 4 % del volumen de negocios anual en todo el mundo.

El hecho de que exista un incumplimiento sistemático de las obligaciones impuestas por la Ley de Mercados Digitales conduce, como se ha comentado, a «remedios estructurales o de conducta proporcionados y necesarios para asegurar el cumplimiento de este reglamento». Entendemos que ello debe interpretarse de la siguiente manera: nuevas sanciones pueden ser aplicadas de acuerdo con la gravedad de la falta, incrementando las potestades sancionatorias de la Comisión.

El régimen sancionador se completa con un capítulo de competencias de investigación, ejecución y supervisión y que se conecta con las obligaciones de *compliance*. Los guardianes deben demostrar que sus indicadores de cumplimiento muestran que los usuarios pueden ejercer sus derechos de acuerdo con la Ley de Mercados Digitales. Estas pruebas podrían incluir encuestas a los consumidores, pruebas u otros estudios, y documentos contractuales o técnicos pertinentes que demuestren que los usuarios conocen y pueden ejercer fácilmente sus derechos. Esto también implica que los guardianes pongan en marcha un sistema interno para procesar y supervisar el ejercicio de los derechos de los usuarios a lo largo del tiempo. Conviene recordar también —su desarrollo superaría el objeto y extensión de este trabajo— la aplicación de las normas de responsabilidad civil por infracción del Derecho de la competencia y que queda superpuesto a este régimen sancionador.[43]

VI. Conclusiones

Europa establece los fundamentos de una normativa que pretende garantizar que los mercados digitales sean justos, contestables y abiertos. La fórmula para

---

[43] Entre muchos otros excelentes trabajos sobre la materia, *vid*. MARTÍ MIRAVALLS, J. «Responsabilidad civil por infracción del derecho de competencia». *CEFLegal*, núm. 225 (octubre 2019), págs. 5-44; DE LA VEGA GARCÍA, F. *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrencial*. Madrid: Civitas, 2001, y ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. «La defensa basada en la repercusión del daño (passing-on) causado por infracciones del derecho de la competencia». *InDret*, núm. 1 (2021), págs. 1-45.

conseguirlo es contener el poder económico de los seis guardianes, con el fin de otorgar más opciones a los consumidores y creando nuevas oportunidades para otras empresas tecnológicas innovadoras. Para ello se acude a medidas basadas en la interoperabilidad, la transferencia de datos, la portabilidad de datos en tiempo real y la equidad.

La innovación que existe en el mundo digital no es óbice para oponerse a que las grandes plataformas tecnológicas escapen a una regulación eficaz enredando al regulador en una estrategia de litigios que retrasen la implantación de medidas como las que son objeto de este estudio. Es acertado instaurar mecanismos de control y sancionadores, y precisa la potestad para imponer multas a las empresas en línea con el fin de evitar que los usuarios reciban un trato injusto o se desarrollen conductas para impedir que competidores más pequeños accedan a sus ingentes cantidades de datos y puedan incorporarse al mercado digital.

Con independencia de la eficacia efectiva del novedoso sistema aprobado, la acción de la Comisión Europea marca un hito importante en el camino hacia un ecosistema digital más equilibrado. Al prohibir las prácticas contrarias a la competencia, garantiza una competencia leal y mayores oportunidades para las tiendas de aplicaciones y los desarrolladores de nuevas aplicaciones y tecnología.

El marco legislativo comentado no se aplicará a las empresas no designadas como *gatekeepers* y por ello surge la incertidumbre sobre la necesidad de que las normas se apliquen de manera uniforme a todas las empresas del sector de la tecnología, ya que de lo contrario podrían producirse lagunas en el marco regulador y efectos contrarios a los deseados.

Por lo tanto, esta norma, cuyo fin es definir obligaciones y prohibiciones que los guardianes deben cumplir, se aplicará de forma complementaria al Derecho de la competencia tanto europeo como de los distintos Estados miembros. Aunque esta normativa representa un relevante paso hacia la regulación de los gigantes tecnológicos, también plantea importantes dilemas sobre como lograr el equilibrio adecuado entre innovación y regulación. No cabe duda de que la innovación tecnológica ha aportado enormes beneficios, pero también requiere una reflexión sobre la privacidad, la competencia y la equidad que ahora se abordan con mayor determinación. A medida que surgen tiendas de aplicaciones alternativas y se endurecen los deberes, el panorama de los servicios digitales puede sufrir importantes transformaciones.

No resuelve si es mejor un mercado digital con una o pocas plataformas o bien con muchas y de menor escala. Ello da mayor importancia al objetivo de establecer y

aplicar normas claras y diferenciadas. Si a todas las plataformas se les exige el mismo enfoque para el control de acceso, eso puede provocar una mayor estandarización y, potencialmente, dar lugar a un escenario *winner-takes-all*, o «el ganador se lo lleva todo», es decir, en el que la plataforma más grande domina el mercado y las plataformas más pequeñas tienen problemas para diferenciarse y sobrevivir. En última instancia, esto podría reducir la competencia entre los guardianes de acceso afectados por la Ley de Mercados Digitales en lo que respecta a los servicios básicos de plataforma. Es clave asentar una estrategia y unos fundamentos normativos que se consoliden, puesto que unas reglas en constante cambio, la introducción de conceptos jurídicos indefinidos o diferentes normativas concurrentes que puedan aplicarse potencialmente al mercado digital (a las plataformas) fomentarían la inseguridad jurídica y limitarían la innovación y las oportunidades de crecimiento.

Secció monogràfica

QÜESTIONS ACTUALS DEL DRET A L'HABITATGE

Presentació: habitatge digne. Entre la possibilitat i la realitat de polítiques habitacionals correctes

Aina Salom Parets
Professora titular de Dret Administratiu
Universitat de les Illes Balears

La crisi de l'oferta d'habitatges va posar en qüestió el model de desenvolupament intensiu de la propietat sobre aquests immobles. Així, entre 2013 i 2019, es va engegar un procés autonòmic que va tenir com a resultat l'aprovació d'un total d'onze lleis d'habitatge. La recent generació de lleis autonòmiques en aquesta matèria té molt present la necessitat de desenvolupar mecanismes per configurar plenament un dret subjectiu de les persones en estat de necessitat de gaudir d'un habitatge digne i adequat.

En aquest sentit, la Llei estatal 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge, s'aprovà amb el propòsit d'afrontar les complexitats que envolten aquest dret i va introduir reformes significatives en el marc del desnonament exprés en els supòsits d'ocupació il·legal. La nova Llei es dictà en el context d'una important preocupació per la seguretat jurídica dels propietaris i per la necessitat d'abordar la problemàtica de l'ocupació il·legal i, especialment, afrontà interrogants essencials sobre la justícia, la proporcionalitat i la salvaguarda dels drets fonamentals. Resulta evident que, a mesura que la societat s'enfronta a tensions entre la propietat privada i la demanda urgent d'habitatges assequibles, aquestes reformes es presenten com un punt d'inflexió en el marc legal que regula l'accés a l'habitatge i la protecció de la propietat.

En aquesta secció monogràfica s'analitzen les claus i les conseqüències derivades de les reformes operades en el marc de l'habitatge, des de quatre perspectives.

Els professors TRAYTER JIMÉNEZ i BASTÚS RUIZ analitzen algunes mesures urbanístiques que s'han adoptat amb la finalitat d'incrementar el parc públic d'habitatge, com, per exemple, la reserva de sòl o l'ús del dret de superfícies i la cessió d'ús. Es tracta d'un marc d'actuació que va en la línia de fomentar la necessària coordinació entre les polítiques de sòl i habitatge, tal i com estableix la nostra Constitució en l'article 47, quan proclama el dret de tots els espanyols a gaudir d'un

habitatge digne i adequat, i ordena als poders públics promoure les condicions necessàries i establir normes adequades per fer efectiu aquest dret.

En aquesta línia, la reserva de sòl pot facilitar l'accés a l'habitatge en assignar àrees específiques per al desenvolupament residencial; no obstant, depenent de com s'implementi aquesta mesura, la reserva de sòl podria tenir efectes no desitjats en el mercat immobiliari, com la distorsió de preus o la creació de desequilibris entre l'oferta i la demanda. També cal assenyalar que, per a la efectivitat de la mesura, caldrà reduir la burocràcia dels processos administratius, la qual cosa podria donar lloc a un retard en l'oferta d'habitatges.

Pel que fa a la cessió d'ús, ens trobem davant una mesura que permet un desenvolupament planificat i controlat d'àrees específiques, així com un ús eficient del sòl en assignar àrees per a fins específics, com residencial, comercial o industrial, segons les necessitats i polítiques locals. No obstant, caldrà evitar les pràctiques especulatives, on els propietaris o operadors econòmics cerquen obtenir cessions d'ús de sòl amb l'esperança de beneficiar-se d'augment en el valor de la seva propietat. En definitiva, les mesures que són objecte d'estudi plantegen avantatges en relació amb una planificació i desenvolupament controlats, però també planteja el desafiament de fer una bona gestió.

Per la seva part, la doctora LLODRÀ GRIMALT aprofundeix en la complexitat i els desafiaments legals associats amb la regulació dels contractes de lloguer, centrant-se especialment en els contextos de Catalunya i de les Illes Balears. De manera especial, en aquest treball s'exploren els límits de la competència autonòmica per regular àmbits connexos a la matèria de Dret civil propi. I és que resulta provat que les regulacions autonòmiques permeten adaptar la normativa a la realitat específica de cada àmbit territorial. Ara bé, la falta d'uniformitat pot generar desigualtat en el mercat immobiliari, així com que s'aprovin regulacions més estrictes que podrien dissuadir a alguns propietaris de posar propietats en lloguer, la qual cosa contribuiria a la falta d'habitatges de lloguer i a un augment dels preus. Conseqüentment, l'equilibri entre la protecció del llogater i la incentivació perquè els propietaris ofereixin habitatges de lloguer és fonamental per promoure un mercat de lloguer sostenible.

El professor LÓPEZ SIMÓ analitza la qüestió del desnonament exprés, la qual constitueix un focus de debat en la nostra societat. En aquest article l'autor analitza la redacció de la disposició final cinquena de la Llei 12/2023, i conclou que el procediment de desnonament exprés és de dubtosa constitucionalitat i que generarà un retard en l'obtenció de la resolució judicial que ordena el desnonament dels ocupants d'habitatges. No obstant, cal veure com s'articularà el procediment de

desnonament previst en la Llei a llarg termini, sobretot perquè un enfocament centrat en el desnonament ràpid pot no abordar les causes subjacents de l'ocupació il·legal, com la falta d'habitatge o la precarietat econòmica.

Finalment, el doctor RAMÓN RIBAS, analitza els aspectes legals, jurisprudencials i constitucionals del delicte de violació de domicili, en el context espanyol. L'autor entén que el domicili (en castellà, *moradas*) no s'ocupa, sinó que es viola, posant èmfasi en la naturalesa d'aquest delicte i la seva relació amb l'ocupació il·legal de propietats. L'autor, de manera molt encertada, explora la diferència entre casa habitada i *morada*. Aquesta darrera és un espai tancat i separat del món exterior on es desenvolupa la vida privada, no necessàriament de manera permanent. També s'analitza la qüestió de com es consideren les segones residències i l'habitabilitat dels habitatges.

Sembla convenient ressaltar que aquesta secció monogràfica ha volgut posar de relleu la importància de les polítiques que afecten el dret de l'habitatge. I en la línia dels treballs presentats, entenc que, entre les bones actuacions dels poders públics, es troba la necessitat d'incloure la participació ciutadana en la presa de decisions sobre polítiques d'habitatge. La participació ciutadana pot ajudar a identificar problemes específics i a desenvolupar estratègies efectives i, sobretot, adaptades a les necessitats de cada àmbit local. Igualment, és urgent abordar activament la discriminació a l'accés a l'habitatge, assegurant que totes les persones, independentment del seu origen ètnic, gènere, orientació sexual o qualsevol altra característica, tinguin igualtat d'oportunitats en el mercat de l'habitatge. En aquesta línia, també s'haurien d'establir programes d'assistència financera per a aquells que es troben en dificultats econòmiques temporals, per tal de garantir la seva estabilitat d'habitatge.

La vinculació del dret urbanístic i el dret a l'habitatge. Especial referència a la reserva de sòl en sòl urbà consolidat*

Joan Manuel Trayter Jiménez
Catedràtic de Dret Administratiu
Universitat de Girona

Berta Bastús Ruiz
Doctora en Dret Administratiu
Universitat de Barcelona

RESUM

El dret urbanístic constitueix una de les eines d'actuació més potents i necessàries a l'àmbit del dret a l'habitatge. Per aquest motiu, és important analitzar algunes de les mesures urbanístiques que s'utilitzen per incrementar el parc públic d'habitatge, com, per exemple, la reserva de sòl o l'ús del dret de superfície i la cessió d'ús. A més, també cal assenyalar la necessitat de coordinar els plans urbanístics i els plans del dret a l'habitatge i d'obtenir un ordenament jurídic segur i estable en la matèria.

Paraules clau: urbanisme, habitatge, reserva de sòl, planejament urbanístic.

RESUMEN

El Derecho urbanístico constituye una de las herramientas de actuación más potentes y necesarias en el ámbito de derecho a la vivienda. Por este motivo, es importante analizar algunas de las medidas urbanísticas que se utilizan para incrementar el parque público de vivienda, como, por ejemplo, la reserva de suelo o el uso del derecho de superficie y la cesión de uso. Además, cabe también señalar la necesidad de coordinar los planes urbanísticos y los planes del derecho de la vivienda, y de obtener un ordenamiento jurídico seguro y estable en la materia.

Palabras clave: urbanismo, vivienda, reserva de suelo, planeamiento urbanístico.

---

* Article sotmès a avaluació cega: 30.11.2023. Acceptació final: 13.12.2023.

ABSTRACT

One of the most powerful and necessary tools in the field of housing law is urban planning law. To increase the public housing stock, it is crucial to analyze some of the urban planning measures used such as, for example, the land reserve or the use of surface rights and the transfer of use. Furthermore, it is necessary to emphasize the importance of coordinating urban plans and plans for the right to housing and to obtain a safe and stable legal system in this matter.

Key words: town planning, housing, land reserves, urban planning.

SUMARI

I. Introducció. II. Mesures urbanístiques vinculades a la garantia i protecció del dret a l'habitatge. *1. La reserva de sòl com a mecanisme per incrementar el parc públic d'habitatge. 2. L'ús dels drets reals per garantir el dret a l'habitatge, en concret, el dret de superfície i la cessió d'ús.* **III. La importància de coordinar els plans urbanístics i els plans pel dret a l'habitatge. IV. Conclusions. V. Bibliografia.**

I. Introducció

Actualment, l'Estat espanyol disposa d'un dels parcs públics més baixos de tota la Unió Europea (2,5 % aproximadament en contraposició a la mitjana dels països membres de la Unió Europea, que se situa al voltant del 9,3 %). Tot i això, els ciutadans demandants d'habitatge no paren d'augmentar.

En aquest context, els poders públics, que estan obligats a promoure i garantir l'accés a un habitatge digne i adequat, han de regular mecanismes que permetin ampliar l'oferta d'habitatge públic o social.

Tradicionalment, l'urbanisme ha estat una de les eines que s'ha utilitzat per ampliar el parc públic o social d'habitatge. Així, a través de la figura de l'estàndard mínim urbanístic, el legislador obliga el planificador a protegir determinats sòls i reservar-los a un fi concret com, per exemple, la construcció d'habitatges públics o socials. No obstant això, recentment, a Catalunya, s'ha aprovat la reserva de sòl en sòl urbà consolidat, que afecta de manera directa l'estatut jurídic de la propietat i que requereix d'un estudi detallat.

Així, l'objecte d'aquest treball és examinar algunes de les mesures urbanístiques que s'utilitzen per incrementar el parc públic d'habitatge com, per exemple, la reserva de sòl en sòl urbà consolidat que s'ha aprovat al territori català o l'ús del dret de superfície i la cessió d'ús i apuntar, breument, els seus avantatges i desavantatges. A més, també s'assenyala la necessitat de coordinar el dret urbanístic i el dret a l'habitatge a través dels instruments de planificació corresponents.

Per una banda, el dret urbanístic constitueix una branca de l'ordenament jurídic administratiu que permet a les administracions públiques configurar el model urbanístic de la ciutat.[1] A través de la figura del plans urbanístics i dels plans territorials,[2] que són

---

[1] D'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem, l'urbanisme «constituye una función pública y no una expectativa privada» (sentències del TS d'1 de juliol de 1964, de 2 de maig de 1973 i de 29 de novembre de 1989, entre d'altres), ja que es desplega i s'exercita a través dels plans urbanístics corresponents i «posee la virtud de establecer y definir el estatuto del derecho de propiedad y que ostenta [...] la cualidad innovativa, constituyendo […] un gradual y coordinado sistema normativo, al que debe ajustarse el ejercicio de las facultades dominicales» (STS de 29 de novembre de 1969).

[2] El pla urbanístic es configura com l'element essencial de l'ordenació urbanística. A través dels plans urbanístics, l'Administració estableix l'ordenació del territori, classifica i qualifica els tipus de sòl i defineix el contingut del dret de propietat. Així ho assenyala, entre d'altres, la STS de 24 d'octubre de 1985: «Que el urbanismo, como normativa reguladora del uso del suelo, en modo alguno desconoce el derecho de propiedad privada, antes al contrario, lo presupone, porque en otro caso perdería relevancia la normativa ordenadora que comporta, sustituyéndose por una muy simple actuación administrativa sobre un suelo sustraído de la titularidad de los particulares; por tanto, en el urbanismo convergen la titularidad dominical privada del suelo, normalmente, con la decisión pública relativa al uso del mismo, determinando sus utilizaciones posibles, y no dependiendo tal uso de la sola conveniencia del propietario, como sucede en la normativa del Código Civil, y así, de los artículos 58, 76 y 87, entre otros, de la vigente Ley del Suelo, se infiere, inequívocamente, que la ordenación urbanística establece los límites de las facultades del dominio, límites que han de reputarse "normales" porque definen el contenido normal del derecho de propiedad; por otra parte, no sólo la Ley del Suelo respeta el derecho de propiedad privada en los términos dichos, sino que incluso, pese a que la regulación que el urbanismo supone tiene un marcado carácter público, como tendente a satisfacer fines sociales, no se veda la actividad de los particulares en la gestión urbanística». A més de l'anterior, els plans territorials estableixen la planificació econòmica i social i configuren la tècnica de coordinació entre els diferents poders públics i els particulars.

normes de rang reglamentari,[3] i que juntament amb la participació dels propietaris i de la resta d'operadors implicats, l'Administració classifica i qualifica el sòl del territori, a més d'establir les línies generals de planificació econòmica i social.

La vinculació del dret urbanístic i el dret a l'habitatge en el nostre ordenament jurídic és evident, doncs el mateix article 47 de la Constitució[4] —que recull el dret a un habitatge digne i adequat— assenyala que els poders públics han de fer efectiu aquest dret, «regularan la utilització del sòl d'acord amb l'interès general per tal d'impedir l'especulació».

Així ho preveuen també els estatuts d'autonomia de les diferents comunitats autònomes, donat que l'urbanisme —igual que el dret a l'habitatge— és una matèria de competència autonòmica (art. 149 de la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, o art. 22 de la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears).

Per tant, en l'ordenament jurídic urbanístic, s'ha de tenir en compte, a nivell estatal, el Reial decret legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre, que aprova el text refós de la Llei de sòl i rehabilitació urbana (en endavant, TRLS), i, a banda, la normativa desenvolupada i aprovada per les diverses comunitats autònomes.

En aquest sentit, l'Administració autonòmica ostenta la competència en matèria d'urbanisme i d'habitatge i, junt amb l'Administració municipal, és l'encarregada

---

[3] Així ho indica clarament el Tribunal Suprem en moltes de les seves sentències, entre d'altres, la de 24 d'abril de 1989 que diu: «los planes urbanísticos tienen el carácter de auténticas normas jurídicas, de normas reglamentarias en cuanto subordinadas a la ley de la que traen causa, las cuales se integran en el Ordenamiento de acuerdo con criterios jerárquicos en razón de su funcionalidad y ámbito territorial respectivo, de forma tal que el anterior no puede conculcar aquél del que trae causa».

[4] En el cas del dret a l'habitatge ens trobem davant un principi rector de la política social i econòmica. No obstant això, aquest dret constitueix un eix fonamental en el nostre ordenament jurídic. Per aquest motiu, molts autors consideren que, tot i la seva ubicació constitucional, el dret a l'habitatge genera conseqüències de caràcter normatiu que no poden obviar-se. Així ho assenyalen, entre d'altres, GARCÍA MACHO, R. J. *Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1982; i BASSOLS COMA, M. «Consideraciones sobre el derecho a la vivienda en la Constitución Española de 1978». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 85 (1983), p. 13-42.

d'ordenar i urbanitzar les ciutats, respectant en tot moment, tant els principis generals del dret aplicables al Dret administratiu[5] com els principis generals del dret urbanístic i, en especial, la configuració del dret de propietat com un dret estatutari, la participació de la comunitat en les plusvàlues i el repartiment equitatiu entre beneficis i càrregues.[6]

Finalment, a més d'aquests principis, el planificador ha de tenir en compte una sèrie de límits a l'hora d'elaborar i aprovar els diferents plans urbanístics que, d'acord amb ROMERO[7] poden classificar-se en tres categories: límits externs (com l'atribució de competències per a l'elaboració del pla i el procediment legalment establert, sota pena de nul·litat del pla),[8] límits interns (en base al principi de racionalitat o

---

[5] Això és, el principi d'interès general, el principi de separació de poders, el principi de legalitat i el principi de descentralització.

[6] Així ho indica el Tribunal Suprem en diverses sentències com, per exemple, la Sentència de 10 de febrer de 1987) que assenyala: «la presencia de las dos ideas maestras de nuestro ordenamiento urbanístico: una que viene a configurar el derecho de propiedad como un derecho estatutario, considerando las limitaciones impuestas como definidoras del contenido normal del dominio, y por ello, no legitimadora de pretensiones indemnizatorias; y otra, en compensación a la primera, atributiva a los afectados por la ordenación de un derecho a la distribución equitativa de los beneficios y cargas del planeamiento en los términos previstos en dicha Ley (Art. 87.1), instrumentando las indemnizaciones en los supuestos de restricciones o privaciones del aprovechamiento sólo cuando... no pueda ser objeto de distribución equitativa entre los interesados». O també la STS de 24 d'abril de 1989 que reconeix, d'igual manera, ambdós principis: «como tiene declarado el Tribunal Supremo […] el ordenamiento urbanístico se rige por dos principios esenciales: a) la configuración del derecho de propiedad como un derecho estatutario, y b) el reparto equitativo de los beneficios y cargas del planeamiento; principios que se desprenden de los arts. 14 y 33 de la Constitución».

[7] ROMERO REY, C. «Los límites a la potestad del planeamiento urbanístico». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 210 (2004), p. 11-48.

[8] El planificador ha de complir amb els aspectes procedimentals a l'hora d'elaborar i aprovar els plans urbanístics per evitar la nul·litat del pla per no respectar el procediment, per ometre algun dels tràmits essencials del mateix o per seguir un procediment més senzill que l'establert per la Llei (art. 47.1.e) de la Llei 39//2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques) donat que, d'acord amb la jurisprudència del Tribunal Suprem, la nul·litat de ple dret d'un pla comporta la nul·litat en cascada de tot el planejament derivat, així

proporcionalitat) i, per últim, límits heterogenis (el principi de jerarquia entre els plans,[9] la teoria de la «fuerza normativa de lo fáctico»[10] o els estàndards mínims urbanístics com, per exemple, la reserva de sòl per a la construcció d'habitatge de protecció oficial, així com les normes que resulten de directa aplicació).

Per altra banda, en relació amb el dret a l'habitatge, el mateix es troba regulat, a nivell estatal, en la Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge (en endavant, Llei estatal pel dret a l'habitatge), i, a més, per tota la normativa aprovada per cadascuna de les comunitats autònomes (per exemple, la Llei 5/2018, de 19 de juny, de l'habitatge de les Illes Balears, o la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge de Catalunya).

A més d'aquest desenvolupament normatiu, s'han de tenir en compte els plans d'habitatge que són l'instrument fonamental a través del qual es fan efectives les polítiques públiques d'habitatge, tant a nivell estatal, com autonòmic i local.[11]

I, finalment, és important assenyalar que en el nostre ordenament jurídic existeixen diferents tipologies d'habitatge públic o social. Així, la Llei estatal pel dret a l'habitatge, en l'article 3.f), estableix dues categories d'habitatge protegit (l'habitatge social i l'habitatge protegit de preu limitat) i, en l'article 3.g), l'habitatge assequible incentivat. No obstant l'anterior, i tal i com assenyala la mateixa Llei en l'article 16.1, en relació amb les tipologies d'habitatge anteriorment exposades, prevalen les classificacions establertes per la legislació i la normativa d'àmbit autonòmic o

---

com de tots els actes d'aplicació que es derivin del mateix amb efectes *ex tunc* (STS de 29 d'abril de 2021).

[9] Així ho indica, per exemple, la STS de 30 d'octubre de 1990: «resulta claro que aprobado definitivamente un Plan General, la vinculación al mismo de la Administración, impide aprobar Planes parciales que no se ajusten a aquél, siendo claro que si se aprobasen éstos en contradicción con el Plan General, los Planes estarían viciados de nulidad de pleno derecho».

[10] Es tracta d'una «consolidada doctrina jurisprudencial […] que defiende que la realidad no puede ser desconocida por el que crea la norma ni por el que la aplica, de tal forma que los terrenos urbanos deben ser considerados atendiendo a su misma situación, al constituir una realidad física sustraída a la esfera voluntarista de la Administración» (STS de 9 de febrer de 2012).

[11] SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.ª «El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social», en GONZÁLEZ RÍOS, I. (dir.). *Servicios de Interés General y Protección de los Usuarios (Educación, Sanidad, Servicios Sociales, Vivienda, Energía, Transportes y Comunicaciones Electrónicas)*. Madrid: Dykinson (2018), p. 181-224.

municipal. I, en conseqüència, el parc d'habitatge es caracteritza per la seva heterogeneïtat doncs en ell hi conviuen diferents tipus d'habitatges. A més, degut a la distribució competencial en matèria d'habitatge, és habitual trobar-se amb diferents denominacions per fer referència a la mateixa situació o amb diferents classificacions en matèria d'habitatge públic, doncs cada comunitat autònoma té competència per regular i impulsar la política d'habitatge corresponent.

En definitiva, podem definir el dret urbanístic com una de les eines d'actuació més potents i necessàries a l'àmbit del dret a l'habitatge. L'Administració pública, a través dels plans urbanístics ordena el territori, classifica i qualifica el sòl i estableix el règim de propietat del mateix. A més, també pot reservar determinats sòls per tal de garantir que siguin destinats a la construcció d'habitatge públic o social.

II. Mesures urbanístiques vinculades a la garantia i protecció del dret a l'habitatge

D'acord amb tot l'anterior, a continuació analitzarem algunes de les mesures urbanístiques que recull el nostre ordenament jurídic i que es troben directament vinculades amb la garantia i protecció del dret a l'habitatge, a saber:

1. La reserva de sòl com a estàndard mínim urbanístic i la reserva de sòl implantada en sòl urbà consolidat a l'àmbit de Catalunya.
2. L'ús dels drets reals per garantir el dret a l'habitatge, en concret, el dret de superfície i la cessió d'ús.

A més, també s'assenyalarà la importància d'obtenir un planejament urbanístic que estigui coordinat i alineat amb els plans d'habitatge.

1. La reserva de sòl com a mecanisme per incrementar el parc públic d'habitatge

Una de les mesures urbanístiques que, tradicionalment, el legislador ha tingut en compte a l'hora de promoure i impulsar la construcció d'habitatge públic o social (en especial, d'habitatge de protecció oficial) és la reserva de sòl.

En aquest sentit, a l'àmbit autonòmic català, arran de l'aprovació del Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge, podem distingir dos tipus de reserva de sòl:

a) Per una banda, la reserva de sòl tradicional que es recull en les lleis urbanístiques i que obliga el planificador a reservar un percentatge de sòl destinat a ús residencial per tal de destinar-lo a la construcció d'habitatges

de protecció oficial. Fins al moment, aquestes reserves s'han establert al sòl urbà no consolidat[12] i al sòl urbanitzable.[13]

b) I, per altra banda, la reserva de sòl en sòl urbà consolidat[14] introduïda pel Decret llei 17/2019 que afecta edificis plurifamiliars de nova construcció, encara que conservin algun element arquitectònic d'una edificació anterior, i edificis plurifamiliars existents ubicats en sòl urbà consolidat on es duguin a terme obres d'ampliació, de reforma general o de gran rehabilitació o obres d'ampliació o d'increment d'habitatges, quan aquestes actuacions tinguin la finalitat d'allotjar majoritàriament a nous residents.

Respecte a la reserva de sòl tradicional, ubicada pels plans urbanístics en sòl urbà no consolidat i en sòl urbanitzable, la mateixa queda configurada en el nostre ordenament jurídic com una eina urbanística que s'utilitza, entre d'altres coses, per destinar el sòl a la construcció d'habitatges públics o socials o per cobrir un altre tipus de necessitats socials que es requereixin com, per exemple, la construcció d'una escola pública o d'una zona verda.

En concret, les reserves de sòl destinades a la construcció d'habitatges fan referència a un percentatge d'edificabilitat d'habitatges i, normalment, responen a una limitació de preus, tant a les rendes del lloguer com al preu de venda. L'objectiu és fomentar la creació d'habitatge públic o social per garantir l'accés a l'habitatge de tota la població.

---

[12] D'acord amb l'article 31 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost (TRLUC), el sòl urbà no consolidat és aquell que està sotmès, pel planejament urbanístic general, a una actuació de transformació urbanística o aquell que no compleix les condicions per ser sòl urbà consolidat (o solar), és a dir: disposar dels serveis urbanístics bàsics, tenir assenyalades les línies i les rasants, ser susceptible de llicència immediata i no haver de cedir terrenys per destinar-los a carrers o vies per regularitzar les alineacions o completar la xarxa viària.

[13] D'acord amb l'article 33 TRLUC, el sòl urbanitzable és aquell que el pla d'ordenació urbanística municipal considera necessari i adequat per garantir el creixement de la població i de l'activitat econòmica i aquell que els plans directors urbanístics delimitin com a àrees residencials estratègiques o com a sectors d'interès supramunicipal en aquest tipus de sòl.

[14] D'acord amb l'article 30 TRLUC, el sòl urbà consolidat és aquell que té la condició de solar i aquell que, per obtenir la condició de solar, només li manca assenyalar les alineacions o les rasants o bé completar o acabar la urbanització, tant si han estat inclosos a un polígon d'actuació urbanística o a un sector subjecte a un pla de millora urbana o no.

Es tracta, per tant, d'un acte de naturalesa normativa ja que queda recollida en els plans urbanístics i constitueix una tècnica o un instrument que sorgeix de l'interès general. A més, aquestes reserves de sòl estan vinculades a una finalitat pública i, en el cas del dret a l'habitatge, constitueixen el pont entre els plans urbanístics i els plans pel dret a l'habitatge.

Així mateix, la tècnica que s'utilitza per establir aquestes reserves és l'estàndard mínim urbanístic que constitueix una «determinación obligatoria, que establece el legislador, limitando la discrecionalidad del planificador»[15] i, per tant, queda subjecta a una sèrie de pressupòsits, a saber: que vingui imposada per una norma amb rang de llei i que es determini el percentatge mínim que ha de cobrir la reserva.

En el cas de les reserves per obtenir habitatge públic o social, l'estàndard mínim urbanístic constitueix un límit per al destí i l'ús d'uns terrenys concrets. En aquest sentit, el legislador indica al planificador que un percentatge del sòl haurà d'anar destinat a la construcció d'habitatge públic i, per tant, haurà de tenir un ús específic en un espai concret.

Així, l'article 57.3 del text refós de la Llei d'urbanisme de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, diu: «els plans d'ordenació urbanística municipal i les seves modificacions i revisions han de reservar per a la construcció d'habitatges de protecció pública sòl suficient per al compliment dels objectius definits en la memòria social i, com a mínim, el sòl corresponent al 30 per cent del sostre que es qualifiqui per a l'ús residencial de nova implantació, destinats a la venda, al lloguer o a altres formes de cessió d'ús».[16]

---

[15] GÓMEZ-FERRER MORANT, R. «En torno a los estándares urbanísticos», en AA. VV. *Cincuentenario del Estatuto Municipal: estudios conmemorativos*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1975, p. 487-520. Sobre l'estàndard mínim urbanístic, GARCÍA DE ENTERRÍA i PAREJO ALFONSO ho defineixen com «una técnica de reducción de la discrecionalidad propia de la potestad de planeamiento a través de la fijación de unas reglas de fondo de carácter mínimo o máximo, que actúan como verdaderos límites legales a aquella potestad, y, por tanto, de las respectivas competencias asignadas a los distintos órganos. Su incumplimiento implica de suyo una manifiesta infracción de una norma con rango legal de Ley» (GARCÍA DE ENTERRÍA. E.; PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de derecho urbanístico: I*. Vol. I. Madrid: Ed. Civitas, 1979).

[16] També és important assenyalar que la Llei 3/2023, de 16 de març, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic per a l'any 2023, va introduir la disposició

No obstant, amb la introducció a Catalunya de la reserva de sòl en sòl urbà consolidat pel Decret llei 17/2019, aquest mecanisme ja no s'utilitza únicament en sòl urbà no consolidat o en sòl urbanitzable, sinó que afecta la ciutat ja construïda. En efecte, entre totes les mesures aprovades per aquest Decret llei, aquest modifica els apartats 6 i 7 de l'article 57 TRLUC per introduir la reserva en sòl urbà consolidat.

Així, les reserves de sòl poden preveure el destí total o parcial de l'edificació per a habitatges de protecció pública (art. 57.7 TRLUC). A més, el mateix article assenyala que «aquesta destinació afecta tant els edificis plurifamiliars de nova construcció, encara que conservin algun element arquitectònic d'una edificació anterior, com els edificis plurifamiliars existents en què es pretengui dur a terme obres d'ampliació, de reforma general o de gran rehabilitació, o obres d'ampliació o d'increment del nombre d'habitatges, quan les actuacions edificatòries esmentades tinguin per finalitat allotjar majoritàriament nous residents en els habitatges resultants no reservats a reubicació de reallotjats o a fer efectiu el dret de reallotjament d'anteriors residents o titulars». Per tant, la reserva mínima del 30 %[17] per construir habitatge protegit no va destinada, únicament, als edificis de nova construcció, sinó també a aquells edificis que realitzin obres d'ampliació, de reforma general o de gran rehabilitació.[18]

---

addicional vint-i-quatrena en el TRLUC relativa a la densitat de l'ús residencial en el sostre destinat a habitatge de protecció pública. D'acord amb l'apartat 1, en sòl urbà consolidat, el sòl qualificat d'habitatge de protecció pública d'acord amb les necessitats socials, el nombre màxim d'habitatges que es pot construir en una determinada parcel·la és el que resulti de dividir el sostre edificable per la ràtio de setanta metres quadrats.

[17] D'acord amb la disposició addicional sisena del Decret llei 17/2019, en els municipis integrats a l'àrea metropolitana de Barcelona, el percentatge per a les reserves destinades a la construcció d'habitatge públic o social serà del 40 % en sòl urbanitzable delimitat i en sectors de sòl urbà no consolidat que tinguin per objecte la transformació global dels usos principals a l'ús residencial. No obstant, aquest percentatge es pot reduir fins al 30 % quan no es pugui garantir la viabilitat economicofinancera de les actuacions. A més, la meitat de les reserves realitzades en aquests municipis hauran de ser destinades a règim de lloguer.

[18] Des del punt de vista de la tècnica jurídica, són conceptes jurídicament indeterminats ja que, tot i la seva aparença, només hi ha una única solució justa en la seva aplicació: o es porta a terme una gran rehabilitació o no; o les obres són d'ampliació o no. La conseqüència és que si l'Administració pública exigeix indegudament aquesta reserva, el jutge del contenciós

Respecte a aquest tipus de reserves en sòl urbà consolidat, hem de tenir en compte dues qüestions: en primer lloc, si es tracta d'una mesura que encaixa correctament en el nostre ordenament jurídic i, en segon lloc, si és una mesura adequada per garantir l'accés a l'habitatge. Sobre això, el Tribunal Constitucional, en la Sentència núm. 16/2021, de 28 de gener, ja va donar resposta a la primera pregunta i va considerar que les comunitats autònomes ostenten la competència adequada en matèria d'urbanisme per establir aquest tipus de reserves i, per tant, es tracta d'una mesura que té el seu degut encaix legal i que ha estat admesa i declarada constitucional.

Ara bé, tot i la declaració de constitucionalitat emesa pel Tribunal Constitucional, existeixen diferents qüestions relacionades amb la reserva en sòl urbà consolidat que ens permeten valorar si es tracta, o no, d'una mesura adequada i efectiva per millorar l'accés a l'habitatge,[19] a saber:

1. Es tracta d'una mesura que constitueix una càrrega per al propietari del sòl urbà consolidat, que ha de ser objecte d'indemnització i que, en conseqüència, deixa de ser un mecanisme gratuït per als poders públics. Així, si

---

administratiu podrà controlar aquesta decisió. En aquest sentit, TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. *Derecho administrativo. Parte General* (8a ed.). Barcelona: Editorial Atelier, 2023, p. 193 i s.

[19] Sobre aquesta qüestió: BASTÚS RUIZ, B. *Mecanismos para la ampliación del parque público de vivienda. El impacto de la Ley estatal por el derecho a la vivienda*. Barcelona: Editorial Atelier, 2023; CABEZA ESCOLAR, J. M. «Algunas consideraciones jurídicas sobre los deberes de reserva de suelo para vivienda de protección pública en la legislación urbanística a la luz de la jurisprudencia más reciente». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 351 (2022), p. 19-46; MARUGUERI SALAS, I. «Trabas y oportunidades del urbanismo para la promoción pública de viviendas. El Servicio público de alojamiento: más allá de las reservas de vivienda protegida». *Práctica Urbanística: Revista Mensual de Urbanismo*, núm. 151 (2018); PALMERO IGLESIAS, L. M.; MUÑOZ PÉREZ, D.; MARÍ FARINÓS, J. (2018). *Estudio especial de la reserva como técnica urbanística al servicio de la política de vivienda.* València: Editorial Universitaria Politècnica de València, 2018; PICAZO RUIZ, F. «Porcentajes de reserva de suelo para vivienda sometida a algún régimen de protección pública». *Ciudad y Territorio: estudios territoriales*, núm. Extra (2021), p. 217-238, i SERRANO BLANCO, I. (2022). «Reserva de viviendas de protección como estándar urbanístico. Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo 205 y 206 de 16 de febrero de 2021». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 353 (2022), p. 119-153.

l'Administració pública pretén seguir imposant aquest tipus de reserva a la ciutat ha de considerar que, arran del pronunciament judicial del Tribunal Constitucional,[20] el seu establiment deixa de ser un mecanisme gratuït i, per tant, s'ha de fixar el mecanisme d'indemnització corresponent per als afectats per les reserves de sòl imposades.

2. L'escassa utilitat d'aquest tipus de reserva a la pràctica i les conseqüències econòmiques al mercat. En efecte, la reserva en sòl urbà consolidat es va introduir per «atajar un problema creciente en la ciudad con la adopción de medidas más radicales de todas las que pueden observarse en otras ciudades europeas»,[21] disposant d'altres mesures menys invasives en l'estatut jurídic de la propietat. No obstant, a la ciutat de Barcelona, aquesta mesura només ha generat cinquanta-dos habitatges de protecció oficial des que es va aprovar a finals de l'any 2018.[22]
3. A banda de ser una mesura que no està donant els resultats esperats, està paralitzant la construcció de nous habitatges, així com també la rehabilitació del parc d'habitatge,[23] cada vegada més envellit. En aquest sentit, el sector de la promoció i la construcció d'habitatges assenyala que la mesura ha estat «un fracaso estrepitoso […] porque al impulsar la norma no se contó con la complicidad de los sectores productivos» i continua assenyalant que «no solo no ha aportado los pisos sociales que se esperaban, sino que está provocando

[20] La STC núm. 16/2021, de 28 de gener, en el fonament jurídic 8è assenyala: «Lo que impone la ley estatal es, cuando hayan de realizarse tales actividades, la equitativa distribución de beneficios y cargas [...] o, si ello no fuera posible, la indemnización de los perjuicios singulares ocasionados [...], y en todo caso el respeto a los derechos urbanístico patrimonializados conforme a la ley [...] bajo garantía de indemnización»; i afegeix que «sin perjuicio, claro está, de la eventual indemnización que pueda proceder como consecuencia de esa imposición, si se cumplen los requisitos legalmente establecidos para ello».

[21] BLÁZQUEZ ALONSO, N.; HERNÁNDEZ TORNIL, J. «La "crisis habitacional" en Barcelona: medidas urbanísticas para frenar la gentrificación». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 50 (2018), p. 104-109.

[22] APCE (2022). *L'habitatge i la seva importància econòmica i social* [arxiu PDF, recuperat de https://www.sogeviso.com/wp-content/uploads/2022/11/informe-apce-foment-lhabitatge-i-la-seva-importancia-economica-i-social-2022-18112022.pdf].

[23] *L'habitatge i la seva importància econòmica i social*, cit.

una paralización de la actividad constructora y, como hay demanda y menos pisos, los precios suben».[24]

4. També és necessari assenyalar que, en els propers anys, una sèrie de promocions d'habitatge de protecció oficial esgotaran la seva qualificació[25] com a habitatge protegit i, per tant, s'incorporaran al mercat lliure disminuint, d'aquesta manera, el parc d'habitatge públic o social. Així, les dades que mostra l'Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona són les següents: dels 72.501 habitatges protegits que hi havia a la demarcació de Barcelona a l'any 2021, únicament quedaran 36.470 al 2030, 18.830 al 2040, 17.390 al 2050 i, finalment, 9.928 al 2105.[26]
5. Les conseqüències econòmiques en el mercat de la promoció i la construcció d'habitatges, generades per la implantació de la reserva en sòl urbà consolidat, no han estat positives. El finançament i l'anàlisi dels riscos i la viabilitat del projecte són un aspecte clau en la promoció i construcció d'habitatges, especialment quan una part ha de destinar-se a habitatge protegit, amb el límit en els preus de venda i renda. En aquest cas, la imposició de la reserva en sòl urbà consolidat ha generat una fugida d'inversors cap a altres territoris que no disposen d'aquesta obligació.[27]
6. A més de tot l'anterior, i com veurem tot seguit, l'Administració està obviant altres tècniques urbanístiques per obtenir habitatge públic o social molt més

---

[24] SANS BARCELONA, S. «La reserva obligatoria del 30 % para pisos sociales en Barcelona aporta solo 52 viviendas en cuatro años». *La Vanguardia* (2022) [https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20221118/8612252/empresarios-constructores-lamentan-fracaso-estrepitoso-colau-vivienda-social.html].

[25] En aquest sentit, la normativa actual ha modificat la duració de la qualificació dels habitatges de protecció oficial i, amb l'aprovació del Decret llei 17/2019, no podran ser desqualificats aquells habitatges que s'ubiquin en sòl destinat a reserva o que estiguin integrats al patrimoni públic de sòl i habitatge.

[26] Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona (2022). *El parc d'habitatge protegit a la metròpoli de Barcelona: estoc existent i la seva evolució* [arxiu PDF, recuperat de https://www.ohb.cat/wp-content/uploads/2023/03/informe_HPO_OHB_ODESC.pdf].

[27] DE LA PUENTE GONZÁLEZ, J. (2023). *El 30 % de VPO en Barcelona deja la ciudad sin obra nueva y sin promotores* [https://plana-abogados.com/el-30-de-vpo-en-barcelona-deja-la-ciudad-sin-obra-nueva-y-sin-promotores/]; APCE. *Revista APCE – Habitatge*, núm. 141 (2022) [arxiu PDF, recuperat de https://apcebcn.cat/es/publicaciones/revista-apce-habitatge/].

respectuoses que la reserva amb els drets dels propietaris del sòl urbà consolidat com són el dret de superfície i la cessió d'ús.

2. L'ús dels drets reals per garantir el dret a l'habitatge, en concret, el dret de superfície i la cessió d'ús

Tant el dret de superfície com el dret d'ús (o cessió d'ús) són dos mecanismes que permeten construir habitatge sobre sòl públic, sense necessitat de responsabilitzar els propietaris del sòl urbà consolidat que van obtenir legalment els seus habitatges i que ja van realitzar les cessions urbanístiques corresponents.

En aquest sentit, el dret de superfície ha estat regulat tradicionalment per la legislació civil. En el cas de Catalunya, es troba regulat en els articles 564 i següents del Codi Civil català (en endavant, CCC) aprovat per la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè, relatiu als drets reals.

Es tracta d'un «dret real limitat sobre una finca aliena que atribueix temporalment la propietat separada de les construccions o de les plantacions que estiguin incloses [a la mateixa]» (art. 564-1 CCC). En conseqüència, el dret de superfície permet la separació de la propietat entre allò que es construeix i el terreny o sòl sobre el que s'ubica la construcció, que pot ser anterior o posterior a la constitució del dret de superfície.

A més, la legislació urbanística catalana també preveu el dret de superfície en l'article 171 TRLUC i permet constituir aquest dret en sòls públics o que integrin el patrimoni públic de sòl i habitatge. En aquest sentit, la Llei estatal pel dret a l'habitatge també promou, en l'article 28.1.b), l'atorgament de drets de superfície «a terceros para que edifiquen, rehabiliten y/o gestionen viviendas de parque público, siempre que quede garantizada la titularidad pública del suelo, mediante los correspondientes procedimientos que garanticen la transparencia y pública concurrencia en la concesión de estos derechos».

No obstant l'anterior, en el cas de Catalunya, el dret de superfície únicament està previst per a la modalitat d'equipaments comunitaris d'allotjament dotacional, que estan destinats a satisfer necessitats temporals d'habitació de les persones, en règim d'ús compartit de tots o una part dels elements de l'allotjament amb altres usuaris o en règim d'ús privatiu d'un habitatge complert (art. 3.j) i 18 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge de Catalunya). Per tant, la legislació en matèria d'habitatge limita l'ús del dret de superfície a una modalitat d'habitatge de caràcter temporal i subjecta a unes determinades condicions quan seria un mecanisme adequat per garantir el dret d'accedir a un habitatge digne, adequat i assequible.

Per altra banda, el dret d'ús (o la cessió d'ús) queda regulat en la secció segona del capítol II del títol VI CCC que el defineix com un dret real que permet als usuaris posseir i utilitzar un bé aliè en la forma establerta pel títol de constitució o, en el seu defecte, d'una manera suficient per atendre les necessitats que corresponguin (art. 562-6 CCC). La legislació catalana en matèria d'habitatge ja preveu la possibilitat d'accedir a habitatges de protecció oficial en règim de cessió d'ús, en especial quan es tracta d'habitatges promoguts en règim de propietat compartida (*cohousing*, a través de cooperatives d'habitatges, que obtenen el dret de superfície per part de l'Administració i cedeixen l'ús als usuaris).

En definitiva, es tracta de dues tècniques que la legislació en matèria d'urbanisme i habitatge podria fomentar i promoure en l'àmbit de l'habitatge. Així ho estan fent diferents ciutats del nostre entorn com, per exemple, el cas de Barcelona que, d'acord amb el Pla pel Dret a l'Habitatge 2016-2025, es preveu desenvolupar i construir, per part de l'Institut Municipal d'Habitatge, un total de 8.854 habitatges, dels quals un 20 % seran adjudicats a través del dret de superfície.[28]

III. La importància de coordinar els plans urbanístics i els plans pel dret a l'habitatge

A més de les mesures mencionades anteriorment, una altra qüestió important que permetria incrementar el parc públic d'habitatge és la creació d'un ordenament jurídic en la matèria que sigui clar i estable. Així, a banda de les lleis aplicables a la matèria i dels plans urbanístics, s'ha de tenir en compte una altra figura: els plans pel dret a l'habitatge. En efecte, aquests plans constitueixen un instrument que articula el dret a l'habitatge en el nostre ordenament jurídic. Es poden definir com «el instrumento fundamental en el que se hacen efectivas las políticas públicas al servicio del derecho a la vivienda […] existentes a un triple nivel (estatal, autonómico y local) y de alguna manera coordinados en sentido descendente».[29]

Els plans pel dret a l'habitatge són normes de caràcter reglamentari, de caràcter temporal (normalment, quatre anys) i que contenen les classes d'habitatges protegits

---

[28] Ajuntament de Barcelona. «Plan por el derecho a la vivienda de Barcelona, 2016-2025». *Qüestions d'Habitatge*, núm. 21 (2018) [arxiu PDF, recuperat de https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/qh21_h_esp.pdf].

[29] SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. «El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social», cit.

o socials existents i les ajudes públiques destinades a l'obtenció d'un habitatge digne, adequat i assequible. La competència per aprovar els plans urbanístics recau, fonamentalment, en les comunitats autònomes, tot i que l'Estat disposa d'una sèrie de títols competencials que li permeten aprovar els seus propis plans i destinar els seus propis recursos financers d'acord amb l'article 149.1.13è de la Constitució.

D'acord amb l'anterior, hauria d'existir una connexió i una col·laboració entre els plans per al dret a l'habitatge i els plans urbanístics, no només quant al contingut i a la vigència temporal,[30] sinó també pel que fa a la seva naturalesa jurídica, ja que són dues normes de rang reglamentari i haurien de desplegar els efectes corresponents.

D'aquesta manera, aquests dos tipus de plans haurien de conjugar-se per la consecució dels mateixos objectius per tal d'obtenir un sistema coherent i coordinat, a nivell territorial i a nivell institucional, en les actuacions públiques d'habitatge i urbanisme.[31]

En aquest sentit, el Pla Territorial Sectorial de l'Habitatge constitueix un dels mecanismes més adequats per aconseguir aquesta coordinació entre el dret urbanístic i el dret a l'habitatge ja que és un pla que estructura el territori i concreta les «infraestructuras, distribución de asentamientos y actividades productivas y coordina las acciones de los poderes públicos»[32] i, al tractar-se d'un Pla Territorial Sectorial, s'aplica a tot el territori autonòmic i fa referència a un sector concret, en aquest cas, al de la protecció, garantia i promoció del dret a l'habitatge.

IV. Conclusions

Un dels problemes existents en el sector de l'habitatge i en la regulació del dret a l'habitatge és, sense dubte, l'escassa oferta d'habitatge públic que hi ha en l'actualitat en contraposició a l'alta demanda per part de la població, que no deixa d'augmentar.

---

[30] VAQUER CABALLERÍA, M. «Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja». *Revista de Estudios de la Administración Local*, núm. 7 (2017), p. 70.

[31] GIFREU I FONT, J. «La incorporación de las políticas de vivienda a la planificación urbanística: transversalidad, sostenibilidad, justicia social y enfoque territorial», en CERDEIRA PÉREZ, J. A.; DOMÍNGUEZ BLANCO, J. M.ª; VALENZUELA RODRÍGUEZ, M.ª J. (coords.). *Urbanismo: retos y oportunidades*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, p. 281-307.

[32] TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. *Derecho Urbanístico de Cataluña*. Barcelona: Editorial Atelier, 2021, p. 121.

El dret urbanístic constitueix una de les eines d'actuació més potents i necessàries a l'àmbit del dret a l'habitatge. L'Administració pública, a través dels plans urbanístics ordena el territori, classifica i qualifica el sòl i estableix el règim de propietat del mateix. Els poders públics, d'acord amb la Constitució i amb els diferents estatuts d'autonomia, han de fer efectiu el dret a l'habitatge regulant la utilització del sòl vetllant per l'interès general i impedint l'especulació.

Existeixen diferents mesures urbanístiques vinculades a la protecció i garantia del dret a l'habitatge com, per exemple, la reserva de sòl o l'ús de drets reals per garantir el dret a l'habitatge, en concret, el dret de superfície i la cessió del dret d'ús.

Respecte a les reserves de sòl, a l'àmbit urbanístic català, arran de l'aprovació del Decret llei 17/2019, podem distingir dos tipus de reserva de sòl: per una banda, la reserva de sòl tradicional que s'estableix en sòl urbà no consolidat i en sòl urbanitzable; i, per altra banda, la reserva de sòl en sòl urbà consolidat que afecta la ciutat ja construïda.

En relació amb la reserva de sòl tradicional, és una eina urbanística que s'utilitza, entre d'altres coses, per destinar el sòl a la construcció d'habitatges públics o socials o per cobrir un altre tipus de necessitats socials que es requereixin com, per exemple, la construcció d'una escola pública o d'una zona verda. Aquesta reserva es preveu en els plans urbanístics corresponents en sòl urbà no consolidat i en sòl urbanitzable, és a dir, en els sòls destinats al futur creixement de la ciutat.

En contraposició, la reserva de sòl en sòl urbà consolidat afecta tant els edificis plurifamiliars de nova construcció com els edificis plurifamiliars existents que duguin a terme obres d'ampliació, de reforma general o de gran rehabilitació, o obres d'ampliació o d'increment del nombre d'habitatges, quan tinguin per finalitat allotjar majoritàriament nous residents. És a dir, és una reserva que afecta la ciutat ja construïda i que es configura com una càrrega per al propietari del sòl urbà consolidat, que ha de ser objecte d'indemnització, d'acord amb la Sentència del Tribunal Constitucional 16/2021.

A més, es tracta d'una mesura urbanística que, tot i haver estat validada pel Tribunal Constitucional, no ha resultat efectiva en la pràctica. Tot el contrari. A través d'aquesta reserva, només s'han construït cinquanta-dos habitatges en els últims cinc anys i, a més, la seva implantació ha suposat una fugida dels inversors en el sector de la promoció i la construcció cap a altres territoris lliures d'aquesta imposició.

L'Administració pública està obviant altres tècniques urbanístiques per obtenir habitatge públic o social que són molt més respectuoses que la reserva amb els drets dels propietaris del sòl urbà consolidat, com són el dret de superfície i la cessió d'ús.

En efecte, es tracta de dues tècniques que la legislació en matèria d'urbanisme i habitatge podria fomentar i promoure en l'àmbit de l'habitatge, com ja han fet algunes ciutats del nostre entorn.

A més de tot l'anterior, és indispensable obtenir un ordenament jurídic clar, estable i segur en matèria d'habitatge. Així, en relació amb el dret urbanístic, hauria d'existir una connexió i una col·laboració entre els plans pel dret a l'habitatge i els plans urbanístics per tal d'obtenir un sistema coherent i coordinat, a nivell territorial i a nivell institucional, en les actuacions públiques d'habitatge i urbanisme.

En aquest sentit, el Pla Territorial Sectorial de l'Habitatge constitueix un dels mecanismes més adequats per aconseguir aquesta coordinació ja que s'aplica a tot el territori autonòmic de Catalunya i fa referència a un sector concret, en aquest cas, al de la protecció, la garantia i la promoció del dret a l'habitatge.

V. Bibliografia

Ajuntament de Barcelona. «Plan por el derecho a la vivienda de Barcelona, 2016-2025». *Qüestions d'Habitatge*, núm. 21 (2018) [arxiu PDF. recuperat de https://www.habitatge.barcelona/sites/default/files/qh21_h_esp.pdf].

APCE (2022). *L'habitatge i la seva importància econòmica i social* [arxiu PDF, recuperat de https://www.sogeviso.com/wp-content/uploads/2022/11/informe-apce-foment-lhabitatge-i-la-se va-importancia-economica-i-social-2022-18112022.pdf].

APCE. *Revista APCE – Habitatge*, núm. 141 (2022) [arxiu PDF, recuperat de https://apcebcn.cat/es/publicaciones/revista-apce-habitatge/].

BLÁZQUEZ ALONSO, N.; HERNÁNDEZ TORNIL, J. «La "crisis habitacional" en Barcelona: medidas urbanísticas para frenar la gentrificación». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 50 (2018), p. 104-109.

DE LA PUENTE GONZÁLEZ, J. (2023). *El 30 % de VPO en Barcelona deja la ciudad sin obra nueva y sin promotores* [https://plana-abogados.com/el-30-de-vpo-en-barcelona-deja-la-ciudad-sin-obra-nueva-y-sin-promotores/].

GARCÍA DE ENTERRÍA. E.; PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de derecho urbanístico: I.* Vol. I. Madrid: Ed. Civitas, 1979.

GIFREU I FONT, J. «La incorporación de las políticas de vivienda a la planificación urbanística: transversalidad, sostenibilidad, justicia social y enfoque territorial», en CERDEIRA PÉREZ, J. A.; DOMÍNGUEZ BLANCO, J. M.ª; VALENZUELA RODRÍGUEZ, M.ª J. (coords.). *Urbanismo: retos y oportunidades*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, (p. 281-307).

GÓMEZ-FERRER MORANT, R. «En torno a los estándares urbanísticos», en AA. VV. *Cincuentenario del Estatuto Municipal: estudios conmemorativos*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1975, p. 487-520.

Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona. (2022). *El parc d'habitatge protegit a la metròpoli de Barcelona: estoc existent i la seva evolució* [arxiu PDF, recuperat de https://www.ohb.cat/wp-content/uploads/2023/03/informe_HPO_ OHB_ ODESC.pdf].

ROMERO REY, C. «Los límites a la potestad del planeamiento urbanístico». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, Año núm. 38, núm. 210 (2004), p. 11-48.

SANS BARCELONA, S. «La reserva obligatoria del 30 % para pisos sociales en Barcelona aporta solo 52 viviendas en cuatro años». *La Vanguardia (2022)* [https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20221118/8612252/empresarios-constructores-lamentan-fracaso-estrepitoso-colau-vivienda-social.html].

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.ª «El derecho a la vivienda y su garantía pública: entre el servicio público y la protección social», en GONZÁLEZ RÍOS, I. (dir.). *Servicios de Interés General y Protección de los Usuarios (Educación, Sanidad, Servicios Sociales, Vivienda, Energía, Transportes y Comunicaciones Electrónicas).* Madrid: Dykinson, 2018, p. 181-224.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M. *Derecho administrativo. Parte General* (8a ed.). Barcelona: Editorial Atelier, 2023, p. 193 i s.

– *Derecho Urbanístico de Cataluña* (11a ed.). Barcelona: Editorial Atelier, 2023.

VAQUER CABALLERÍA, M. «Planes urbanísticos y planes de vivienda: la extraña pareja». *Revista de Estudios de la Administración Local,* núm. 7 (2017), p. 70.

Dret civil propi i regulació del contracte de lloguer d'habitatge permanent*

Francesca Llodrà Grimalt
Professora titular de Dret Civil
Universitat de les Illes Balears

RESUM

Aquest estudi proposa analitzar la viabilitat de la intervenció normativa autonòmica en matèria de contracte de lloguer d'habitatge permanent. En primer lloc, se suggereix una anàlisi de la qüestió des de dues opcions: per una banda, valorant la viabilitat de la regulació autonòmica del contracte de lloguer des del desenvolupament del Dret civil propi i, per una altra banda, analitzant-la des de les competències que conformen el Dret privat autonòmic «no foral». En segon lloc, ens apropam al panorama normatiu autonòmic relatiu al contracte de lloguer observant panoràmicament el cas de Catalunya. En matèria d'arrendaments urbans, haurem de cercar la connexió amb el Dret civil propi: la regulació autonòmica no pot incidir en les «bases de les obligacions contractuals». Finalment, el treball conclou sobre la idea de «connexió» i de «bases de les obligacions contractuals» en relació directa amb les Illes Balears.

Paraules clau: competència legislativa, contracte de lloguer, habitatge, Dret civil propi.

RESUMEN

Este estudio propone analizar la viabilidad de la intervención normativa autonómica en materia de contrato de alquiler de vivienda permanente. En primer lugar, se sugiere un análisis de la cuestión desde dos propuestas: por un lado, valorando la viabilidad de la regulación autonómica del contrato de alquiler desde el desarrollo del Derecho civil propio y, por otra parte, analizándola desde las competencias que conforman el Derecho privado autonómico «no foral». En segundo lugar, nos acercamos al panorama normativo autonómico relativo al contrato de alquiler observando panorámicamente el caso de Cataluña. En materia de arrendamientos urbanos, deberemos buscar la conexión con el Derecho civil propio: la regulación autonómica no podrá incidir en las «bases de las obligaciones contractuales». Finalmente, el trabajo concluye con la idea de «conexión» y de «bases de las obligaciones contractuales» puestas en relación con el caso de las Islas Baleares.

Palabras clave: competencia legislativa, contrato de arrendamiento, vivienda, Derecho civil propio.

---

* Article sotmès a avaluació cega: 07.12.2023. Acceptació final: 13.12.2023.

ABSTRACT

This study proposes to analyse the feasibility of regional regulatory intervention in the field of permanent rental contracts. First, it suggests an analysis of this question from two points of views. On the one hand, evaluating the viability of the autonomous regulation of the rental contract from the perspective of the private law of the Balearic Islands. On the other hand, analysing it from the perspective of the competences of regional private law. Secondly, we approach the regional regulatory framework regarding the rental contract by slightly observing the case of Catalonia. In matters of urban renting, we will have to look for the connection with our own civil law and, despite the connection, regional regulation cannot affect the «basis of contractual obligations». Finally, the article concludes analyzing the relationship between the idea of «connection» and «basis of contractual obligations» in the case of the Balearic Islands.

Key words: legislative competence, rental contract, housing, balearic private law.

SUMARI

I. Preliminar. II. Viabilitat d'una regulació autonòmica en matèria de contracte de lloguer d'habitatge permanent. *1. Actuació a partir del desenvolupament del Dret civil propi. A. La primera cara del prisma: la competència estatal exclusiva en «legislació civil». B. La segona cara del prisma: el significat de la competència autonòmica per desenvolupar el Dret civil propi. C. La tercera cara del prisma: la competència exclusiva de l'Estat («En todo caso») i el significat de les «bases de les obligacions contractuals». 2. Actuació en matèria de Dret civil autonòmic. A. El Dret civil autonòmic «no foral». B. Punts de fuga. a) Primer punt de fuga: la unitat de mercat. b) Segon punt de fuga: la trajectòria legislativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears.* **III. Aproximació a la competència i regulació autonòmica del contracte de lloguer des de l'observació del cas català.** *1. Aproximació al panorama normatiu. 2. Aproximació a la situació competencial.* **IV. Adaptació de les conclusions competencials precedents al Dret civil balear.** *1. La connexió. 2. Les bases contractuals estatals.*

I. Preliminar

L'interès pel contracte de lloguer es basa en el fet que és un títol que impacta sobre l'habitatge, i el dret a l'habitatge és un dret reconegut en textos fundacionals i

estatutaris. Per això, cada dia es percep més la necessitat d'una regulació del contracte de lloguer adaptada a la idiosincràsia del territori insular.

Aquesta necessitat ara es troba enfrontada a la STC 57/2022, de 7 d'abril, que va considerar inconstitucional qualsevol regulació autonòmica de l'arrendament urbà d'habitatge habitual, a partir de la valoració que dita regulació envaeix les competències civils, reservades a l'Estat, amb la fórmula oberta de «bases de les obligacions contractuals» de l'article 149.1.8a CE.

És aquesta situació la que ens impulsa a estudiar la viabilitat actual de les intervencions normatives autonòmiques en matèria de contracte de lloguer d'habitatge permanent, amb el *leitmotiv*, però, que s'ha d'intentar pensar en com anar més enllà d'un marc normatiu que, per la seva rigidesa, acabi fent del dret a l'habitatge una quimera.

II. Viabilitat d'una regulació autonòmica en matèria de contracte de lloguer d'habitatge permanent

1. Actuació a partir del desenvolupament del Dret civil propi

Partim, com a primera opció, de la possibilitat de legislar en matèria de contracte de lloguer d'immobles urbans, des del seu tractament com a matèria civil. La Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans (LAU), es dicta a l'empara normatiu de la competència en «legislació civil» com a competència exclusiva, però no excloent, de l'Estat.

El marc competencial, en matèria de Dret civil, ens du a l'estudi del prisma triangular que es crea en l'article 149.1.8a CE.

A. La primera cara del prisma: la competència estatal exclusiva en «legislació civil»

Des d'aquesta cara, es tractaria d'esbrinar si la regulació del contracte de lloguer de la LAU que, com hem dit, és legislació civil (DF 1a LAU), és aplicable directament a tot l'Estat —com a competència exclusiva d'aquest— o només és d'aplicació directa en allò que sigui determinat com a «bases de les obligacions contractuals» (si és que la Llei en contengués) i, per tant, en la resta, la legislació estatal es només supletòria i assumible, en conseqüència, per les comunitats autònomes amb Dret civil propi. De manera que, hi hauria lloc a la regulació, en desenvolupament del Dret civil propi (art. 30.27 EAIB), d'un contracte de lloguer autonòmic.

El llistat de matèries reservades a l'Estat «En todo caso» ha estat considerat, des de la concepció «federal»,[1] com l'únic límit a la competència autonòmica en desenvolupament civil. En sentit contrari, hi ha la consideració que les matèries que «En todo caso» corresponen a l'Estat no són una excepció a la regla del Dret civil autonòmic o propi, sinó una excepció a l'excepció.[2] Això vol dir que l'article 149.1.8a CE defineix[3] les competències exclusives de l'Estat i, sistemàticament, aquesta segona proposició d'aquest mateix article CE («En todo caso») corrobora la competència exclusiva de l'Estat en matèria de Dret civil, *latu sensu*, que és primària i una regla.

---

[1] A la teoria federal s'hi arribaria constatant que la competència en *desarrolla* el Dret civil té com a únic límit constitucional les competències exclusives de l'Estat en relació amb les matèries que «En todo caso» li pertanyen (art. 149.1.8a CE), entenent que la tesi de la connexió del TC (sentències 88/1993, de 12 de març, i 156/1993, de 6 de maig) és progressiva i no té altre límit potencial que la llista de matèries de l'article 149.1.8a CE que «En todo caso» són competència de l'Estat. El desenvolupament es refereix als «drets civils, forals o especials» com a àmbit de competència normativa. A més, la tesi de la connexió deixaria al marge la potencial connexió indefinida de les institucions civils quan és aquesta la que justifica la clàusula de salvaguarda inclosa en els termes «en tot cas» de l'article 149.1.8a CE. Veure, en tot, BADOSA COLL, F. «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret civil». *Iuris: Quaderns de política jurídica*, núm. 1 (1994), p. 11-36 (cit. p. 4); i DELGADO ECHEVERRIA, J. «La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán». *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*, Barcelona, 1980, p. 40.

[2] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales», en SOROETA LICERAS, J. *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2019*. València: Tirant lo Blanch, 2021, p. 21-79 (cit. p. 41).

[3] Respecte a aquest precepte, en general, veure BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil», en MORENO CATENA, V. *Constitución y derecho público: estudios en homenaje a Santiago Varela*. València: Tirant lo Blanch, 1995, p. 17-54; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ARÉVALO, F. «La materia civil desde el punto de vista competencial: algunas precisiones». *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1 (1983), i GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema Autonómico». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 5 (maig-agost 1982).

B. La segona cara del prisma: el significat de la competència autonòmica per desenvolupar el Dret civil propi

La diferència de formulació o presentació de la competència en Dret civil pel seu objecte («matèria civil» —art. 129 de la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, en endavant EAC—) o per la modalitat d'exercir-se (art. 30.27 EAIB), no varia el contingut de la competència originada en l'article 149.1.8a CE. El TC no dona rellevància a la manera de presentar o formular, dins l'àmbit estatutari, la competència generada en dit precepte constitucional, en reconeixement d'una situació prèvia a la CE (STC 31/2010, de 28 de juny: «el hecho de que el art. 129 EAC no se refiera expresamente a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil no perjudica [...] a la prescripción del primer inciso del art. 149.1.8 CE»). Tanmateix, hi ha però una obertura[4] a favor del tractament diferenciat dels drets civil propis en funció de la fórmula d'assumpció de la competència en matèria civil, especialment, una vegada que el TC ha validat la constitucionalitat de les diferents diccions normatives, diferències que no poden ser irrellevants. A partir d'això, alguns autors[5] parlen d'un caràcter asimètric de les competències civils de les comunitats autònomes per superar la concepció de «desenvolupament», quan una comunitat autònoma ha superat aquesta terminologia en el seu estatut d'autonomia i només parla de «matèria civil».[6]

---

[4] Recull aquesta informació, VAQUER ALOY, A. «La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales». BAYOD LÓPEZ, M. del C. (coord.). *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después.* València: Tirant lo Blanch, 2019, p. 47-79 (cit. p. 58, 59 i 65).

[5] La presentació de la competència segons la modalitat d'exercir-se («conservació...») provoca que les limitacions ja es trobin en el mateix exercici. Veure BADOSA COLL, F. «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret civil», cit., p. 11-36, i, del mateix autor «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya». *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 8 (2007).

[6] La STC 37/2022, de 10 de març, diu: «En coherencia, el art. 129 EAC contempla la competencia exclusiva de la Generalitat en materia de Derecho civil, "con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado"». Veure, també, VAQUER ALOY, A. «Los conceptos "conservación", "modificación", y "desarrollo" del art. 149.1.8ª de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 2 (1994).

Mantenint la línia constitucional que és indiferent la manera com s'assumeixi la competència, perquè la mateixa queda delimitada, per igual, a partir de l'article 149.1.8a CE, ens centram en el significat del terme *desarrollo* (art. 149.1.8a CE i 30.27 EAIB).

Aquest concepte s'ha entès, majoritàriament,[7] com la possibilitat de les comunitats autònomes, que havien assumit la competència corresponent, de poder modificar la regulació de les seves institucions ja existents i de poder regular institucions noves, no de forma il·limitada, sinó connexa (STC 88/1993 i 156/1993),[8] amb les ja regulades i dins dels principis que informen el Dret propi.[9]

A l'hora de concretar la «connexió» es requereix la identificació de la «base de suport» o punt de partida, la qual cosa s'entén amb generositat, en les STC[10] dels anys 90 del segle XX, ja que, senzillament, són les grans divisions sistemàtiques (llibres, títols, capítols) de les compilacions. En definitiva, és suficient una connexió amb el sistema.

---

[7] Veure COCA PAYERAS, M. «Conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 88, 156 y 226 de 1993)». *Revista Jurídica de Cataluña,* núm. 2 (1994), p. 163-170 (cit. p. 167). Ara bé, la teoria de les «institucions connexes» és qualificada de concepció «foral residual», pel que fa als significats possibles de l'article 149.1.8a CE, per part de XIOL RÍOS, J. A. «La competència en Dret civil en el segle XXI», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona: Documenta Universitaria, 2021, p. 17-52 (cit. p. 21). Aquest considera que, enfront a la concepció «foral residual», la denominada, per ell, «històrico-foral», vincularia l'àmbit del Dret civil propi a la rellevància històrica que aquests drets tingueren en el territori, encara que no estassin vigents en el moment de l'entrada en vigor de la Constitució. Aquesta posició, no majoritària, superaria l'assimilació del «allí donde existan» (art. 149.1.8a CE) amb el «así como existan» (perquè es refereix a una vigència històrica amb substantivitat pròpia del Dret foral com a dret, no merament consuetudinari), però no arribaria a una idea federal del Dret civil.

[8] La STC 88/1993 diu: «instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral».

[9] La STC 95/2017, de 6 de juliol, diu: «incluso innovando el Derecho civil catalán existente al tiempo de promulgarse la Constitución, [...] pero será imprescindible que esa regulación innovadora presente una conexión con dicho Derecho civil [...] pues es la garantía de este ordenamiento jurídico y no otra cosa la ratio de la singularidad civil [...] del artículo 149.1.8 CE».

[10] La STC 156/1993 diu: «La regulación de las sucesiones —y, dentro de ella, de la sucesión testada— forma parte principalísima del Derecho civil propio de las islas Baleares».

L'evolució posterior d'aquesta doctrina ha intensificat els requisits i les circumstàncies de la connexió. Es parla de «connexió suficient» (STC 41/2018, de 26 d'abril: «conexión suficiente con institutos jurídicos ya disciplinados en aquélla o en otras normas integrantes del propio ordenamiento civil») i de vigència (de la institució, del costum o del principi amb què connectar) en el moment de l'entrada en vigor de la CE (STC 95/2017: «pues la ratio de esta atribución competencial a las Comunidades Autónomas es la garantía del Derecho civil especial o foral que rigiera en su territorio en aquel momento». I STC 133/2017, de 16 de novembre: «la Comunidad Autónoma pueda identificar una costumbre asentada en su Derecho civil, efectivamente existente en su territorio ya en 1978 y subsistente en el momento de la aprobación de la ley»).

C. La tercera cara del prisma: la competència exclusiva de l'Estat («En todo caso») i el significat de les «bases de les obligacions contractuals»

Arribats aquí, acceptam que, encara que s'adoptés la concepció denominada «federal» en relació amb la comprensió de l'article 149.1.8a CE (la qual supera la necessitat de «connexió»), haurem de reconèixer que el Dret civil propi està vinculat al manteniment en mans de l'Estat de certes competències que s'estimen bàsiques en la matèria. Essent així, la competència de les comunitats autònomes podria acabar xocant amb la competència exclusiva, o «En todo caso», que té l'Estat sobre les «bases de les obligacions contractuals». Aquestes «bases», inicialment, semblava que era una competència molt restringida en l'esfera del Dret civil material; limitada, en l'àmbit contractual, a l'establiment de normes de caràcter bàsic.[11] Tanmateix, amb el temps, s'ha anat evidenciant com un concepte líquid, cada vegada més expansiu.

La no delimitació clara del concepte «bases» es trasllada en la consideració de les mateixes com a «principis o criteris bàsics» que es dedueixen de la legislació preconstitucional pel que fa a «obligacions contractuals».[12] En aquest sentit, la STC 132/2019, de 13 de novembre, conclou qualificant-les de «normativa bàsica», com: «aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones *inter partes* y en la economía interna de los contratos, comprobando, por

[11] La STC 124/2003, de 19 de juny, recorda que (STC 264/1993): «sólo constituirán un límite [...] las [...] reglamentaciones de ámbito estatal aseguradoras de la unidad de mercado».

[12] Veure ESPIAU ESPIAU, S. «La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 14 (2000), p. 85, nota 73.

ejemplo, [...] si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal».

Afegeix la STC 132/2019 que «les bases» poden comprendre la regulació de cada tipus contractual «en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece». Però, no per això, el paràmetre de control no es limitarà a la regulació d'aquests contractes en el Codi civil, «sino únicamente [a] sus elementos esenciales», la qual cosa no és poca cosa ja que, «al carecer esta normativa de la condición formal de básica» es fa necessari «obtener la formulación de las bases mediante el ejercicio del *ars inveniendi* en el plano de los principios, por medio de un método que se ajuste a la jurisprudencia constitucional sobre el concepto».

En conclusió,[13] el TC s'inclina per aplicar, al concepte de «bases de les obligacions contractuals», el significat propi de la distinció entre legislació bàsica i legislació de desenvolupament. La normativa autonòmica en matèria d'obligacions contractuals vendria a ser la dictada en desenvolupament de la «legislació estatal».[14] En conseqüència, l'Estat té competències per dictar normes no bàsiques aplicables a les comunitats autònomes que no tinguin competència en la matèria i, a més, les normes bàsiques són d'aplicabilitat directa, la qual cosa no impedeix el seu possible desenvolupament autonòmic.

Davant d'aquesta abstracció expansiva del concepte «bases», el vot particular (de Xiol Ríos i Balaguer Callejón) en la STC 13/2019, de 31 de gener, avisa de les finalitats que es pretenen aconseguir: «La sola identificación de que la regulación de derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas implica regular las bases de las obligaciones contractuales es una aporía jurídica en el seno del articulo 149.1.8 CE».

Ara bé, des d'una lectura positiva, no hi ha dubte que, una vegada transmutada en «legislación básica estatal» la idea de «bases de les obligacions contractuals», hi

---

[13] XIOL RÍOS, J. A. «La competencia en Dret civil en el segle XXI», cit., p. 50-52; i, del mateix autor, «Reflexiones sobre la competencia en Derecho civil en el siglo XXI», en BAYOD LÓPEZ, M. del C. (coord.). *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después*, ob. cit., p. 207-226.

[14] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales», cit., p. 38.

ha comunitats autònomes que tenen competència per legislar en matèria contractual.[15]

Tanmateix, s'haurà de complir el requisit de la connexió suficient. Per tant, si la institució és connexa, la regulació civil autonòmica podrà ser distinta del tipus contractual equivalent en el Codi civil, la qual cosa no atemptarà contra les «bases de les obligacions contractuals».[16]

La STC 132/2019, de 13 de novembre, facilita la connexió: «la Compilación se ocupó de los contratos de compraventa y permuta en aquellos aspectos que diferenciaban especialmente el Derecho civil catalán del Derecho común».

Així, el fet de vincular el desenvolupament del Dret civil autonòmic al Dret postconstitucional (novetat respecte a la doctrina de la «connexió suficient») sumat al fet de la dèbil exigència de connexió entre la nova legislació i l'actual obrin la potencial extensió a les comunitats autònomes amb Dret civil propi.

Continua la STC 132/2019: «se aprecia la existencia de numerosas y variadas normas que contemplan algún tipo de mandato o encargo [...] Como puede observarse la proximidad con el contrato de mandato de todas estas normas de la Compilación y del posterior Código civil de Cataluña [...] permite establecer la conexión necesaria».

A tall d'exemple, la seqüència «*albaceazgo* / mandat / contractual / compravenda» (de la STC 132/2019) es pot traslladar a una altra seqüència, fins i tot més lògica: «pacte successori / contractual / compravenda».

Tancam, idò, amb aquest interrogant: les comunitats autònomes amb competència en pactes successoris «podrien» fer una regulació completa d'obligacions i contractes?[17]

2. Actuació en matèria de Dret civil autonòmic

Com a segona opció, plantejam la consideració de la competència autonòmica de desenvolupament del Dret civil propi només com una competència de reforç, enllaçant

---

[15] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *ibídem*, p. 37.

[16] VAQUER ALOY, A. «La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales», cit., p. 74.

[17] Ídem nota 14, p. 39.

la regulació del lloguer urbà permanent a altres competències estatutàries (plasmació de la «funció social» de la propietat).[18]

A. El Dret civil autonòmic «no foral»

Partim del fet que el desenvolupament del cercle d'institucions civils connectades a la Compilació (Decret legislatiu 79/1990, de 6 de setembre, CDCIB) tendria un límit (innovació de la doctrina constitucional, més que de l'art. 149.1.8a CE) que deriva, en darrer terme, de la comprensió de la idea «allí donde existan» de la CE de manera homologada a la idea d'«así como existan». Aquest límit és l'exclusió d'un desenvolupament normatiu civil basat en una valoració general i abstracta de la legislació, és a dir, per simple decisió de política legislativa autonòmica.

Duem a col·lació aquesta idea expressada per la STC 88/1993,[19] perquè hem de plantejar que l'exercici de competència civil i la manera d'exercitar-la per part de la CAIB, en la matèria ara analitzada (contracte de lloguer), pugui respondre a una «valoració particular i concreta dels interessos en joc» i que el contingut resultant —les regles concretes— d'aquest exercici de competència pugui ser també compatible amb les normes del bloc de constitucionalitat que vinculen a tota comunitat autònoma (STC 156/1993: «partiendo de institutos ya integrados en el propio ordenamiento civil, disciplinen aspectos en conexión con ellos aunque ausentes, hasta entonces, del texto de la Compilación»).

Per tant, volem obrir-nos a la possibilitat de considerar, com a creixement orgànic del Dret civil propi, algunes regulacions noves, fetes en atenció a interessos actuals concrets i particulars d'una comunitat autònoma, com és l'accés a l'habitatge.[20]

---

[18] Veure GARCÍA GARCÍA, J. A. «Algunas consideraciones sobre el "Derecho civil autonómico no foral"». *Anales de la Facultad de Derecho*, núm. 22 (diciembre, 2005), p. 109-125.

[19] Aquesta STC diu: «no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención [...] a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 C.E.) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios».

[20] Veure NOGUERA FERNÁNDEZ, A. «Regular los alquileres en un escenario hostil: La función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (coord.). *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España.* València: Tirant lo Blanch, 2022, p. 15-55.

La STC 95/2017 ens dona un fil conductor: «es una figura jurídico real que no estaba regulada en él al promulgarse la Constitución. Constituye, sin embargo, una actualización a las necesidades presentes de acceso a la vivienda de un principio preexistente en dicho ordenamiento [...] Por esta razón [...] debe calificarse [...] como un supuesto de crecimiento orgánico del Derecho civil especial».

Prenem també com exemple del que volem tractar, és a dir, de la vinculació entre creixement orgànic del Dret civil propi i les regulacions noves fetes en atenció a interessos actuals concrets i particulars de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, la incidència en propietat horitzontal que fa la Llei de turisme de les Illes Balears (art. 50.7 de la Llei 8/2012, de 19 de juliol) regulant matèria pròpia amb incorporació de la regulació estatal.

Ara bé, per una banda, sembla que, ni el desenvolupament del Dret civil basat en la civilitat de normes dictades a l'empara de l'exercici d'altres competències autonòmiques distintes al Dret civil (art. 30.27 EAIB), ni el desenvolupament fonamentat en connexions (postconstitucionals) amb el Dret civil propi, no s'acceptarien, constitucionalment, com a base de connexió.

Recull aquesta postura la STC 95/2017, de 6 de juliol, quan diu, en relació amb considerar motiu de connexió, «el carácter completo del Derecho civil especial de Cataluña», que: «sería tanto como afirmar que la competencia autonómica sobre el Derecho civil [...] es ilimitada *ratione materiae* [...] que es lo que vendría a significar ese crecimiento generalizado del Derecho civil patrimonial catalán, en especial cuando la regulación que hacía éste de los derechos reales [...] se ceñía [...] a contadas especialidades».

En conseqüència, les regulacions patrimonials, si no contenen cap peculiaritat pròpia, no són connexions admeses.

I, per altra banda, s'accepta que si hi hagués alguna connexió, per dèbil que fos, el desenvolupament d'acord a noves necessitats seria possible. La STC 95/2017 reconeix que: «el legislador catalán sea competente para normar ciertas manifestaciones [...] que se correspondan con situaciones que puedan surgir en la evolución propia de figuras de la tradición jurídica catalana». I la STC 41/2018 admet la globalitat del dret civil autonòmic com a connexió, però centrant-ho en normes concretes que recullen una institució ja prevista en la Compilació.[21]

---

[21] Aquesta Sentència diu: «las normas impugnadas son un desarrollo del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, ya que guardan conexión suficiente con una institución preexistente [...] actualmente recogida en los artículos 535 y 536 del Código del Derecho foral de Aragón».

Així mateix, observam que amb la STC 132/2019[22] queda ampliat l'abast de la competència autonòmica en matèria de Dret civil perquè es permet vincular el desenvolupament del Dret civil autonòmic al Dret postconstitucional.[23]

En conclusió, el tema de la connexió dèbil amb la Compilació i l'entrada del Dret civil autonòmic, ampliant la connexió, entra en relació amb el fet que una normativa amb incidència en la matèria civil podria justificar-se, no només en la competència en Dret civil, sinó també en la competència definitòria del sector (seguint la STC 71/1982, de 30 de novembre). Aquesta és, per tant, la segona opció proposada en aquest estudi.

A tall d'exemple, quan una legislació afecta el dret de propietat, a l'estatut del propietari com a arrendador, la comunitat autònoma no perd la competència definitòria del sector (la genèrica, per exemple, ordenació del territori i l'habitatge) pel fet que dita competència afecti la propietat privada; ja que hi ha determinades competències atribuïdes a les comunitats autònomes (EAIB: art. 12.3 «Principis rectors de l'activitat pública»; art. 22 «Dret a l'accés a un habitatge digne», i art. 30.3 «Competències exclusives: Ordenació del territori, incloent-hi el litoral, l'urbanisme i l'habitatge) que poden incidir sobre la regulació concreta d'un dret de propietat: ordenació del territori, urbanisme i habitatge (art. 148.1.3a CE), medi ambient (art. 148.1.9a CE) o promoció i ordenació del turisme (art. 148.1.18a CE).

A nivell concret, s'han permès molt poques legislacions autonòmiques que, amb l'empara d'una competència genèrica (turisme, consum), i al marge de la competència en Dret civil (especialment, en comunitats autònomes sense Dret civil propi), regulin relacions jurídiques amb incidències en matèria civil. Queda palès en la STC 28/2012, d'1 de març, que diu: «la proclamada naturaleza civil de la institución y de su regulación no impide que puedan existir derechos de retracto establecidos por la legislación administrativa [...] lo cual no implica una regulación de esa institución sino un uso de la misma por la Administración [...] con sometimiento al régimen jurídico previsto en el Derecho civil sin modificación o derogación alguna de la legislación civil».

L'excepció a aquesta doctrina s'ha fet en relació amb la delimitació de la vessant institucional del dret de propietat, derivada de la funció social que cada categoria o tipus de béns està cridada a complir. Així ocorre amb la propietat urbana i la legislació

---

[22] La Sentència diu: «si tal vinculación no pareciere a primera vista suficiente, basta un recorrido por otras normas del Código civil de Cataluña».

[23] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales», cit., p. 39.

agrària: «si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de "reforma y desarrollo del sector agrario" [...] dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio» (STC 37/1987, de 26 de març). Igualment, l'Informe jurídic del Consell General del Poder Judicial sobre l'Avantprojecte de Llei d'habitatge, va dir (en les observacions generals núm. 43 i 44) que: «la delimitación de la función social de la propiedad, que forma parte de su contenido esencial, corresponde al legislador sectorial, que normalmente será el autonómico» i que «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo [...], el legislador autonómico puede emplear las figuras que establezcan las normas estatales sin modificarlas o desvirtuarlas». I, finalment, ho reafirma la STC 37/2022: «Al legislador estatal [...] le corresponde[24] pronunciarse sobre la adecuación de las bases del derecho contractual a los principios rectores de la política económica y social y [...] al derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna [...] en conexión con la función social de la propiedad privada [...] sin perjuicio de las competencias autonómicas en la materia [...] del derecho a la vivienda».

B. Punts de fuga

a) Primer punt de fuga: la unitat de mercat

En aquest apartat volem analitzar, primerament, el fet que, malgrat que una matèria trobi el recolzament competencial en una competència autonòmica genèrica i sigui redoblada per la competència en Dret civil, perquè hi ha hagi connexió, l'Estat té alguns *comodins* per poder sotmetre, fins i tot en aquests casos, la legislació autonòmica a unes exigències d'uniformitat i harmonia general.

Més enllà de poder construir amb èxit la competència autonòmica per a la regulació del contracte de lloguer urbà, ens trobarem amb altres matèries relacionades amb el Dret privat i els contractes, en les quals es reconeix la competència exclusiva de l'Estat, com són la legislació processal (art. 149.1.6a CE) i les bases i la coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica (art. 149.1.13a CE).

Així mateix, si la regulació projectada tractés d'una matèria encaixable, com a títol específic, en la legislació mercantil o processal, seria irrellevant la seva anàlisi des

[24] També la STC 32/2019, de 28 de febrer.

del judici de les «bases de les obligacions contractuals» perquè, en aquest cas, aquest seria un títol competencial residual[25] i no seria possible la legislació autonòmica per iniciativa de la comunitat autònoma.

Dit tot això, entram en la idea de la unitat de mercat que sempre és recorrent per sotmetre la normativa autonòmica a un doble judici de constitucionalitat, és a dir, pressuposant que no incideix en la legislació mercantil ni processal, i superant el judici (primer) des de la perspectiva civil (perquè hi ha connexió i no s'envaeix les «bases de les obligacions contractuals»), podria jutjar-se (segon judici) la constitucionalitat d'una norma autonòmica o part del seu contingut, des de la idea abstracta de la «unitat de mercat».

La STC 132/2019 diu que «al ser el contrato un instrumento jurídico al servicio de la economía ha de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (art. 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (arts. 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (art. 131 CE)» i que aquestes normes «persiguen la ordenación general del orden público económico». De manera que, els elements essencials del contracte perfilen «una regulación básica que garantice que las condiciones esenciales del ejercicio de la actividad económica sean iguales en todo el territorio nacional. De este modo, se salvaguarda la unidad de mercado».

Fins i tot el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya 4/2019, de 17 de juny,[26] reconeix que «les bases [...] es podrien identificar amb aquells continguts que s'adrecen [...] a garantir principis econòmics comuns que recull la norma constitucional i que regeixen per a tot l'Estat, com podria ser el cas de la unitat de mercat, la llibertat d'empresa, el reconeixement de l'autonomia privada».

No podem desconèixer, per tant, que la regulació contractual i autonòmica serà una matèria que, pel fet d'afectar béns econòmics i d'inversió, podria topar amb la idea econòmica de la «unitat de mercat». Qüestió que, amb certesa, és impossible de saber *a priori*, abans d'exposar-se al judici constitucional.

---

[25] Veure les STC 47/2004, de 25 de març; 2/2018, d'11 de gener; 80/2018, de 5 de juliol; 13/2019, de 31 de gener, i 37/2022.

[26] Dictamen sobre el Decret llei 9/2019, de 21 de maig, de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament d'habitatge i de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya en l'àmbit de la penyora.

El que podem entreveure és que la durada mínima del contracte de lloguer urbà i la llibertat de les parts per fixar la renda serien dos principis bàsics, com a legislació bàsica de l'Estat en relació amb la «unitat de mercat».

Potser, fins i tot, s'està ampliant l'horitzó de la competència de l'Estat, quan aquest apuntali les seves competències exclusives, com les «bases de les obligacions contractuals», en el reforç de competències construïdes de manera incidental. Així, l'Estat podria estar realitzant la mateixa operació que fan les comunitats autònomes quan redoblen, amb el Dret civil propi, la competència definitòria del sector (habitatge, ordenació del territori) amb la qual regulen, per exemple, propietat i contractes; doncs sembla que l'Estat vol redoblar la seva competència civil en «bases» amb una competència incidental en ordenació de l'habitatge i el territori.

Ho observam en l'Informe jurídic del Consell General del Poder Judicial sobre l'Avantprojecte de Llei d'habitatge[27] que, en la conclusió 2a, diu que l'Estat té títols competencials «que le habilitan a intervenir sobre la vivienda [...] como son las relativas al establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del mencionado derecho y el derecho de propiedad (articulo 33 CE)». També ens obri a aquesta visió la STC 37/2022 que diu que «la vivienda [...] puede recaer bajo distintos títulos competenciales estatales o autonómicos».

b) Segon punt de fuga: la trajectòria legislativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears

En en aquest apartat, hem de calcular el perjudici (en cessió d'autonomia) que pugui suposar-nos el fet que les actuacions de la CAIB hagin anat reconeixent, com a legislació civil general, la legislació estatal de l'arrendament urbà, de manera que, un canvi de criteri, malgrat ser possible i legítim, no pot desconèixer que ha de tenir un fil argumental sòlid, que fonamenti el canvi d'horitzó normatiu.

---

[27] Veure COLLADO GOSÁLVEZ, I. «Comentarios y discusiones sobre la regulación del alquiler en el proyecto de ley por el derecho de la vivienda en el Estado español: regular, incentivar o desmercantilizar», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. «Regular los alquileres en un escenario hostil: La función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España», cit., p. 95-131.

A tall d'exemple, observem com, des del seu inici,[28] la problemàtica del lloguer turístic (del habitatges residencials) va estar vinculada[29] a una incapacitat legislativa balear pel fet que el marc estatal, la LAU, requeria ser modificada i la CAIB auto excloïa la seva competència per fer-ho.

La Llei 2/2005, de 22 de març, de comercialització d'estades turístiques a habitatges, se situa paral·lela a la LAU, resignant-se a no poder solucionar un problema que la mateixa li creava: «que per la seva similitud amb les estades turístiques podria constituir una via per intentar eludir l'aplicació de les disposicions d'aquesta llei».[30] De manera similar, per tal d'entendre millor l'exemple anterior, observem la regulació de la comercialització turística en habitatges en règim de propietat horitzontal (PH), on la Comunitat Autònoma de les Illes Balears adapta[31] les seves necessitats a les regles de la Llei de propietat horitzontal estatal i no es planteja la competència per fer un règim de PH, prenent com a realitat autonòmica el tipus d'edificis i les problemàtiques illenques.

En definitiva, el que volem enfocar amb aquestes reflexions és que, malgrat l'enorme preocupació legislativa relativa als habitatges de lloguer turístic, no s'ha provat, en cap ocasió, de regular el fenomen arrendatari d'una manera més àmplia. Al contrari, el reconeixement tàcit de l'arrendament urbà d'habitatge permanent, com a competència estatal, podria revelar que no hi ha cap regulació ni especialitat en els precedents i, així, des de la concepció constitucional del Dret civil propi, a partir de la teoria de la «connexió suficient», no tenir accés, la CAIB, a una regulació sobre obligacions i contractes.

---

[28] https://www.ultimahora.es/noticias/local/2005/09/16/582477/gobierno-apoya-cambio-legislacion-permita-controlar-turismo-residencial.html

[29] És un fet generalitzat aquesta relació causa-efecte. Veure QUINTÍA PASTRANA, A. «Pisos turísticos y gentrificación. La regulación de los alquileres vacacionales en la ciudad sostenible», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (coord.). *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, ob. cit., p. 175-210.

[30] En la mateixa línia, de no entrar en l'àmbit de la LAU, i de no suggerir fer-ho, trobam el Decret 55/2005, de 20 de maig, de regulació d'habitatges turístics de vacances de la CAIB (actualment derogat. Veure també la Llei 6/2017, de 31 de juliol, de modificació de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, relativa a la comercialització d'estades turístiques, que diu: «Es pretén recollir el que la mateixa Llei d'arrendaments urbans, en l'article 5.e), exclou del seu àmbit d'aplicació i remet a les normatives turístiques»).

[31] Veure article 50.7 de la Llei 8/2012.

No serà així, però, perquè la trajectòria legislativa anterior no obsta a modificar la política legislativa perquè, acotat constitucionalment l'àmbit competencial autonòmic, en Dret civil propi i en Dret civil autonòmic «no foral», aquella no suposa cap renúncia a la competència autonòmica, que podria ser represa en considerar-se necessari, perquè el Parlament balear és sobirà. Mantenir el contrari seria una actuació antiestatutària, que no troba base constitucional. No la troba el fet que la «no actuació competencial, al nivell màxim» en Dret civil propi, per part del legislador balear, hagi de suposar la consolidació d'una pèrdua definitiva de competència.

La supletorietat del Dret civil estatal per manca o insuficiència conscient de legislació autonòmica (art. 149.3 CE) és només una tècnica d'aplicació del dret (art. 87.3 EAIB) i no es tradueix en una pèrdua de competència per reprendre més endavant, en funció de la política jurídica que es vulgui seguir, la regulació autonòmica de matèries civils.

A més a més, hi hem de sumar el fet que es pot estar assentant en la jurisprudència del Tribunal Constitucional (STC 132/2019) la teoria de la connexió dèbil que podria arribar a connectar: «pacte successori / matèria contractual / compravenda».[32]

III. Aproximació a la competència i regulació autonòmica del contracte de lloguer des de l'observació del cas català

1. Aproximació al panorama normatiu

La Llei 3/2017, del 15 de febrer, del Llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, conté la regulació dels «contractes sobre objecte aliè», en relació amb el contracte de lloguer; però només regulant l'arrendament rústic.

Aquest troba connexió amb el Dret civil previ a la CE. Així, la regulació de l'arrendament rústic pot realitzar-se sense patir per les qüestions dels continguts competencials. No oblidem a més que, de sempre, la normativa estatal sobre arrendaments rústics i parceries ha salvaguardat les competències autonòmiques en Dret civil propi (art. 1.2 i 29: «Si no hi ha cap pacte exprés, normes forals o dret especial», i disposicions finals 1a i 2a: «sense perjudici de la normativa aplicable

[32] ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Cuarenta años de pluralismo civil en España. Desarrollo y conflictos internos e internacionales», cit., p. 39.

preferent que dictin les comunitats autònomes amb competència en matèria de dret civil») de la Llei 49/2003, de 26 de novembre, d'arrendaments rústics (LAR).

No és així, però, en relació amb el contracte d'arrendament urbà que es dicta a l'empara de l'article 149.1.8a CE sense salvaguarda del Dret civil propi (DF 1a LAU).

En matèria d'arrendament urbà, haurem de cercar la connexió amb el Dret civil propi i, malgrat la connexió, la regulació autonòmica no pot incidir en les «bases de les obligacions contractuals».

Ens aclareix la connexió, el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya 4/2019: «la tradició jurídica catalana sempre ha estat present i s'ha mantingut fins a l'entrada en vigor de la Constitució una regulació [...] de l'arrendament de finques rústiques i, abans, de les urbanes. Es compleix [...] el requisit de la connexió entre la institució civil regulada pel Decret llei i el dret civil compilat, de manera que la Generalitat de Catalunya és competent per regular el contracte d'arrendament d'habitatge, totalment o parcial, però amb el límit que la dita regulació no contradigui les bases de les obligacions contractuals». I també el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya 7/2020, de 5 d'agost,[33] quan diu: «el contracte d'arrendament d'habitatge manté la suficient relació de connexió amb altres institucions disciplinades per l'ordenament civil català vigent a l'entrada en vigor de la Constitució [...] que presenta una vinculació molt directa amb l'arrendament rústic i amb la parceria».

Amb aquestes connexions, es va aprovar la Llei 11/2020, de 18 de setembre, de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament d'habitatge i de modificació de la Llei 18/2007, de la Llei 24/2015 i de la Llei 4/2016, relatives a la protecció del dret a l'habitatge, que afectava els contractes signats a Catalunya a partir del 22 de setembre de 2020.[34]

---

[33] Dictamen sobre la Proposició de llei de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament d'habitatge.

[34] Veure FERRER i RIBA, J. «L'arrendament d'habitatge permanent a Catalunya: notes de prospecció per a un nou marc legal», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, ob. cit., p. 287-357; FUENTES-LOJO RIUS, A. «Qüestions pràctiques entorn a l'arrendament de l'habitatge permanent», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, ob. cit., p. 481-502, i APARICIO WILHELMI, M. «La vivienda como derecho y la limitación de la propiedad privada y del mercado.

Aquesta norma va ser recorreguda davant el Tribunal Constitucional i donà lloc a la Sentència 57/2022.[35]

2. Aproximació a la situació competencial

Podem trobar certeses clares del marc competencial en matèria de lloguer, malgrat el contingut precís no estigui clarament perfilat. És a dir, una regulació del lloguer no pot incloure normes que incideixin directament en la llibertat de contractació, l'economia interna dels contractes i la igualtat operativa dels agents econòmics en tot el territori de l'Estat.

Així s'ha anat perfilant en diferents sentències del Tribunal Constitucional. En primer lloc, la STC 132/2019 ja ens anticipava algunes «bases de les obligacions contractuals» que es poden trobar afectades pels contractes de lloguer regulats per les comunitats autònomes: «el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal [...], la libertad de iniciativa privada en el campo económico y la libertad de los particulares de constituirse en agentes económicos mediante la contratación».

Aquestes bases les concretava en l'àmbit del lloguer, el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya 4/2019, dient: «la determinació de la renda que l'arrendador pot arribar a percebre es relaciona amb allò que conforma la medul·la o cos essencial de l'estructura obligacional dels contractes d'arrendament d'habitatge, és a dir, són criteris o directrius generals que, per aquesta raó, han de ser comuns i d'aplicació al conjunt de l'Estat».

En segon lloc, podem veure què concreta o afegeix, en el determinació del límits competencials en matèria de contracte de lloguer, la STC 57/2022. La justificació de la inconstitucionalitat de la Llei catalana 11/2020 està exposada en els antecedents de la STC indicada i, com que va prosperar, és molt il·lustrativa de les regles de la LAU que han estat qualificades de «bases». Així podem llistar, com a normes de la LAU que

---

Comentarios a propósito de la Ley catalana 11/2020 de contención de precios del alquiler», en NOGUERA FERNÁNDEZ, A. (coord.). *Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España*, ob. cit., p. 57-94.

[35] Consultar FRADERA FÀBREGAS, F. «La constitucionalitat dels límits a la renda en els arrendaments d'habitatge», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, ob. cit., p. 561-591.

formen «parte esencial de la regulación de los contratos de arrendamiento de vivienda» o afecten «al núcleo esencial de este tipo de contratos», «por lo que se invade la competencia exclusiva del Estado sobre legislación civil del art. 149.1.8 CE»:

- L'article 1 LAU impedirà: «la determinación, con carácter vinculante, de la renta de los arrendamientos urbanos y su evolución».
- L'article 10 LAU xoca amb: «El establecimiento de un régimen especial para [...] viviendas [nuevas y rehabilitadas]».
- L'article 6 LAU sosté la inconstitucionalitat de: «El establecimiento de un precio de referencia que se constituye en límite obligatorio» i «La fijación de obligaciones de compensación por parte del arrendador para el caso de establecimiento de una renta superior a un precio de referencia fijado administrativamente» (també l'art. 12 LAU).
- L'article 18 LAU en relació amb l'actualització de renta.
- L'article 11 LAU impossibilita: «El régimen de incremento de la renta como consecuencia de la realización de obras de mejora».
- Amb l'article 9 LAU no es pot establir per la CA: «un régimen específico y unas condiciones para el acuerdo entre las partes en cuanto al pago de tales gastos y servicios, con un determinado sistema de compensación».

Algunes qüestions ja havien estat resoltes per la STC 37/2022, que digué que la regulació que incideix en el règim de limitació de rentes del contracte d'arrendament urbà (art. 17.1 LAU) és susceptible d'infracció de l'art. 10.1 CE, el qual «se funda en la consideración de que la libre autonomía de la voluntad es una base de las obligaciones contractuales». A partir d'aquí, com la renda és «uno de los elementos del régimen de derechos y obligaciones que deriva de un contrato civil», la seva regulació «se inserta de forma natural en la materia de Derecho civil y, dentro de la misma, en el ámbito de las obligaciones y contratos». En conclusió, és «un aspecto propio de la materia civil, como es la regulación sustantiva de los derechos y obligaciones derivados del contrato de arrendamiento de vivienda en punto a la determinación y pago de la renta, afectando así a la estructura obligacional de las relaciones contractuales privadas en la medida en que condiciona legalmente el alcance de la obligación principal del arrendatario».

Concretant-ho, l'article 10.1 CE sosté un dels principis que informen la regulació dels contractes: l'autonomia de la voluntat «que deriva del art. 1255 del Código civil» i «encuentra concreción específica en [el art. 17.1 de] la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos». En conseqüència, la regulació de la renda dels lloguers per part de les comunitats autònomes quedarà impedida ja que: «La

reserva al legislador estatal de la competencia para la regulación tanto de la regla general como de sus posibles excepciones o modulaciones excluye, por tanto, que cualquier legislador autonómico pueda condicionar o limitar la libertad de las partes para determinar la renta», sobretot perquè, a més: «Se trata de una serie de reglas que inciden directamente en las relaciones *inter partes* y en la economía interna del contrato que afectan a la utilidad económica del bien arrendado».

La STC 57/2022 incorpora la doctrina de la STC 37/2022 en relació amb l'operació de conversió d'un article d'una llei ordinària reguladora d'un contracte (art. 17.1 LAU) en una base contractual de rellevància constitucional. Feta aquesta operació, la STC 57/2022 veurà més clar el camí per a la justificació de la qualificació de «bases» d'altres articles de lleis estatals. Per tant, el conjunt d'aquestes dues sentències ens mostra la construcció d'un fil de connexió entre la regulació específica i la categoria de bases contractuals.

IV. Adaptació de les conclusions competencials precedents al Dret civil balear

1. La connexió

En primer lloc, d'acord al criteri fixat en relació amb la «connexió» entre qualsevol nova regulació civil i el Dret civil històric, podem trobar *connexions laxes* entre diferents matèries vigents durant el procés compilador i fins a la CE de 1978, dins la línia reconeguda per la STC 132/2019.

Així, per una part, la connexió amb la regulació consuetudinària dels arrendament rústics i les parceries, com a institucions vigents a l'entrada en vigor de la Constitució, pot tenir una explicació similar a l'emprada per la justificació de la legislació catalana en el Dictamen del Consell de Garanties estatutàries de Catalunya 7/2020*:* «el contracte d'arrendament d'habitatge [...] presenta una vinculació molt directa [...] amb la parceria, en la mesura que aquesta es tipifica com la cessió del gaudi d'una finca». I en el Dictamen del Consell de Garanties estatutàries de Catalunya 4/2019, que estableix la connexió en: «que ambdós contractes d'arrendament, tot i recaure sobre béns immobles de naturalesa diferent, coincideixen en el seu contingut essencial, com dèiem, la cessió de l'ús d'un objecte aliè a canvi d'una contraprestació dinerària en forma de renda».

Ara bé, pel que fa a Mallorca, no hi ha una regulació expressa, base per a la connexió directa (com si n'hi ha per a Menorca —art. 64 CDCIB— i per a Eivissa i

Formentera —art. 85 CDCIB—), però hi ha normes consuetudinàries. D'això, n'és mostra la jurisprudència.[36]

Per una altra part, ben igual que a Catalunya, a les Illes Balears, hi ha una probable existència de regulació consuetudinària d'aspectes o tipus d'arrendaments urbans en la mateixa forma que descobreix el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya 4/2019 dient: «la tradició jurídica catalana sempre ha estat present i s'ha mantingut fins a l'entrada en vigor de la Constitució una regulació, tot i que incompleta, de l'arrendament de finques rústiques i, abans, de les urbanes».

A més, que això possiblement era així en molts de territoris, al 1964 —o sigui, en els anys propers al procés compilador—, ho posa de manifest l'article 2.1 del text refós de la Llei d'arrendaments urbans, aprovat pel Decret 4104/1964, de 24 de desembre: «Quedan excluidos de la presente Ley y se regirán por lo pactado y por lo establecido con carácter necesario en el Código Civil o en la legislación foral».

En segon lloc, la *connexió laxa* també podria fer-se amb la pervivència compiladora del cens emfitèutic o alodial (art. 56 CDCIB), com a figura juridicoreal, cara i creu,[37] amb l'arrendament, que és una figura, actualment, contractual.

2. Les bases contractuals estatals

Una vegada superada la connexió suficient, el contingut contractual podrà ser distint al regulat per l'Estat, sense incorre en invasió competencial. Però no sembla que pugui ser així en l'arrendament urbà perquè, malgrat la connexió, la comunitat autònoma no podria legislar en el «régimen de derechos y obligaciones que deriva de un contrato civil, como es la renta en el contrato de arrendamiento de vivienda»

---

[36] Valuosament recollida en ROSSELLÓ ROSSINYOL DE ZAGRANADA, R. *Arrendamientos rústicos y aparcerías en Mallorca*. Palma: Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, 1992.

[37] Ens serveix, per acreditar aquesta relació, la STSJ de la Comunitat Valenciana, de 22 d'abril 2004 (STSJCV 2049/2004), que parla dels arrendaments històrics recordant la seva similitud amb el dret real de cens emfitèutic, com a resultat de l'evolució del cens emfitèutic, que «complien la finalitat econòmica pròpia dels contractes de *locatio-conducti*». Veure, també, FERNÁNDEZ VIZCAÍNO, J. B. «Fundamentos romanísticos de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de la Generalitat, en relación a los arrendamientos rústicos históricos valencianos», en GARCÍA SÁNCHEZ, J. (dir.). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Tomo XI. Oporto: Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2018, p. 779-802.

(STC 37/2022) perquè: «las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional», per tal de garantir «un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales», de manera que «la competencia estatal de las "bases de las obligaciones contractuales" del art. 149.1.8 CE deba ser entendida como una garantía estructural del mercado único».

En conseqüència, sabem, en primer lloc, que les «bases de les obligacions contractuals» no impedeixen a les comunitats autònomes amb Dret civil propi (amb connexió suficient) la regulació dels diferents tipus contractuals.[38]

Recordem que la STC 132/2019 diu: «Las bases, por tanto, deben referirse con carácter general y común a todos los contratos o categorías amplias de los mismos (STC 71/1982, de 30 de noviembre) y no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece». Però la determinació del contingut essencial dels contractes correspon a l'Estat, ja que «el parámetro de control no es la concreta regulación que efectúa el Código civil de estos contratos, sino únicamente sus elementos esenciales».

Per deducció, l'establiment d'obligacions específiques no constitueix legislació sobre les bases contractuals sempre que la sanció, per l'incompliment de les mateixes, sigui la general del Dret civil estatal («las comunidades autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos» (STC 132/2019)).

En segon lloc, deduïm que la idea de «bases de les obligacions contractuals» de la CE, el que pretén és unificar el possible joc de la voluntat dels particulars en la configuració del règim jurídic de les obligacions derivades dels contractes, partint del fet que són les obligacions derivades dels contractes bilaterals, establertes amb caràcter de reciprocitat, en la mesura que les vicissituds que afecten una d'elles repercuteixen sobre l'altra, per raó de la relació de dependència existent entre elles.[39] Per això, la creació de drets i obligacions que s'insereixin *ex lege* en el contingut

---

[38] BOSCH CAPDEVILA, E. «L'arrendament de béns: propostes de futur a Catalunya», en INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. *Compra-venda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*, ob. cit., p. 217-264 (ob. cit., p. 225).

[39] ESPIAU ESPIAU, S. «La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del derecho europeo», cit., p. 88.

contractual es pot considerar una extralimitació competencial (STC 88/1986, d'1 de juliol, i STC 54/2018, de 24 de maig).

En conclusió, no es poden introduir drets ni obligacions en el marc de les relacions contractuals privades, amb base a aquests fonaments constitucionals:

– Que «la libre autonomía de la voluntad es una base de las obligaciones contractuales» sostinguda en l'article 10.1 CE (STC 37/2022).
– Que: «El Código civil, entendido como ordenamiento estatal regulador de las relaciones contractuales entre privados [...] reconoce margen al legislador para adoptar medidas que puedan proscribir determinados comportamientos, vetar concretos tipos contractuales o establecer regímenes imperativos en otros» (STC 132/2019).
– Que són «normativa básica [...] el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe» (STC 132/2019).

Finalment, i en tercer lloc, observam que les bases de les obligacions contractuals, competència exclusiva de l'Estat, es concreten en una àmplia matèria:

1. Per una part, es tracta de les regles que fixen els perfils, esquemes o estructures «de lo que debe ser cada uno de los tipos contractuales y de los principios generales en los que se inspiran» (STC 132/2019).
2. Per una altra part, es tracta d'una sèrie de preceptes concrets del Codi civil: «las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (art. 1089 y ss. CC), a la fuerza vinculante del contrato (art. 1091 CC) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (arts. 1254 a 1280 CC)» (STC 132/2019).
3. A més, en tercer lloc, abraça els principis materials que s'extrauen dels preceptes mencionats, especialment, l'autonomia de la voluntat. Principi que es la clau per considerar la llibertat de fixació de renda com a «base contractual» estatal ja que, «en cuanto a la renta en este tipo de contratos, este reconocimiento del principio de autonomía de la voluntad [...] encuentra concreción específica en la Ley 29/1994 [...] de arrendamientos urbanos [...] art. 17.1», que [...] «ha de considerarse una base de las obligaciones contractuales, [...] en cuanto define uno de los elementos estructurales de este tipo de contrato» (STC 37/2022, de 10 de març).
4. I, finalment, en atenció a la paritat contractual entre arrendadors i arrendataris, la renda «puede ser sometida a modulaciones fundadas en una finalidad tuitiva de intereses que se consideren necesitados de una especial protección — concretamente, los de los arrendatarios ante la situación del mercado

inmobiliario—» ; però això està reservat al legislador estatal ja que: «El establecimiento de dicha libertad o, en su caso, su modulación y, en general, la regulación de las reglas para la determinación de la renta, son aspectos esenciales del régimen obligacional de los contratos de arrendamiento de viviendas que, en su condición de bases de las obligaciones contractuales, deben ser comunes y, por tanto, establecidas por el Estado» (STC 37/2022, amb cita de la STC 89/1994, de 17 de març).

Las reformas introducidas en el procedimiento de «desahucio exprés de okupas» por la Ley 12/2023 sobre el derecho a la vivienda: nuevos obstáculos procesales al desalojo*

Francisco López Simó
Catedrático de Derecho Procesal
Universitat de les Illes Balears

RESUMEN

En el presente trabajo se exponen y analizan de modo crítico las reformas introducidas por la Ley sobre el derecho a la vivienda de 2023, a través de su Disposición final quinta, en el llamado procedimiento de *desahucio exprés de okupas*. Estas reformas, que afectan a la regulación de dicho procedimiento de desahucio (también a la de los demás procedimientos susceptibles de ocasionar el lanzamiento del demandado de un inmueble) particularmente cuando el ocupante de la vivienda se encuentre en situación de vulnerabilidad, consisten, en esencia, en el establecimiento de un nuevo trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda, así como de unos nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de aquélla. En opinión del autor, tales reformas merecen, en términos generales, una valoración muy negativa, porque, aparte de su dudosa constitucionalidad en ciertos aspectos, supondrán una ralentización considerable del procedimiento y, en definitiva, un mayor retraso en la obtención de la resolución judicial ordenando el desalojo de los ocupantes de viviendas, con el consiguiente perjuicio para sus propietarios.

Palabras clave: vivienda, ocupación ilegal, desahucio exprés, reformas de la Ley 12/2023.

RESUM

En aquest treball s'exposen i s'analitzen de manera crítica les reformes introduïdes per la Llei sobre el dret a l'habitatge de 2023, a través de la seva disposició final cinquena, en el procediment anomenat de *desnonament exprés d'okupes*. Aquestes reformes, que afecten la regulació del

---

* Artículo sometido a evaluación ciega: 12.12.2023. Aceptación final: 13.12.2023.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación «La protección jurídica de la vivienda habitual: un enfoque global y multidisciplinar» (PID2021-124953NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación–Agencia Estatal de Investigación y cofinanciado por la Unión Europea.

procediment de desnonament esmentat (també a la dels altres procediments susceptibles d'ocasionar el llançament del demandat d'un immoble) particularment quan l'ocupant de l'habitatge es trobi en situació de vulnerabilitat, consisteixen, en essència, en l'establiment d'un nou tràmit obligatori d'intermediació o conciliació previ a la presentació de la demanda, així com d'uns nous requisits de contingut i aportació de documents per a l'admissió a tràmit d'aquella. En opinió de l'autor, aquestes reformes mereixen, en termes generals, una valoració molt negativa, perquè, a banda de la seva dubtosa constitucionalitat en certs aspectes, suposaran un alentiment considerable del procediment i, en definitiva, un retard més gran en l'obtenció de la resolució judicial ordenant el desallotjament dels ocupants d'habitatges, amb el consegüent perjudici per als propietaris.

Paraules clau: habitatge, ocupació il·legal, desnonament exprés, reformes de la Llei 12/2023.

ABSTRACT

This paper presents and critically analyzes the reforms introduced by the Law on the Right to Housing of 2023, through its Fifth Final Provision, in the so-called express eviction procedure for squatters. These reforms, which affect the regulation of said eviction procedure (as well as that of the other procedures susceptible of causing the defendant to be evicted from a property), particularly when the occupant of the dwelling is in a situation of vulnerability, consist, in essence, of the establishment of a new mandatory procedure of mediation or conciliation prior to the filing of the claim, as well as of new requirements of content and the provision of documents for the admission of the claim for processing. In the author's opinion, such reforms deserve, in general terms, a very negative assessment, because, apart from their dubious constitutionality in certain aspects, they will result in a considerable slowing down of the procedure and, in short, a greater delay in obtaining the judicial decision ordering the eviction of the occupants of dwellings, with the consequent prejudice to their owners.

Key words: housing, squatting, express eviction, reforms to Law 12/2023.

SUMARIO

I. Introducción. II. Nuevo trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda que pretenda la recuperación de la posesión de una vivienda ocupada ilegalmente. III. Nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de la demanda. IV. Extensión a todos los desahucios de la posible suspensión del proceso por el Juez ante una situación de vulnerabilidad del demandado, previa valoración del caso concreto, e incremento de los plazos de suspensión. V. Prohibición, en todos los desahucios, de los señalamientos de lanzamientos sin fecha y hora predeterminadas. VI. Conclusión.

I. Introducción

1. A mediados de 2018, ante la extensión en nuestro país del fenómeno de la ocupación ilegal de viviendas (esto es, no consentida ni tolerada por sus legítimos propietarios o poseedores), especialmente en los núcleos urbanos,[1] y la inexistencia en la legislación vigente entonces de cauces procesales ágiles en el ámbito jurisdiccional civil para dar una adecuada respuesta a este fenómeno, las Cortes Generales aprobaron la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas, conocida popularmente como «Ley anti-okupas» (en adelante, Ley 5/2018).

> Como aclara CUENA CASAS,[2] «técnicamente, *okupa* es aquel que se instala en propiedad ajena (vivienda o local) sin el consentimiento del propietario. No lo es el inquilino que deja de pagar la renta, ya que éste entró a poseer el inmueble con el consentimiento del legítimo titular». Por ello, no será objeto de este trabajo la llamada *inquiokupación,* dado que, aunque es indudable que el derecho de propiedad se ve comprometido por personas que disfrutan ilegítimamente de un bien inmueble tanto en el caso de la *okupación* como en el de la *inquiokupación,* no son situaciones iguales.

A fin de posibilitar la rápida recuperación de la vivienda ocupada ilegalmente por el propietario o titular de otro derecho legítimo de posesión de la misma, lo que hizo la Ley 5/2018 fue, básicamente, adecuar y actualizar el tradicional interdicto de recobrar la posesión —o en otras palabras, crear una modalidad singular de este interdicto—, previsto en el artículo 250.1.4.º, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de

---

[1] Según datos del Ministerio del Interior y del Ministerio de Fomento, el número de ocupaciones ilegales denunciadas en 2018 ascendió a 12.214 (un promedio de 33 casos diarios). La cifra había ido en aumento en los últimos años, pues en 2013 —primer año con datos disponibles— las denuncias recibidas fueron 7.739, lo que revelaba un incremento cercano al 58 % desde entonces (fuente: diario *El Mundo*, «La ocupación ilegal de viviendas crece un 58 % en cinco años», artículo publicado el 24 de noviembre de 2018 [edición digital: https://www.elmundo.es/espana/2019/11/24/5dd97350fc6c83f63c8b45b1.html].

[2] CUENA CASAS, M. «¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)», en Blog *HAY DERECHO*, 10 de julio de 2023 [https://www.hayderecho.com/2023/07/10/la-okupacion-de-inmuebles-como-instrumento-para-garantizar-el-derecho-a-la-vivienda-a-proposito-de-la-ley-por-el-derecho-a-la-vivienda/].

Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), mediante la reforma de dicho precepto (se le adicionó un segundo párrafo) y el procedimiento desarrollado para este caso en los también reformados artículos 437 (nuevo ap. 3 bis), 441 (nuevo ap. 1 bis) y 444 (nuevo ap. 1 bis) de la propia LEC, todos ellos relativos al juicio verbal.[3] Se introdujo así en la LEC el llamado procedimiento para la recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, que popularmente —y también entre los juristas— se conoce como procedimiento de *desahucio exprés de okupas* (en adelante, emplearé generalmente esta denominación, por su brevedad y expresividad; y lo haré, por supuesto, sin ánimo peyorativo alguno).[4]

Conviene señalar, brevemente, que el procedimiento regulado por aquellos artículos de la LEC que modificó la Ley 5/2018 es un juicio verbal con especialidades procedimentales, en función de la pretensión que puede ejercitarse en él (únicamente la de recobrar la posesión de viviendas ocupadas ilegalmente), y de carácter sumario en sentido técnico, porque, en consonancia con el objetivo que persigue (agilizar al máximo la resolución de litigios que afectan a esta concreta materia), están restringidas las posibilidades de alegación y prueba (limitadas a la confrontación de los títulos posesorios de las partes) y, además, la sentencia que le ponga fin no producirá los efectos de cosa juzgada (arts. 250.1.4.º, párr. 2.º, 444.1 bis y 447.2 LEC).[5]

---

[3] La Ley 5/2018 reformó asimismo el artículo 150 LEC, relativo a la notificación de resoluciones y diligencias de ordenación, adicionándole un nuevo apartado 4 que, en previsión de que el ocupante de la vivienda se encuentre en situación de vulnerabilidad social, establece la obligación de trasladar a los servicios públicos competentes comunicación sobre la situación del mismo, por si procediera su actuación, en todos aquellos procedimientos en los que la correspondiente resolución señale el lanzamiento de una vivienda de quienes la ocupen, sea cual sea la causa por la que se encontraran en dicha situación.

[4] *Vid*., entre los primeros estudios publicados sobre este procedimiento, el excelente trabajo de SCHUMANN BARRAGÁN, G. «El proceso de tutela sumaria de la posesión por ocupación ilegal de viviendas introducido por la Ley 5/2018. Su naturaleza jurídica y algunas implicaciones prácticas». *Diario La Ley*, núm. 9264 (21 de septiembre de 2018).

[5] Básicamente por esto —por el marcado carácter sumario del procedimiento instaurado por la Ley 5/2018— dicha Ley fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad (el núm. 4703-2018), interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, aduciendo —en lo que ahora interesa— la violación por aquella de los derechos fundamentales a la tutela judicial

No me detendré aquí en la explicación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas,* con todos sus pormenores.[6] A los fines de este trabajo, bastará con poner de relieve lo siguiente acerca de dicho procedimiento, conforme a su regulación anterior a la Ley sobre el derecho a la vivienda de 2023:

– La posibilidad de utilizarlo está sometida a dos límites, uno objetivo y otro subjetivo: sólo puede tener por objeto la recuperación de la posesión de inmuebles dedicados a vivienda, ya se trate de vivienda habitual o de segunda vivienda (quedan excluidos otros inmuebles: locales de negocio, solares, etc.); y sólo está legitimado activamente el propietario o poseedor legítimo que sea persona física, persona jurídica sin ánimo de lucro o entidad pública que gestiona viviendas sociales, cuando se haya visto privado de la posesión de la vivienda sin su consentimiento (art. 250.1.4.º, párr. 2.º, LEC).
– La demanda se ha de presentar antes de que haya transcurrido el plazo de caducidad de un año, a contar desde que se produjo el despojo de la posesión (art. 439.1 LEC); y debe acompañarse a ella el título en que el actor funda su derecho a poseer la vivienda en cuestión (art. 437.3 bis LEC), que generalmente consistirá en la escritura de propiedad de esa vivienda (adviértase que, antes de la modificación de la LEC por la Ley sobre el derecho a la vivienda de 2023, estos dos eran los únicos requisitos que se preveían

---

efectiva, de defensa y a un proceso con todas las garantías; recurso que fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 32/2019, de 28 de febrero (publicada en el BOE núm. 73, de 26 de marzo). En dicha Sentencia el TC, tras poner de relieve que las soluciones dadas hasta ese momento al problema de la ocupación ilegal no habían sido suficientemente satisfactorias y que con el proceso introducido por la Ley 5/2018 se tutelaba el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE), consideró que, a pesar de tratarse de un proceso acentuadamente sumario, ello no impide que el demandado pueda defenderse en el extremo nuclear del asunto que se ventila, aportando título que justifique suficientemente su situación posesoria, por lo que no existe indefensión material, resultando, pues, constitucionales las modificaciones operadas en la LEC por aquella Ley para hacer frente a la ocupación ilegal de viviendas de forma eficaz.

[6] Para una completa explicación del procedimiento de inmediata recuperación de la posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, *vid*., entre otros, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con MORENO CATENA, V.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, págs. 112 a 115; VEGAS TORRES, J. *Memento Ejercicio Profesional de la Abogacía*. Madrid: Lefebvre – El Derecho, 2020, págs. 362 y 363; y, con mayor amplitud, CODÓN ALAMEDA, A. *Ocupaciones ilegales: Soluciones penales y Civiles*. Barcelona: Aferre, 2023, págs. 145 a 147.

para la admisión a trámite de la demanda en que se solicitase la recuperación inmediata de la plena posesión de una vivienda ocupada ilegalmente).

– La notificación de la demanda se hace a quien se encuentre habitando la vivienda (podrá hacerse, además, a los ignorados ocupantes de la misma); si al llevarse a cabo esta notificación ha sido posible identificar al receptor o demás ocupantes de la vivienda, se dará traslado, si estos lo consienten, a las administraciones públicas que prestan servicio social en materia de vivienda por si procediera su actuación (art. 441.1 bis, párr. 1.º, LEC).
– En la demanda se puede pedir —y generalmente se pedirá por el actor para ganar tiempo, pues de lo contrario se seguirán todos los trámites del juicio verbal estándar con sus correspondientes plazos— la inmediata entrega de la posesión de la vivienda, en cuyo caso al notificarse aquella se requerirá a los ocupantes para que aporten en cinco días un título que justifique suficientemente su situación posesoria; de no aportarlo en este plazo, el tribunal ordenará mediante auto el lanzamiento inmediato de las personas que se encuentren en la vivienda en ese momento, sin que quepa recurso alguno contra tal resolución (art. 441.1 bis, párr. 2.º LEC). Esta es la principal especialidad del procedimiento *desahucio exprés de okupas:* la posibilidad de solicitar el actor, al presentar su demanda, esa medida (la entrega inmediata de la vivienda ocupada), que el Juez puede acordar mediante auto irrecurrible tras la sustanciación de un breve incidente, sin necesidad de esperar a la finalización del proceso.
– La contestación del demandado oponiéndose a la demanda sólo se puede fundar, por tratarse de un proceso sumario, en la existencia de título suficiente frente al actor para poseer la vivienda, que deberá aportarse (por ejemplo, un contrato de arrendamiento), o en la falta de título por parte de este. Si el demandado no contesta a la demanda en el plazo previsto (diez días), se dictará sentencia de inmediato ordenando su desalojo (art. 444.1 bis LEC).
– La sentencia estimatoria de la pretensión del actor, previa solicitud de este, se ejecutará inmediatamente, esto es, se llevará a cabo el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda sin necesidad de cumplir el plazo de espera (veinte días) previsto en el artículo 548 LEC (art. 444.1 bis, último inciso, LEC).
– En las situaciones de «vulnerabilidad económica sin alternativa habitacional» (situaciones descritas en el art. 5.1.a del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19), se podrá suspender

el procedimiento de desahucio y, en su caso, el lanzamiento de los ocupantes de la vivienda hasta el 30 de junio de 2023, siempre que concurran los distintos requisitos establecidos para ello (art. 1 bis de dicho RDL 11/2020, según la última modificación operada en él, antes de la Ley sobre el derecho a la vivienda de 2023, por el Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre).[7]

2. El procedimiento para la inmediata recuperación de la posesión de viviendas ocupadas ilegalmente, instaurado por la Ley 5/2018, supuso, sin duda, un importante avance para hacer frente a este creciente fenómeno, al proporcionar a los propietarios o poseedores legítimos un instrumento procesal específico y más ágil que los existentes hasta ese momento en nuestra LEC. No obstante, la experiencia de más de cinco años de aplicación práctica del nuevo procedimiento ha demostrado que este no ha sido una solución plenamente satisfactoria, por sus propias limitaciones de carácter objetivo y subjetivo (cauce procesal reservado, como se ha indicado, sólo a los casos de ocupación ilegal de viviendas y sólo a ciertas clases de poseedores de las mismas), por el breve plazo (de caducidad) de un año para el ejercicio de la acción de recuperación inmediata de la posesión, por la facilidad con que puede bloquearse la medida de entrega inmediata de la vivienda ocupada (presentando el demandado un contrato de arrendamiento falso, por ejemplo) y porque, además, el desalojo de los ocupantes por orden judicial, a causa de la sobrecarga de trabajo que padecen muchos tribunales, se demora excesivamente: según los datos ofrecidos por el

---

[7] Esta posible suspensión del procedimiento de desahucio o del lanzamiento para personas económicamente vulnerables sin alternativa habitacional en el caso —entre otros— del número 4.º del artículo 250.1 LEC se instauró a través de la modificación del RDLey 11/2020 realizada por el RDLey 37/2020, de 22 de diciembre, y estaba previsto que durase hasta la finalización del estado de alarma, pero fue sucesivamente prorrogada, siendo la última prórroga decretada antes de la Ley sobre el derecho a la vivienda de 2023, como se ha indicado en el texto principal, la establecida por el RDL 20/2022, que extendió la suspensión hasta el 30 de junio de 2023.

Nótese que entre los requisitos necesarios para que el Juez pueda suspender el procedimiento de desahucio o el lanzamiento está el de que la persona o personas que ocupan la vivienda sin título acrediten que se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica, mediante la presentación de los documentos que lo justifiquen (ap. 3, párr. 2.º del art. 1 bis del RDLey 11/2020, modificado por el RDL 20/2022). Es, por tanto, el ocupante de la vivienda quien tiene que probar esta circunstancia, de conformidad con las reglas generales del artículo 217 LEC sobre distribución entre las partes de la carga de la prueba.

Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ),[8] la duración media de los juicios verbales posesorios por ocupación ilegal de viviendas, sólo en la primera instancia, fue en el año 2022 de 10,9 meses (a los que habría que sumar, como consecuencia del recurso de apelación que normalmente interpondrá el litigante insatisfecho con la sentencia de primera instancia, otros 9,6 meses, que fue la duración media en el mismo año 2022 de la segunda instancia de los procesos civiles).[9]

La reciente Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda[10] (en adelante, LDV), a través de su extensa disposición final quinta («Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»), ha introducido reformas muy relevantes en el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* (también en los demás procedimientos del art. 250.1 LEC susceptibles de provocar el lanzamiento del demandado de una finca) que van dirigidas, fundamentalmente, a proteger a los ocupantes de viviendas que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica o social, a base de establecer unos nuevos requisitos que en determinados supuestos tendrán que cumplir los propietarios demandantes, tanto antes de interponer la demanda (nuevo requisito o presupuesto de procedibilidad consistente en someterse a un procedimiento de intermediación o conciliación) como al presentar la demanda (nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para que esta se admita a trámite).

---

[8] *Vid*. web del CGPJ [https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/ch.Estimacion-de-los-tiempos-medios-de-duracion-de-los-procedimientos-judiciales.formato1/?idOrg=20&anio=2022&territorio=Espa%C3%B1a&proc=Verbales%20posesorios%20por%20ocupaci%C3%B3n%20ilegal%20de%20viviendas].

[9] Como consecuencia de todos esos inconvenientes, los propietarios de viviendas ocupadas ilegalmente prefieren a menudo seguir el cauce del proceso de desahucio por precario (art. 250.1, núm. 2.º, LEC), que de este modo es —ha seguido siendo en los últimos años, pese a existir desde 2018 un cauce procesal específico para ello— el proceso civil más utilizado en la práctica para recuperar la posesión de inmuebles, como señala CODÓN ALAMEDA, A. *Ocupaciones ilegales*…, *op. cit*., pág. 127, entre otras en este sentido.

[10] Publicada en el BOE núm. 124, de 25 de mayo de 2023. Esta Ley entró en vigor el día siguiente al de su publicación (con la excepción prevista en su disposición final novena respecto de los incentivos fiscales aplicables en el IRPF a los arrendamientos de inmuebles destinados a vivienda, que estarán vigentes a partir del 1 de enero de 2024, coincidiendo con el siguiente ejercicio fiscal).

El presente trabajo tiene por objeto exponer y analizar críticamente tales reformas, con las que, como se podrá comprobar a lo largo de las páginas siguientes, el legislador de la LDV no soluciona ninguno de los problemas que hemos visto que plantea el procedimiento previsto en el párrafo 2.º del artículo 250.1.4.º LEC, particularmente el de su excesiva duración en la práctica; al contrario, lo que el legislador hace es retrasar más la restauración de la legalidad a través del desalojo del ocupante, al poner más obstáculos a la acción de recuperación inmediata de la posesión ejercitada por el propietario de la vivienda. Se expondrán también en las páginas siguientes las dudas sobre la constitucionalidad, en ciertos aspectos, de las reformas operadas por la LDV en el procedimiento de *desahucio exprés de okupas.*

II. Nuevo trámite obligatorio de intermediación o conciliación previo a la presentación de la demanda que pretenda la recuperación de la posesión de una vivienda ocupada ilegalmente

1. A través de la disposición final 5.ª-2 LDV se introducen en la LEC, en los supuestos que luego veremos (subap. 3), unos nuevos trámites, preceptivos, de intermediación y conciliación previos a la presentación de la demanda en los procedimientos de *desahucio* (en sentido amplio: procedimientos susceptibles de provocar el lanzamiento del demandado del inmueble) de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250, esto es, demandas en las que se pretenda la recuperación de la posesión de una finca por impago de rentas u otras cantidades debidas o por terminación del período del arrendamiento, por precario, por despojo o privación no consentida ni tolerada y por oposición a la efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad sin disponer de título para ello, respectivamente (nuevo ap. 7 del art. 439 LEC), de manera que a estos efectos se tratan igual todas las situaciones de ilegítima tenencia de una finca. Por lo tanto, a partir de ahora, en todos los casos indicados —incluido, pues, el procedimiento de *desahucio exprés de okupas*— deberá hacerse o intentarse, antes de interponer la demanda de desahucio, una conciliación o intermediación; y si la parte actora no acredita que se ha sometido previamente a uno de estos procedimientos «no se admitirá la demanda», según establece el nuevo precepto mencionado en su párrafo primero.[11]

[11] Esto supone una importante novedad en nuestro sistema procesal civil (al menos desde 1984, año en el que se reformó la LEC de 1881 para, entre otras cosas, eliminar la

Se trata, pues, de un *requisito* o *presupuesto de procedibilidad,* es decir, de un presupuesto que ha de concurrir para que pueda sustanciarse, en proceso contencioso, la pretensión de recuperación de la posesión de un inmueble: los controvertidos medios adecuados de solución de controversias (MASC) que el fallido Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia quería implantar con carácter general, como requisito de procedibilidad de todo proceso civil,[12] se han logrado introducir, por medio de la LDV, en esta concreta parcela procesal, la de las demandas de juicio verbal que versen sobre alguna de las materias enumeradas en el artículo 250.1, 1.º, 2.º, 4.º y 7.º LEC.

Lo que persigue el legislador de la Ley 12/2023 con la introducción de esta nueva medida es —además, claro, de procurar que las partes en conflicto, arrendador e inquilino o propietario y ocupante ilegítimo, lleguen a un acuerdo amistoso que permita mantener el contrato de arrendamiento o arreglar de alguna forma la situación de ocupación de un inmueble y, por tanto, se evite el inicio del correspondiente juicio de desahucio— facilitar a las Administraciones Públicas competentes, mientras se sustancia el procedimiento de conciliación o intermediación y por si este finalizara sin acuerdo, la posibilidad de dar adecuada atención a las personas y hogares afectados por un eventual desalojo, ofreciendo respuesta a través de diferentes instrumentos de protección social y de los programas de política de vivienda (en estos términos se

---

obligación de intentar una conciliación antes de iniciar cualquier proceso), ya que no se contemplaba en él la posibilidad de obligar a las partes de un conflicto jurídico de Derecho privado a recurrir, para solucionarlo, a medios extrajudiciales, ni durante el proceso civil ni antes de su iniciación: el recurso a la conciliación, la mediación, etc., era hasta ahora facultativo, no se imponía por la ley en ningún caso (véanse el art. 139.1 LJV 2015, el art. 1 LM 2012 y los arts. 9.1 y 38.2.b, entre otros, LA 2003), y tampoco podía ser ordenado por el tribunal en el curso de un proceso judicial (véase el art. 415.1, párr. 3.º, LEC).

[12] El artículo 4.1 de dicho Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal (Proyecto que caducó a finales del pasado mes de mayo con la disolución de las Cortes provocada por la convocatoria anticipada de elecciones generales) establecía que: «En el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias […] Se considerará cumplido este requisito si se acude previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de un experto independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, tipificada en esta u otras normas […]».

expresa al respecto el Preámbulo de la Ley, ap. III); es decir, se trata, en definitiva, de ganar tiempo en favor de la Administración (y a costa, obviamente, del propietario de la finca, que verá retrasado unos meses el inicio del juicio de desahucio), para que aquella pueda, aprovechando la duración del procedimiento previo a la interposición de la demanda, atender adecuadamente a las personas ocupantes de la vivienda que, por su situación económica y/o social, puedan necesitarlo en el caso de que el futuro próximo proceso termine con una resolución de condena al desalojo. Como se ha dicho, de esta manera «mientras tal proceso de intermediación se sustancia, el okupa continúa viviendo en el inmueble ajeno. […] Mientras tanto, las Administraciones Públicas tienen al okupa alojado *a coste cero,* ya que no se expropia el uso del gran tenedor, dado que ello tendría coste para el erario público».[13]

2. Prevé el nuevo apartado 7 del artículo 439 LEC, en el inciso final de su párrafo 1º, que la actora, para que se admita a trámite su demanda de desahucio, habrá de acreditar que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación «que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes, en base al análisis de las circunstancias de ambas partes y de las posibles ayudas y subvenciones existentes en materia de vivienda conforme a lo dispuesto en la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda». Serán, por tanto, las Administraciones Públicas con competencias en materia de vivienda (las Comunidades Autónomas, en virtud del art. 148.1.3.ª CE, siempre que hayan asumido esta competencia en sus respectivos Estatutos, y todas lo han hecho) quienes tendrán que regular tales procedimientos; pero la LDV no dice cuándo, no hay —s.e.u.o. por mi parte— ninguna disposición de esta Ley que fije un plazo dentro del cual las CC. AA. deberán aprobar la normativa relativa a dichos procedimientos de intermediación y conciliación. Y es urgente que lo hagan, puesto que los aspectos procesales de la Ley 12/2023, todos, ya están en vigor (desde el día siguiente al de su publicación en el BOE, es decir, desde el 26 de mayo de 2023: DF 9.ª); y sería completamente absurdo e inaceptable desde el punto de vista constitucional, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción, que un demandante no pudiera acreditar el

[13] CUENA CASAS, M. «¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)», cit; la autora se refiere aquí, en concreto, al procedimiento de «desahucio exprés de okupas», que es el que más nos interesa ahora.

cumplimiento de ese nuevo requisito de procedibilidad exigido por la LDV por no existir aún —porque la Comunidad Autónoma de que se trate todavía no los ha implementado— los nuevos trámites de intermediación y conciliación previos a la presentación de la demanda.[14]

A este respecto, la Ley prevé, además, que las CC. AA. podrán aplicar en el desarrollo de los nuevos trámites de intermediación y conciliación previos a la presentación de la demanda de desahucio, para cubrir los costes de los mismos, los recursos económicos de los planes estatales en materia de vivienda (DA 4.ª LDV).

Aunque no lo diga la Ley, se entiende que estos procedimientos serán gratuitos para las partes (arrendador y arrendatario o, cuando no exista contrato, propietario de la vivienda y ocupante de la misma); pero no hubiera estado de más que lo dijera expresamente, para que no hubiese la menor duda, e incluso que hubiera previsto —como hacía el fallido Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal— que, dado que el empleo de dichos procedimientos extrajudiciales viene impuesto por la Ley como un requisito de procedibilidad, en el caso de que las partes estén asistidas por abogados en la conciliación o intermediación previa a la presentación de la demanda de desahucio, los honorarios de estos profesionales estarán comprendidos en la asistencia jurídica gratuita, siempre que las partes tengan derecho a ella. Para esto, sin embargo, era necesario modificar la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita —añadiendo un nuevo apartado al art. 6 de esta Ley, que es, como se sabe, el precepto que enumera las prestaciones que incluye el derecho a la asistencia jurídica gratuita—, modificación esta que la LDV no contempla en ningún momento.

3. Los supuestos en los que es preceptivo seguir un procedimiento de conciliación o intermediación antes de presentar la demanda de desahucio los establece claramente el nuevo apartado 7 del artículo 439 LEC al comienzo de su párrafo

[14] Parece claro que, tal y como está redactado el precepto en cuestión (procedimientos de intermediación y conciliación «que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes»), el legislador de la LDV no estaba pensando, para nada, en que pudiera utilizarse en estos casos la conciliación judicial preprocesal regulada en la Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015 (título IX, arts. 139 a 148 de esta Ley). Pero, a mi juicio, mientras las CC. AA. no establezcan esos procedimientos de intermediación y conciliación a los que se refiere la Ley 12/2023, debería permitirse el empleo de otros MASC ya regulados y, en particular, del procedimiento de la conciliación previsto en la LJV, a fin de no abocar a los demandantes, en los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del apartado 1 del artículo 250 LEC, a un auténtico callejón sin salida.

primero: cuando, tratándose de alguno de los casos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 LEC, la parte actora tenga la condición de «gran tenedora» de viviendas, el inmueble objeto de demanda constituya la «vivienda habitual» de la persona ocupante y la misma se encuentre en situación de «vulnerabilidad económica». Si concurren estas tres circunstancias, previamente a la interposición de la demanda deberá seguirse, necesariamente, uno de aquellos procedimientos.

La Ley 12/2023, directamente o por medio de la modificación de la LEC, se encarga de definir estos términos. Así, según la Ley y a los efectos de lo establecido en ella:

– De un lado, *gran tenedor de vivienda* es la persona física o jurídica que sea titular de más de diez inmuebles urbanos de uso residencial o una superficie construida de más de 1.500 m^2 de uso residencial, excluyendo en todo caso garajes y trasteros;[15] no obstante, se especifica que esta definición general podrá ser particularizada por las CC. AA. en la declaración de entornos de «mercado residencial tensionado», pudiendo alcanzar en este contexto a los titulares de cinco o más inmuebles urbanos de uso residencial que estén ubicados en dichos entornos, cuando así se motive por la Comunidad Autónoma en la correspondiente memoria justificativa (art. 3.k de la Ley).[16]
– De otro, *vivienda habitual* es aquella que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en Derecho (art. 3.i de la Ley).
– Finalmente, la LDV, mediante su disposición final 5ª-4, añade un apartado 7 al artículo 441 LEC, en el que se establecen unos concretos parámetros de *vulnerabilidad económica* basados en criterios de carácter objetivo: para apreciar la situación de vulnerabilidad económica, el tribunal —dice ese nuevo precepto de la LEC— podrá considerar el hecho de que el importe de la renta, si se trata de un juicio de desahucio por falta de pago, más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 % de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance: a) Con carácter general, el límite de 3 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples mensual

[15] Tal definición general de gran tenedor ya se recogía, en términos muy parecidos, en el RDLey 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, pero acotándose ahora, en el texto de la Ley 12/2023, a aquellos inmuebles y superficies que sean de uso residencial.

[16] Sobre el concepto de «zonas de mercado residencial tensionado», quién puede declararlas, en qué casos, cómo y por cuánto tiempo, véase el título II, capítulo I de la Ley 12/2023, arts. 18 y 19.

(en 2023 el valor oficial del IPREM mensual asciende a 600,00 €);[17] b) Este límite se incrementará en 0,3 veces el IPREM por cada hijo a cargo en la unidad familiar; el incremento aplicable será de 0,35 veces el IPREM por cada hijo en el caso de unidad familiar monoparental o de hijos con discapacidad igual o superior al 33 %; c) Este límite se incrementará en 0,2 veces el IPREM por cada persona mayor de 65 años miembro de la unidad familiar o personas en situación de dependencia a cargo; y d) En caso de que alguno de los miembros de la unidad familiar tenga declarada una discapacidad igual o superior al 33 %, situación de dependencia o enfermedad que le incapacite de forma permanente para realizar una actividad laboral, el límite previsto en la letra a) será de 5 veces el IPREM, sin perjuicio de los incrementos acumulados por hijo a cargo. El nuevo apartado 7 del artículo 441 LEC prevé también que, a estos mismos efectos, el tribunal valorará igualmente la situación de vulnerabilidad que pudiera concurrir en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos; y que podrá apreciar asimismo la *vulnerabilidad social* de la parte demandada, pudiendo considerar para ello el hecho de que, entre quienes ocupen la vivienda, se encuentren «personas dependientes» de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, víctimas de violencia sobre la mujer o personas menores de edad.

4. Para acreditar el cumplimiento de este presupuesto para la admisión de la demanda de desahucio, la actora deberá aportar alguno de estos documentos (mencionados en el párr. 2.º del nuevo ap. 7 del art. 439 LEC): 1.º) La declaración responsable emitida por la propia actora de que ha acudido a los servicios de las

[17] Téngase en cuenta que actualmente España es un país de «mileuristas»: según cifras oficiales, cuatro de cada diez españoles ganan en torno a 1.000 euros al mes (son más de quince millones de trabajadores, autónomos, parados y pensionistas), lo que significa que padecemos una situación general de precariedad económica (así, «El mileurismo hoy es indicativo de una precariedad generalizada», artículo publicado en elEconomista.es el 5 de abril de 2023 [disponible en línea en: https://www.eleconomista.es/actualidad/noticias/12217661/04/23/la-primera-mileurista-de-espana-el-mileurismo-hoy-es-indicativo-de-una-precariedad-generalizada.html].

Así las cosas, son muchas, muchísimas las personas que en nuestro país cumplen hoy ese criterio objetivo general establecido en el nuevo apartado 7 del artículo 441 LEC, a los efectos de otorgarles protección en un juicio de desahucio por falta de pago.

Administraciones autonómicas y locales competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social,[18] en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que hubiera sido atendida la solicitud de intermediación o conciliación o se hubieran iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que presentó su solicitud, junto con justificante acreditativo de la misma; 2.º) El documento acreditativo de los servicios administrativos competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación, en el que se hará constar, además, la identidad de las partes, el objeto de la controversia y, en su caso, si alguna de las partes ha rehusado participar en el procedimiento; este documento no podrá tener una vigencia superior a tres meses.

> Se ha de tener en cuenta, no obstante, que en el supuesto de que la arrendadora sea una entidad pública de vivienda, el requisito anterior se podrá sustituir, en su caso, por la previa concurrencia de la acción de los servicios específicos de intermediación de la propia entidad, que se acreditará en los términos antes expuestos (último párrafo del nuevo ap. 7 del art. 439 LEC).

5. Por último, debe señalarse que en la disposición transitoria tercera LDV se establece la sujeción de los procedimientos suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptaron medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19,[19] al procedimiento de conciliación o intermediación previsto en el nuevo apartado 7 del artículo 439 LEC. Es decir, tras la entrada en vigor de la LDV y a partir

---

[18] Estos servicios tendrán que haber sido «específicamente designados conforme la legislación y normativa autonómica en materia de vivienda» (letra c del nuevo ap. 6 del art. 439 LEC); es preciso, pues, que las CC. AA. hagan esta designación —los concretos servicios administrativos a los que tendrá que acudir la parte actora en estos casos—, y que la hagan cuanto antes.

[19] Téngase en cuenta que los mencionados artículos 1 y 1 bis del RDLey 11/2020 han sido modificados en numerosas ocasiones, la última de ellas mediante el reciente RDLey 5/2023, de 28 de junio, por el que —entre otras cosas— se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania y de apoyo a otras situaciones de vulnerabilidad (véase, en concreto, el art. 168 de este último RDLey).

del 31 de diciembre del 2023,[20] los procedimientos de desahucio y los lanzamientos indicados en los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020 que se encuentren en suspenso por aplicación de dichos preceptos, cuando la parte actora sea una gran tenedora de vivienda (en los términos del art. 3.k LDV, que hemos visto ya), sólo se reanudarán a petición expresa de la misma si acredita que se ha sometido al procedimiento de conciliación o intermediación que a tal efecto establezcan las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda (esto podrá acreditarlo la parte actora mediante alguna de las dos formas antes mencionadas: declaración responsable emitida por ella o documento acreditativo de los servicios administrativos competentes que indique el resultado del procedimiento de conciliación o intermediación).

Desconozco cuántos procedimientos de desahucio y lanzamientos continuaban suspendidos en virtud de los artículos 1 y 1 bis del Real Decreto-ley 11/2020 después de la entrada en vigor de la LDV.[21] Ahora bien, sea cual sea su número, esta me parece una medida absolutamente desproporcionada, una nueva vuelta de tuerca que la Ley 12/2023 da a los grandes tenedores de viviendas, que, en este caso al menos, no es razonable; en mi opinión, no resulta para nada sencillo justificar que alguien, por más que se trate de un gran tenedor (que, no se olvide, en un entorno de mercado residencial tensionado puede ser una persona que sea titular de cinco inmuebles urbanos de uso residencial), que ha visto cómo su procedimiento de desahucio se suspendía *ex lege* hasta el 31 de diciembre de 2023 por una causa de fuerza mayor (la pandemia provocada por el COVID-19, la guerra de Ucrania o la actual dinámica inflacionista), ahora, para que se reanude dicho procedimiento, deba acreditar, además, que se ha sometido a un procedimiento de conciliación o intermediación con el arrendatario u ocupante de su vivienda (un requisito de procedibilidad que no existía

[20] Adviértase que el texto original de la disposición transitoria 3.ª LDV se refería al 30 de junio de 2023, pero el Real Decreto-ley 5/2023, con la finalidad de atender a la realidad social y económica de los hogares en la actual dinámica inflacionista, ha modificado, a través de su disposición adicional 5.ª, esta referencia temporal en el sentido de que «se entenderá hecha al 31 de diciembre de 2023».

[21] No he podido encontrar cifras oficiales al respecto; en *La Justicia Dato a Dato, año 2022. Estadística Judicial*, publicada por el Consejo General del Poder Judicial, s.e.u.o. por mi parte, nada se dice sobre este particular.

en nuestro ordenamiento procesal civil cuando se inició ese procedimiento de desahucio).[22]

III. Nuevos requisitos de contenido y aportación de documentos para la admisión a trámite de la demanda

1. El apartado 6 del artículo 439 LEC (añadido a esta por la DF 5.ª-2 LDV) establece unos nuevos requisitos, tanto de contendido como de aportación de documentos, para la admisión a trámite de las demandas de *desahucio* (en sentido amplio) en los casos del artículo 250.1, números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º LEC, quedando comprendidas, por tanto, las demandas de *desahucio exprés de okupas* (caso del art. 250.1.4.º, párr. 2.º, LEC). Concretamente, el mencionado precepto dispone que en tales casos no se admitirán las demandas que pretendan la recuperación de la posesión de una finca en las que no se especifiquen y acrediten las tres circunstancias siguientes (las dos primeras, por todo propietario que quiera desalojar a un ocupante; la última, sólo por el propietario que, queriendo lo mismo, sea un gran tenedor):

a) Si el inmueble objeto de la demanda constituye o no la «vivienda habitual» de la persona ocupante, o lo que es lo mismo, el domicilio permanente de esta persona (art. 3.i LDV). Nótese que es el propietario demandante quien ha de probar esto, en vez del ocupante demandado en defensa de la reclamación de aquel, que sería lo más lógico.

   A priori, esta circunstancia podría acreditarse por la actora con relativa facilidad: bastaría que aportase con la demanda de desahucio, entre los documentos relativos al fondo del asunto (art. 265.1 LEC), una certificación —original o copia fehaciente— del padrón municipal de la persona ocupante de la vivienda en cuestión.[23] Hay que tener en cuenta, sin embargo, que, en

[22] Lo establecido por la disposición transitoria 3.ª LDV comporta la aplicación retroactiva de una norma procesal (la que prevé esos nuevos trámites previos a la presentación de la demanda de desahucio) a procedimientos ya iniciados y que fueron suspendidos por aplicación del RD-ley 11/2020, en contra, pues, de la regla general que sienta la LEC (art. 2) de la irretroactividad de las normas procesales.

[23] Los datos del Padrón Municipal (el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio) constituyen prueba de la residencia de una persona en el municipio y del domicilio habitual en el mismo; las certificaciones que se expidan de dichos datos tendrán carácter de

general, un certificado de empadronamiento sólo puede pedirlo —ya sea de forma presencial o electrónica— el propio interesado, por lo que si por cualquier razón quien lo pide es un tercero (en este caso, el propietario del inmueble objeto de la demanda), este deberá haber sido autorizado para ello, es decir, mostrar una carta de autorización firmada por el inquilino u ocupante y una copia de su DNI.[24] Pero como es evidente, el ocupante —que muy probablemente no tiene relación alguna con el propietario, y de tenerla no será precisamente buena— nunca le facilitará dicha documentación al actor que quiere echarle de la vivienda, por lo que a este no le resultará fácil probar esta circunstancia. Así pues, creo que en este caso al actor le debería ser suficiente justificar en la demanda que ha intentado obtener la documentación en cuestión (carta de autorización firmada por el ocupante y copia de su DNI) y que ha habido una negativa del demandado a facilitársela, con un suplico al juzgado para que —en el transcurso del proceso— requiera al Ayuntamiento que aporte la correspondiente certificación del padrón.

b) Si concurre o no en la parte demandante la condición de «gran tenedora» de viviendas, en los términos que establece el art. 3.k LDV y que hemos visto ya (recordemos que, con carácter general, gran tenedora es la persona que es titular de más de 10 inmuebles urbanos de uso residencial o de una superficie construida de más de 1.500 m^2 de uso residencial).

   En el caso de que la actora indique que no es gran tenedora, deberá adjuntar a la demanda de desahucio, a efectos de corroborar tal extremo, una certificación del Registro de la Propiedad en la que consten todas las propiedades a su nombre. Se ha criticado, con razón, el planteamiento que hace la LDV de esta cuestión: «Hay una suerte de presunción de que el demandante es un gran tenedor, teniendo la carga de la prueba de que no lo es aportando certificación del Registro de la Propiedad en la que conste los

---

documento público y fehaciente para todos los efectos administrativos (art. 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local).

[24] Así se indica, por ejemplo, en la página web de mi municipio (Calviá, Mallorca, Islas Baleares) [https://seuelectronica.calvia.com/opensiac/action/tramitesinfo?method=enter&id=362]. También, en la web de Fotocasa, uno de los principales portales inmobiliarios de España [https://www.fotocasa.es/fotocasa-life/hogar/todo-lo-que-necesitas-saber-sobre-el-certificado-de-empadronamiento/].

bienes de los que es titular. Por lo tanto, el propietario usurpado tiene que incurrir en costes para acreditar que no es un gran tenedor».[25]

c) En caso contrario, esto es, si la parte demandante indica que tiene la condición de gran tenedora, deberá especificar en la demanda, además, si la parte demandada se encuentra o no en situación de «vulnerabilidad económica» (tratándose de una demanda que pretenda la inmediata recuperación de la posesión de una vivienda ocupada ilegalmente, la regla general será que el demandado esté en situación de vulnerabilidad, pues lo normal es que sean personas vulnerables las que ocupen inmuebles ajenos). Recordemos que la LDV, a través de su disposición final 5.ª-4, ha añadido al artículo 441 LEC un nuevo apartado 7 en el que se establecen unos concretos parámetros de vulnerabilidad económica basados en criterios de carácter objetivo (según este precepto, como hemos visto ya, con carácter general se puede apreciar la existencia de una situación de vulnerabilidad económica cuando, tratándose de un juicio de desahucio por falta de pago —pero esto puede servir de referencia también para los demás procedimientos de desahucio—, el importe de la renta más el de los suministros de electricidad, gas, agua y telecomunicaciones suponga más del 30 % de los ingresos de la unidad familiar y que el conjunto de dichos ingresos no alcance el límite de 3 veces el IPREM mensual; en definitiva: el demandado padece dicha situación si, por ejemplo, cobra un sueldo mensual de 1.500 euros, pero paga una renta mensual de 600 euros).

   Para acreditar la concurrencia o no de dicha vulnerabilidad económica de la demandada, en principio la actora deberá aportar con su demanda un documento expedido por los servicios de las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda, asistencia social, evaluación e información de situaciones de necesidad social y atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social; este documento, además, habrá de tener una vigencia no superior a tres meses y haberse obtenido con el previo consentimiento de la persona ocupante de la vivienda.[26]

---

[25] Así, CUENA CASAS, M. *¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)*, cit.

[26] Es decir, en el supuesto que aquí nos interesa —el del *desahucio exprés de okupas*— resulta que «el propietario al que le han okupado su vivienda tiene que pedirle autorización al

> Dado que lo más probable —mejor dicho, seguro— es que este método fracase, porque el ocupante no prestará su consentimiento, se prevé que la concurrencia o no de esta última circunstancia también podrá acreditarse mediante la aportación por la parte actora, con su demanda de desahucio, de uno de estos otros documentos contemplados en el último párrafo del nuevo ap. 6 del art. 439 LEC: 1.º) la declaración responsable emitida por la propia actora de que ha acudido a los servicios administrativos indicados anteriormente, en un plazo máximo de cinco meses de antelación a la presentación de la demanda, sin que su solicitud hubiera sido atendida o se hubiesen iniciado los trámites correspondientes en el plazo de dos meses desde que la presentó, junto con justificante acreditativo de la misma; 2.º) el documento de los servicios administrativos competentes acreditativo de que la persona ocupante del inmueble objeto de la demanda no consiente el estudio de su situación económica, documento este que no podrá tener una vigencia superior a tres meses.[27]

2. ¿Qué busca el legislador de la LDV con el establecimiento de estos nuevos requisitos de contenido y de aportación de documentos para la admisión de las demandas que pretendan la recuperación de la posesión de una finca? El Preámbulo de la Ley (ap. III) es muy poco expresivo al respecto, limitándose a decir que a través de su disposición final quinta «se introducen [en la LEC] importantes mejoras en la regulación del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad» (*importantes mejoras,* obviamente, para el demandado, en interés exclusivamente de

okupa para que pueda solicitar un documento a las Administraciones públicas que declare que es vulnerable. Que el propietario tenga que mendigar autorización al okupante es no solo humillante, sino sobre todo absurdo pues el okupa lo que quiere es ganar tiempo y no dar facilidades. Como este planteamiento es ridículo, el propio legislador parece reconocerlo y da otras opciones para acreditar la vulnerabilidad del okupa»: así, CUENA CASAS, M. *¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)*, cit.

[27] Si habiéndose especificado todo ello en la demanda de desalojo, resulta probado que concurren en ese caso las tres circunstancias indicadas (es decir, la parte actora es una gran tenedora de viviendas, el inmueble objeto de la demanda es la vivienda habitual de la persona ocupante y la misma está en situación de vulnerabilidad económica), recuérdese que será necesario, para que aquella se admita, que la actora también pruebe documentalmente que se ha sometido con antelación a un procedimiento de conciliación o intermediación, en los términos que hemos expuesto en el apartado anterior (*vid*. *supra*, ap. II).

este) y que, entre otros aspectos, se puede destacar que «se amplía el ámbito de protección cuando se identifiquen situaciones de vulnerabilidad», ya que nada de esto preveía hasta ahora el artículo 439 LEC. Esta protección ampliada frente a los desahucios de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica se articula por la LDV, como acabamos de ver, imponiendo al propietario la carga de indicar y acreditar en su demanda, cuando esta tenga por objeto un inmueble que constituya la vivienda habitual del demandado y el demandante tenga la condición de gran tenedor, si aquel se halla o no en dicha situación de vulnerabilidad económica; y, para ello, lo primero que deberá hacer el demandante es pedirle a la Administración Pública competente que evalúe la situación del demandado y, en su caso —si este se halla en situación de vulnerabilidad económica—, le atienda rápidamente. Como se ha señalado, de este modo se asegura, a costa de los propietarios —en ningún caso de las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda—, que los Servicios Sociales puedan ofrecer soluciones habitacionales a los afectados por demandas de desahucio, evitando así situaciones de desamparo de personas vulnerables como consecuencia de un desalojo que puede ser inminente;[28] o, en palabras de CUENA CASAS[29] —y refiriéndose concretamente al *desahucio exprés de okupas*—, con ese planteamiento que hace la Ley 12/2023, «mientras el propietario dedica su tiempo y

---

[28] En este sentido se pronuncia DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L. «Los arrendamientos en la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda», en *Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas* (5 de junio de 2023), ap. 2.8: «Modificaciones en los procedimientos de desahucio», pág. 16. La citada autora recoge ahí las críticas del CGPJ a este aspecto del Anteproyecto LDV (que se ha mantenido exactamente igual en la redacción final de la Ley), por imponer una carga excesiva a los propietarios: con lo establecido en la disposición final 5.ª —señalaba el CGPJ en su Informe de 27 de enero de 2022— «se carga al propietario —que puede ser persona física igualmente vulnerable—, y no a la Administración, con el costo de mantener la ocupación, normalmente arrendaticia, sin pago de renta alguna, es decir ahora en precario, durante un largo período». *Vid*. Consejo General del Poder Judicial, Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda, de 27 de enero de 2022, Conclusión decimoséptima, pág. 60 del documento, en formato pdf, que puede descargarse en: https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-anteproyecto-de-Ley-por-el-derecho-a-la-vivienda

[29] CUENA CASAS, M. *¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)*, cit.

recursos a obtener esta documentación y a hacerse cargo de todos los gastos de inmueble, el okupa continúa disfrutando sin coste de una vivienda ajena. El sistema es, desde luego, demencial porque esta *burocracia* no necesariamente protege al vulnerable, sino a todos los okupas».

Particularmente crítico con lo establecido en el nuevo apartado 6 del artículo 439 LEC se muestra CORTÉS DOMÍNGUEZ:[30] en su opinión —que comparto—, este precepto añadido a la LEC por la Ley que comentamos, aparte de contener «una serie de párrafos farragosos, oscuros, reiterativos y mal redactados», representa «un importante empeño del legislador de impedir el normal ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva que tiene el propietario o el usufructuario de un inmueble dedicado a vivienda para recuperar su posesión de quien no tiene título legítimo para ello, agravando la situación procesal del demandante con una inusual e irregular, desde el punto de vista constitucional, exoneración de la carga de la prueba [sic. del demandado] que hace quebrar el principio de la igualdad de partes en el proceso y el de la distribución de la carga de la prueba de acuerdo con el elemental principio de la facilidad probatoria (art. 217 LEC). Pueden existir, pues, serias dudas de la constitucionalidad de la reforma que estamos analizando».[31]

---

[30] CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con MORENO CATENA, V.), *op. cit.*, págs. 113 y 114.

[31] En sentido muy parecido, DEL SAZ DOMÍNGUEZ, L. «¿Son válidas las cláusulas pactadas en los contratos de arrendamiento para prevenir la inquiokupación?», en Centro de Estudios de Consumo, Publicaciones Jurídicas (19 de julio de 2023), pág. 2: Se introducen por la Ley 12/2023 —dice esta autora— «nuevas exigencias procedimentales que actúan como requisitos de procedibilidad para interponer la demanda, exigiendo a los demandantes que a partir de ahora ejerciten las acciones de desahucio previstas en el art. 250.1.1º, 2º, 4º y 7º de la Ley de Enjuiciamiento Civil el cumplimiento de diversos requisitos documentales a aportar con la demanda —entre otros, si el inmueble constituye vivienda habitual de la persona ocupante, si la demandante reúne la condición de gran tenedora de vivienda, lo que deberá acreditar con una certificación emitida por el Registro de la Propiedad en el que conste la relación de propiedades a nombre de la parte actora, ex art. 439.6 LEC, denominada nota de índices, y si la parte demandada se encuentra o no en situación de vulnerabilidad económica—. Todo lo anterior supone una inversión en la carga de la prueba, quedando configurado como un obstáculo procesal que deberá depurar el demandante, para quien el tiempo apremia».

IV. Extensión a todos los desahucios de la posible suspensión del proceso por el Juez ante una situación de vulnerabilidad del demandado, previa valoración del caso concreto, e incremento de los plazos de suspensión

1. Hasta su modificación por la Ley 12/2023 (DF 5.ª-4), el apartado 5 del artículo 441 LEC preveía que en los supuestos del artículo 250.1, núm. 1.º LEC —esto es, demandas de desahucio por impago de rentas u otras cantidades debidas por el arrendatario o por expiración del plazo del arriendo fijado contractual o legalmente—, admitida la demanda, se informará al demandando de la posibilidad de que acuda a los servicios sociales, y en su caso, de que autorice la cesión de sus datos a estos, a efectos de que puedan apreciar la posible situación de vulnerabilidad; y a los mismos efectos (valorar si el demandado se encuentra o no en situación de vulnerabilidad) se comunicará, de oficio por el Juzgado, la existencia del procedimiento a los servicios sociales. «En caso de que los servicios sociales confirmasen que el hogar afectado [por el desahucio arrendaticio] se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o económica —añadía dicho ap. 5 del art. 441 LEC, antes de su reforma por la LDV—, se notificará al órgano judicial inmediatamente. Recibida dicha comunicación, *el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso [de desahucio arrendaticio] hasta que se adopten las medidas que los servicios sociales estimen oportunas, durante un plazo máximo de suspensión de un mes a contar desde la recepción de la comunicación de los servicios sociales al órgano judicial, o de tres meses si el demandante es una persona jurídica.* Una vez adoptadas las medidas o transcurrido el plazo se alzará la suspensión y continuará el procedimiento por sus trámites. En estos supuestos, la cédula de emplazamiento al demandado habrá de contener datos de identificación de los servicios sociales a los que puede acudir el ciudadano» [las cursivas son mías].

Así pues, la suspensión del proceso que preveía hasta ahora el artículo 441.5 LEC era automática y por resolución (decreto) del letrado de la Administración de Justicia: este suspendía el procedimiento de desahucio arrendaticio en cuanto el tribunal recibía la comunicación de los servicios sociales confirmando, tras la evaluación correspondiente, que la persona o familia afectada por el posible desahucio se encontraba en situación de vulnerabilidad social y/o económica. Y esta suspensión del proceso, además, se producía por el plazo máximo de 1 mes, si el demandante era una persona física, o de 3 meses si el demandante era una persona jurídica; plazo durante el cual los servicios sociales podían adoptar las medidas que estimaran oportunas en favor de la persona o personas ocupantes de la finca objeto de la demanda.

2. Ahora, con la modificación realizada en el apartado 5 del artículo 441 y la adición a este artículo de la LEC de dos apartados —los nuevos aps. 6 y 7— por la disposición final 5.ª-4 de la LDV, la situación ha cambiado de forma muy notable, en varios puntos. En efecto:

a) Ante todo, se ha ampliado sustancialmente el ámbito de aplicación del incidente de suspensión del desahucio por situación de vulnerabilidad económica del demandado, en el sentido de que este incidente se extiende ahora a todos los juicios verbales del artículo 250.1, números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º LEC susceptibles de provocar el lanzamiento del demandado de su vivienda habitual, incluido, pues, el procedimiento de *desahucio exprés de okupas* del párrafo 2.º del número 4.º del artículo 250.1 LEC (véase el modificado ap. 5 del art. 441 LEC).
b) En segundo lugar, la suspensión del procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad ahora se acuerda por el Juez mediante auto (no por el letrado de la Administración de Justicia mediante decreto),[32] a la vista de la información recibida de las Administraciones Públicas competentes y de las alegaciones de las partes, y, además, esta suspensión no es automática, sino que el Juez tomará la decisión de suspender o no el proceso para que se adopten las medidas propuestas por las Administraciones Públicas previa valoración ponderada y proporcional del caso concreto, apreciando las situaciones de vulnerabilidad que pudieran concurrir también en la parte actora y cualquier otra circunstancia acreditada en autos (véase el nuevo ap. 7 del art. 441 LEC, que añade que a estos efectos el Juez, para apreciar la situación de vulnerabilidad económica, podrá considerar en particular los concretos parámetros establecidos ahora en este precepto de la LEC y a los que ya nos hemos referido anteriormente).

[32] Con una salvedad: recibida por el tribunal la comunicación de la Administración Pública competente confirmando que la familia afectada se encuentra en situación de vulnerabilidad económica y, en su caso, social, «el Letrado o Letrada de la Administración de Justicia dará traslado a las partes para que en el plazo de cinco días puedan instar lo que a su derecho convenga, procediendo a suspender la fecha prevista para la celebración de la vista o para el lanzamiento, de ser necesaria tal suspensión por la inmediatez de las fechas» (último párrafo del modificado ap. 5 del art. 441 LEC). Es decir, en caso de urgencia, por la proximidad de la fecha señalada para la vista o el lanzamiento, el Letrado de la Administración de Justicia suspenderá el proceso provisionalmente, a la espera de que el Juez resuelva la cuestión de forma definitiva.

c) Finalmente, se incrementan considerablemente los plazos de suspensión del procedimiento de desahucio cuando exista vulnerabilidad, a fin de que las Administraciones Públicas competentes dispongan de más tiempo para adoptar las medidas propuestas (vivienda alternativa en alquiler social, ayudas económicas y subvenciones, etc.), pasando de 1 a 2 meses si la parte demandante es persona física, y de 3 a 4 meses si es persona jurídica (véase el nuevo ap. 6 del art. 441 LEC).

Téngase en cuenta, además, que el antes citado Real Decreto-ley 5/2023, con la finalidad de atender a la realidad social y económica de los hogares en la actual dinámica inflacionista, a través de su artículo 168 ha modificado de nuevo el RDLey 11/2020, extendiendo hasta el 31 de diciembre de 2023, en todos los supuestos de los números 1.º, 2.º, 4.º y 7.º del artículo 250.1 LEC, la posible suspensión de los procedimientos de desahucio y de los lanzamientos para personas y hogares económicamente vulnerables sin alternativa habitacional, reforzando así el derecho a la vivienda de estas personas y hogares (las situaciones de «vulnerabilidad sin alternativa habitacional» se describen en las letras a) y b) del art. 5.1 de dicho RDLey 11/2020).[33]

---

[33] Coincido con lo que señala al respecto CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. *Derecho Procesal Civil. Parte Especial* (con MORENO CATENA, V.), *op. cit*., pág. 136: «según nuestro criterio, esa suspensión, si sigue prorrogándose, no puede suponer de hecho ni de derecho una especie de enervación especial de la acción de desahucio, pues se eliminaría de forma continuada uno de los derechos que surgen para el arrendador de la relación jurídica arrendaticia, sea aquel persona física o jurídica, por lo que, en su caso, debe contener, cuando menos, para evitar una expropiación de derechos ilegítima, medidas de resarcimiento y de protección, por otras vías, de los derechos esenciales del arrendador, como son el de percibir el canon arrendaticio y el de resolver los contratos que se incumplen por el arrendatario».

Adviértase, además, que estas repetidas prórrogas de las suspensiones de los procedimientos de desahucio y los lanzamientos establecidas en nuestra normativa pueden ser contrarias a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre ocupaciones ilegales: efectivamente, en la Sentencia TEDH de 13 de diciembre de 2018 (asunto Casa di Cura Valle Fiorita S.R.L. c. Italia; demanda núm. 67944/13) el Tribunal de Estrasburgo concluye afirmando, por unanimidad, que la demora prolongada en la ejecución de una orden judicial de desalojo de los ocupantes ilegales de un inmueble, aun escudándose las autoridades

V. Prohibición, en todos los desahucios, de los señalamientos de lanzamientos sin fecha y hora predeterminadas

1. El nuevo apartado 5 del artículo 440 LEC, añadido por la disposición final 5.ª-3 LDV, prescribe que en todos los decretos del letrado de la Administración de Justicia o resoluciones del Juez dictadas en todos los procedimientos de desahucio —incluido, pues, el *desahucio exprés de okupas*— y cuyo objeto sea «el señalamiento del lanzamiento, independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad, se deberá incluir el día y la hora exacta en los que tendrá lugar el mismo».[34]

Se prohíben, por tanto, los desahucios sin fecha y hora predeterminada para llevar a cabo el lanzamiento, algo que hasta ahora el tribunal omitía en ocasiones precisamente para evitar las movilizaciones que se producían con la finalidad de impedirlos (y que derivaban, en algunos casos, en disturbios en el inmueble en cuestión y sus alrededores). Está claro que el nuevo precepto[35] constituye un guiño del legislador de la LDV a las organizaciones antidesahucios y a los sindicatos de inquilinos (como la Plataforma de Afectadas por la Hipoteca o el Sindicato de

---

italianas en consideraciones sociales (la imposibilidad de encontrar alojamiento alternativo para los ocupantes debido a la falta de recursos) y en temores a perturbaciones del orden público, viola el derecho del titular legítimo del inmueble a un proceso justo (art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos-CEDH), así como su derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo núm. 1 CEDH).

[34] Esta exigencia de que en todos los señalamientos de lanzamientos se exprese el día y la hora exacta en la que tendrán lugar, se establece también para los lanzamientos que se lleven a cabo en el marco de las ejecuciones dinerarias (*vid*. art. 675 LEC, modificado por la disposición final 5.ª-7 LDV) y no dinerarias (*vid*. ap. 2 del art. 704 LEC, modificado por la disposición final 5.ª-9 LDV).

[35] Aunque, en realidad, la novedad de este apartado 5 del artículo 440 LEC es, a mi modo de ver, sólo relativa, porque el apartado 4 del mismo artículo de la LEC ya establecía antes, y sigue estableciendo ahora, que en todos los casos de desahucio, en la resolución que se dicte declarándolo «se fijará día y hora exactas para que tenga lugar, en su caso, el lanzamiento". Así pues, en esto no parece que haya novedad alguna; el cambio está, si acaso, en que este señalamiento del lanzamiento, con indicación del día y la hora exacta, se tendrá que hacer a partir de ahora cuantas veces se vaya a proceder al mismo, «independientemente de que éste se haya intentado llevar a cabo con anterioridad».

Inquilinas e Inquilinos de Madrid). El asunto no tiene mayor trascendencia, aunque —eso sí— obligará a reforzar la seguridad de la comisión judicial y de las demás personas que intervengan en el acto del lanzamiento (el demandante o su procurador y un cerrajero), cuando el tribunal y/o el propietario sospechen que podrá haber problemas de orden público a la hora de proceder al mismo, solicitando que en tal caso también acuda la policía.

2. Por lo demás, este nuevo apartado 5 del artículo 440 LEC ha de ponerse en relación con otro precepto de la LEC que ha sido modificado asimismo por la LDV (concretamente, por la DF 5.ª-1 de esta): me refiero al apartado 4 del artículo 150 de aquella Ley, que, con respecto a la notificación de resoluciones que contengan la fijación de fecha para el lanzamiento de quienes ocupan una vivienda, elimina a partir de ahora la necesidad de consentimiento de estos en el traslado a las Administraciones Públicas competentes para comprobar su situación de vulnerabilidad en los procedimientos de desahucio, por si procediera la actuación de dichas Administraciones (el Preámbulo de la LDV, ap. III, incluye esta eliminación entre los aspectos más destacables de la reforma que realiza en el procedimiento de desahucio en situaciones de vulnerabilidad).[36]

VI. Conclusión

1. Como se ha señalado[37] —y estoy totalmente de acuerdo— las modificaciones realizadas en los juicios de desahucio por la Ley 12/2023 tienen una motivación bien

---

[36] En relación con las distintas comunicaciones a las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social previstas legalmente, advirtió el CGPJ, en su Informe al Anteproyecto LDV, que los numerosos plazos que se regulan para efectuar tales comunicaciones determinarán, sin duda, amplias «dilaciones adicionales, tiempos muertos procesales fatalmente derivados de la propia mecánica de funcionamiento de nuestros tribunales, que pueden convertir aquel en un trámite muy costoso…» (CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Informe sobre el anteproyecto de Ley por el derecho a la vivienda, cit., ap. VII: Conclusiones).

[37] SÁNCHEZ-RIVERA, P. «Algunas cuestiones del juicio de desahucio a la luz de las modificaciones introducidas por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda». Comunicación presentada en el *IV Congreso Internacional de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, celebrado en Palma los días 5 y 6 de

intencionada, puesto que ponen al ocupante vulnerable en el centro; pero, a la vez, conllevan la atribución al propietario o poseedor legítimo de una finca que pretenda recuperar la posesión de la misma de unas cargas procesales (requisitos de procedibilidad de la demanda, carga de la prueba de hechos que, en principio, no le corresponde probar…) que son desproporcionadas. Especialmente para el propietario gran tenedor, los requisitos que ahora se le exigen son tan gravosos que rayan lo irrazonable, hasta el punto que podrían atentar contra el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho de acceso a los tribunales, al suponer verdaderos obstáculos para acceder a ellos.[38]

Por todo lo anterior, la reforma del procedimiento de *desahucio exprés de okupas* operada por la Ley 12/2023 merece, a mi juicio, una valoración muy negativa; tan

---

octubre de 2023, bajo el título *La eficiencia de la Justicia a debate*, pág. 9 del texto original de dicha Comunicación. El autor se centra en este trabajo en las modificaciones operadas por la LDV en el proceso de desahucio por falta de pago de las rentas del número 1.º del art. 250.1 LEC, pero las conclusiones a las que llega son válidas también para los procesos de los números 2.º, 4.º y 7.º de dicho precepto de la LEC, dado que tales modificaciones han alcanzado, como hemos visto en las páginas anteriores, a todos los procesos de desahucio en sentido amplio.

[38] En ese sentido, téngase en cuenta que ya se han interpuesto varios recursos de inconstitucionalidad contra la LDV: concretamente, han recurrido esta Ley ante el TC los Gobiernos de las CC. AA. de Andalucía, Baleares y Madrid, el Parlamento de Cataluña y el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados (*vid*. Nota Informativa núm. 74/2023, de 26 de septiembre, de la Oficina de Prensa del Gabinete del Presidente del Tribunal Constitucional); también la ha recurrido —aunque el referido comunicado del TC no lo mencione— el Gobierno del País Vasco (*vid*. la web de dicho Gobierno, sección de Noticias, 26 de julio de 2023). En todos estos recursos se plantea, principalmente, la invasión por el Estado de las competencias autonómicas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3.ª CE). Ahora bien, en algunos de ellos se plantea también la posible inconstitucionalidad de las reformas introducidas por la LDV en la LEC: en concreto, los recursos de los Gobiernos de Baleares y Madrid se dirigen contra la disposición final 5.ª LDV («Modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil») en su totalidad, y el recurso del Grupo Parlamentario Popular específicamente contra los apartados dos (nuevos aps. 6 y 7 del art. 439 LEC) y seis (nuevo art. 655 bis LEC) de dicha disposición final 5.ª LDV. Estaremos atentos a lo que decida el TC a este respecto.

negativa que considero que debería dejarse sin efecto lo antes posible, sea por el TC (a través de alguno de los recursos de inconstitucionalidad contra la LDV ya interpuestos o que puedan interponerse en un futuro próximo) o por el legislador (mediante una contrarreforma de la LDV, en este aspecto al menos).

> De hecho, tanto el PP como el PSOE se comprometieron por escrito (en sus respectivos programas electorales) hace unos pocos meses, durante la campaña de las últimas elecciones generales, a reformar de nuevo la LEC para dotar al desalojo de inmuebles ocupados de mayor agilidad: el primero de dichos partidos políticos —el PP— afirmó que, si llegaba al Gobierno, aprobaría un «PAQUETE DE MEDIDAS ANTI-OKUPACIÓN para permitir que los desalojos se produzcan en un plazo máximo de 24 horas; que las viviendas ocupadas ilegalmente no sean objeto de carga tributaria; o impedir que los ocupas ilegales puedan empadronarse y disfrutar de los derechos asociados».[39] Y el segundo —el PSOE, a pesar de que fue uno de los partidos patrocinadores, junto a UP, de la vigente Ley 12/2023 y, por tanto, autor o coautor de las modificaciones de la LEC que se han analizado críticamente a lo largo del presente trabajo— afirmaba que: «La ocupación ilegal de viviendas es un hecho grave y debe combatirse, especialmente la acción de las mafias. Por eso, para el Gobierno de España ha sido una prioridad dar respuesta y certidumbre a todas aquellas personas que en algún momento se han podido ver inquietados en el pacífico disfrute de su vivienda o de sus propiedades. En ese sentido: seguiremos mejorando la eficiencia de los procedimientos judiciales. En particular, se impulsará la reforma Legislativa normativa para garantizar el desalojo de los ocupas ilegales en un plazo máximo de 48 horas. […] Defenderemos la propiedad privada ante estas ocupaciones conflictivas e ilegales».[40] Confiemos en que, ya sea desde el Gobierno o desde la oposición, estos dos partidos políticos cumplan sus compromisos electorales del *23 J* en esta materia y, a ser posible, que lo hagan al comienzo de esta legislatura.

De lo contrario —de no reformarse o contrarreformarse cuanto antes la regulación del procedimiento de *desahucio exprés de okupas*—, me temo que, ante tantos obstáculos procesales para conseguir el desalojo de los ocupantes ilegales de una vivienda por medio de este procedimiento (y también por medio del de desahucio por precario), se va a producir, seguramente, una huida de los propietarios de la vía

---

[39] *Vid*. Programa Electoral del PP, «Un proyecto al servicio de un gran país. 23 J–Elecciones Generales», págs. 80 y 81.

[40] *Vid*. Programa electoral del PSOE, «Adelante. Elecciones Generales 23 Julio 2023», pág. 244.

judicial civil hacia otras que son, en mi opinión, menos convenientes: la vía penal (con base, cuando la haya, en los delitos de allanamiento de morada y de usurpación de inmuebles de los arts. 202 y 245.2, respectivamente, del Código Penal), que debería ser siempre la *ultima ratio* o remedio último para solucionar el problema de la ocupación ilegal, o la vía extrajudicial (esto es, la actuación de las denominadas «empresas desokupas», muy extendidas en los últimos años), que está siendo muy controvertida, al moverse en muchos casos al filo de la legalidad, y que es un síntoma clarísimo de que la solución jurisdiccional de los conflictos en materia de ocupación ilegal de inmuebles no está funcionando correctamente.

2. Bien está que tengamos en nuestro país una buena política social en materia de vivienda, orientada a la atención y protección de todos aquellos individuos y familias que no dispongan de recursos suficientes para acceder a una vivienda adecuada (nadie podrá cuestionar una política pública con esta orientación, porque tiene un sólido fundamento en lo que propugnan los arts. 1.1, 39.1 y 47 CE). Pero, como certeramente se ha señalado, dicha política social no puede hacerse a costa de los derechos de los propietarios de las viviendas,[41] sino que deben ser las Administraciones Públicas competentes en materia de vivienda y asistencia social quienes, a cargo de sus finanzas, pongan los medios necesarios para llevarla a la práctica, a través de ayudas sociales y ayudas de vivienda apropiadas, que garanticen una existencia digna a todas las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica o riesgo de exclusión social.[42] El propietario privado no debe ser quien soporte el derecho del

---

[41] Dice CUENA CASAS, M. (*¿La okupación de inmuebles como instrumento para garantizar el derecho a la vivienda? (A propósito de la Ley por el derecho a la vivienda)*, cit.), criticando los límites impuestos por la LDV a la acción de desalojo ejercitada por el propietario, que «el legislador español parece partir de la consideración del derecho a la vivienda como un derecho fundamental, al margen de su consideración constitucional en España como principio rector de política social y económica (art. 47 CE). Sabido es que sí lo es en el ámbito internacional, teniendo la consideración de derecho humano, pero ello no autoriza a hacer recaer sobre el propietario privado la política social de vivienda ni a brindar protección a quienes se sitúan conscientemente fuera de la ley».

[42] Es el derecho a estas ayudas públicas —no el derecho a una vivienda—, en el marco de las políticas sociales basadas en el artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y con arreglo a las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y las legislaciones y prácticas nacionales, lo que se reconoce en el artículo 34.3 de la Carta de

ocupante ilegítimo en situación de vulnerabilidad al disfrute de una vivienda digna y adecuada, como se pretende con la reforma operada en la LEC por la Ley 12/2023, a partir de la función social del derecho de propiedad (art. 33.2 CE) y de una más que discutible *administrativización* de este derecho.[43]

Derechos Fundamentales de la Unión Europea, según ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en —entre otras resoluciones— el Auto TJUE de 16 de julio de 2015 (asunto C-539/14), parág. 49 (Auto del Tribunal de Luxemburgo del que se hace eco la antes citada Sentencia del Tribunal Constitucional 32/2019, FJ 6).

[43] *Vid*. NASARRE AZNAR, S. «Proyecto de Ley de Vivienda, "una oportunidad perdida"», en *Noticias Jurídicas* (28/03/2023): «creo que lo que pretende la Ley —dice este autor, Catedrático de Derecho Civil y Director de la Cátedra UNESCO de Vivienda— es incivilizar la propiedad privada sobre la vivienda, sacarla del Derecho civil y administrativizarla. Y convertirla en un trasunto de tenencia tutelada por el Estado».

La protección penal de la inviolabilidad del domicilio: el delito de allanamiento de morada*

Eduard Ramón Ribas
Catedrático de Derecho Penal
Universitat de les Illes Balears

RESUMEN

El artículo 202 del Código Penal español tipifica la entrada en morada ajena sin el consentimiento de su morador y el mantenimiento en aquella, previa entrada consentida, contra la voluntad de este. El tenor literal del precepto es muy amplio, pues lo son los verbos típicos entrar y mantenerse, pero, sobre todo, su concepto nuclear, el de morada, objeto, además, de una interpretación sumamente extensiva por parte de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, son morada las habitaciones de hotel o las tiendas de campaña, pero también los patios, los garajes, las piscinas o los jardines. El delito de allanamiento de morada se perfecciona con la mera entrada o mantenimiento, sin que el Código Penal contemple una agravación cuando a dicho allanamiento sigue la ocupación de la morada. Solo en fase de individualización judicial de la pena, dentro del marco penal abstracto previsto por la ley, podría tener traducción aquel mayor contenido de injusto.

Palabras clave: entrada en domicilio, estancia, voluntad, consentimiento, ocupación, vivienda.

RESUM

L'article 202 del Codi penal espanyol tipifica l'entrada en un domicili aliè sense el consentiment del seu habitant i el fet de mantenir-s'hi, amb entrada consentida prèvia, contra la seva voluntat. El tenor literal del precepte és molt ampli, ja que ho són els verbs típics entrar i mantenir-se, però sobretot el seu concepte nuclear, el de domicili (aquí, *morada*, en castellà), objecte a més d'una interpretació summament extensiva per part de la jurisprudència. Així, per exemple, són domicili les habitacions d'hotel o les tendes de campanya, però també els patis, els garatges, les piscines o els jardins. El delicte de violació de domicili es perfà amb la mera entrada o el manteniment, i el Codi penal no preveu un agreujament quan la violació va seguida de l'ocupació del domicili. Només en fase d'individualització judicial de la pena, dins el marc penal abstracte previst per la llei, podria tenir traducció aquest contingut d'injust més gran.

Paraules clau: entrada en domicili, estada, voluntat, consentiment, ocupació, habitatge.

---

* Artículo sometido a evaluación ciega: 23.11.2023. Aceptación final: 13.12.2023.

ABSTRACT

Article 202 of the Spanish Penal Code criminalizes entering another's home without the consent of its resident and maintaining it, after consenting entry, against the will of the resident. The literal tenor of the precept is very broad, as are the typical verbs enter and remain, but, above all, its core concept, that of dwelling, which is also the object of an extremely extensive interpretation by jurisprudence. Thus, for example, hotel rooms or tents are dwellings, but also patios, garages, swimming pools or gardens. The crime of breaking and entering is perfected with the mere entry or maintenance, without the Penal Code contemplating an aggravation when said break-in is followed by the occupation of the home. Only in the phase of judicial individualization of the sentence, within the abstract criminal framework provided for by law, could the greater unjust content have a translation.

Key words: entry into home, stay, will, consent, occupation, housing.

SUMARIO

I. El delito de allanamiento de morada: regulación y modalidades. II. ¿Qué es una morada? *1. Diferencia entre los conceptos de «casa habitada» y morada. 2. Morada y domicilio. La tenencia de una pluralidad de moradas: la segunda y sucesivas residencias. 3. ¿Es necesaria la habitabilidad de la vivienda?* **III. Interpretación extensiva del concepto «morada»; los límites con la analogía. ¿Son morada las «dependencias» de la morada? IV. El allanamiento de morada cometido por autoridades o funcionarios públicos. V. Conclusión: las moradas no se «okupan»; las moradas se allanan. VI. Bibliografía.**

I. El delito de allanamiento de morada: regulación y modalidades

La protección de la inviolabilidad del domicilio que el artículo 18 de la Constitución reconoce como derecho fundamental es el fin perseguido por el delito de allanamiento de morada, el cual, pese a su aparente popularidad, es un «gran desconocido».

Sobre él sabemos que consiste, por supuesto, en entrar en morada ajena sin consentimiento del morador, pero es preciso tener presente que también allana mi morada quien, habiendo entrado con mi consentimiento, se mantiene o permanece en ella una vez le pido amablemente que se marche. Sí, lo hemos leído

correctamente: mantenerse en mi morada contra mi voluntad es un delito castigado con pena de prisión de 6 meses a dos años. El Código Penal no establece una pena alternativa de multa, como sucede, por ejemplo, en los delitos de coacciones graves.

Este delito, por otra parte, plantea muchas incógnitas. Por supuesto, mi casa es mi morada, pero ¿lo son mi balcón, mi jardín o mi piscina? ¿Gozan estos espacios de la misma protección que el «núcleo duro» de mi vivienda? La intimidad, evidentemente, no se desempeña del mismo modo en uno u otro sitio, por lo que los allanamientos de balcón, jardín o piscina son, desde la perspectiva exclusiva de la intimidad, menos graves. Pero permanece la pregunta: ¿son delictivos? Una respuesta afirmativa permitiría, por ejemplo, defender en mejores condiciones dichos espacios; también, una más rápida y eficaz protección policial.

Si negamos al allanamiento de jardín, por ejemplo, su calificación como delito, ¿podemos echar, incluso acudiendo a la violencia —proporcionada, no desmedida— si fuera preciso, a quien comete dicho allanamiento? ¿Intervendrá la policía en tal caso frente a la comisión de un delito o se hallará en presencia de un ilícito puramente civil y, por tanto, «desarmada»?

En fin, una última pregunta, al menos, es preciso plantearse: ¿qué puedo hacer para defender y recuperar mi morada que no sea esperar meses y meses?

El artículo 202 CP, dando principio al Capítulo II (Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público) del Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio) del Libro II (Delitos y sus penas) del Código Penal, dispone que será castigado con la mentada pena de prisión de seis meses a dos años, «[e]l particular que, sin habitar en ella, entrare en morada ajena o se mantuviere en la misma contra la voluntad de su morador».

La pena imponible será la de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, sigue diciendo el citado artículo 202, ahora en su segundo apartado, «[s]i el hecho se ejecutare con violencia o intimidación».

¿En qué consiste el delito de allanamiento de morada? Aunque esta figura se identifica habitualmente con la entrada en morada ajena sin consentimiento de su morador, también es constitutiva de dicho delito, como he adelantado, siendo preciso subrayarlo, una segunda conducta que presupone una entrada lícita o consentida en la morada ajena: mantenerse en ella contra la voluntad de su morador. Ambas merecen, como vemos, la misma respuesta penal, tanto si son ejecutadas sin utilizar violencia o intimidación como si una y/u otra son empleadas.

Al margen del referido tipo agravado previsto en el artículo 202.2, el Código Penal no contempla otras agravaciones específicas, salvo la prevista en el artículo 204 del

delito de allanamiento de morada. Ello significa que la pena de prisión de 6 meses a 2 años es la prevista tanto para allanamientos breves, consistentes meramente en entrar en morada ajena y permanecer en ella poco tiempo, como para allanamientos duraderos o, dicho con otras palabras, para ocupaciones de morada (días, semanas, meses). Distinguir diversos regímenes punitivos atendiendo a la duración del allanamiento seguramente sería un acierto (como hace, por ejemplo, el delito de detenciones ilegales, que distingue, de modo general, entre privaciones de libertad de hasta quince días y de más de quince días, previendo en el primer caso un tipo privilegiado si la privación no fuera superior a tres días y el detenido fuera puesto en libertad por el culpable sin haber conseguido el objeto que se hubiera propuesto). En su ausencia, la duración podrá ser tenida en cuenta en la fase de individualización de la pena, determinando su imposición en su mitad superior o incluso coincidiendo con el límite superior de pena prevista. Evidentemente, una ocupación de morada es una conducta sensiblemente más grave que una mera entrada o mantenimiento breves.

Para concluir esta breve presentación de la regulación del delito de allanamiento de morada es obligado destacar algunas circunstancias importantes:

- La persecución de dicho delito no aparece condicionada a la presentación de una denuncia por parte de la persona agraviada o de su representante legal, lo cual sí sucede, por el contrario, en los delitos contra la intimidad tipificados en el Capítulo I del citado Título X, es decir, en los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. Los delitos de allanamiento y, en particular, el de morada, son, por tanto, delitos públicos.
- Allanar una morada está castigado, como hemos visto, con pena de prisión de 6 meses a dos años. El descubrimiento de secretos, en cambio, se castiga con pena de prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses. Dicho muy gráficamente: allanar un correo electrónico o un móvil es mucho más grave que allanar una morada; tanto el límite mínimo de pena como su límite superior se multiplican por dos, al margen de contemplarse la imposición de una pena de multa.
- Curiosamente, los delitos más graves, los de descubrimiento y revelación de secretos, se configuran como delitos semipúblicos, pues su persecución, como hemos visto, sí está sujeta a un requisito de perseguibilidad, la citada denuncia. Los delitos contra la intimidad consistentes en allanamientos físicos, los menos graves de este grupo delictivo, son perseguibles sin necesidad de denuncia.
- El perdón del ofendido o de su representante legal extingue la acción penal y la responsabilidad de esta naturaleza en el ámbito de los delitos de

descubrimiento y revelación de secretos; no, sin embargo, en relación con los delitos de allanamiento.

– En los delitos de allanamiento de morada, en efecto, no existe una previsión legal como la contenida, en sede de delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en el artículo 201 CP, que establece:

  «1. Para proceder por los delitos previstos en este Capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

  2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior para proceder por los hechos descritos en el artículo 198 de este Código, ni cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales, a una pluralidad de personas o si la víctima es una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección.

  3. El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 130.1.5.º, párrafo segundo».

II. ¿Qué es una morada?

1. Diferencia entre los conceptos de «casa habitada» y morada

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la morada es la «estancia de asiento o residencia algo continuada en un lugar»; el «lugar donde se habita». Si de acuerdo con aquella primera acepción se requiere una estancia algo continuada, la segunda se conforma con exigir que se habite en el lugar. No es preciso que ello se haga, por tanto, de forma algo continuada. El propio Diccionario se refiere a la morada también como un «espacio cerrado y separado del mundo exterior en el que se desarrolla la vida privada, destinado a pernoctar y en uso actual, aunque no necesariamente permanente».

¿Existe un concepto jurídico-penal de morada? No existe un concepto legal, pero sí, con evidentes limitaciones, jurisprudencial, trazado en términos sumamente generosos, como veremos.

Antes de ocuparnos de él es preciso, sin embargo, destacar que sí existe un concepto penal de «casa habitada» y advertir, además, que, ausente una definición legal, resulta obligado partir de su significado en el lenguaje no jurídico, significado que traza los límites entre la interpretación (incluso extensiva) del concepto «morada» y la creación jurisprudencial propia de la analogía.

El artículo 241 CP, situado en sede de «delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico» y, más exactamente, en sede de delitos de robo, dispone en su apartado 2 que «[s]e considera casa habitada todo albergue que constituya morada de una o más personas, aunque accidentalmente se encuentren ausentes de ella cuando el robo tenga lugar». Acto seguido, establece que «[s]e consideran dependencias de casa habitada o de edificio o local abiertos al público, sus patios, garajes y demás departamentos o sitios cercados y contiguos al edificio y en comunicación interior con él, y con el cual formen una unidad física».

Toda «casa habitada», por tanto, es morada, pero no toda morada es casa habitada. El albergue que constituye morada deja de ser casa habitada cuando, cometiéndose el robo, sus moradores están ausentes de él de forma no meramente «accidental». Por supuesto, es determinante en este ámbito el fundamento de la agravación del delito de robo en casa habitada, es decir, la puesta en peligro de las personas que estuvieren, o pudiesen haber estado, en la casa.

Cometido un delito de robo con fuerza en una casa, si esta no se considera habitada, podrá apreciarse un concurso de delitos entre dicho delito de robo con fuerza y el delito de allanamiento de morada, concurso que se considera vedado si se aprecia la agravación de casa habitada.

2. Morada y domicilio. La tenencia de una pluralidad de moradas: la segunda y sucesivas residencias

En su Sentencia núm. 587/2020, de 6 de noviembre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), el Tribunal Supremo recuerda que en sentencias precedentes «ha afirmado que “el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental” (SSTS 24-10-1992, 19-7-1993 y 11-7-1996). Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico civil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad».

Dicho ello, es obligado destacar la posible tenencia de multitud de moradas, pues, como igualmente afirma el Alto Tribunal en la referida Sentencia núm. 587/2020, «[e]ncontrarán la protección dispensada al domicilio aquellos lugares en los que, permanente o transitoriamente, desarrolle el individuo esferas de su privacidad, alejadas de la intromisión de terceros no autorizados».

Es morada, por tanto, la primera residencia, pero también la segunda o, si las hubiere, la tercera, la cuarta y las sucesivas.

En aquella Sentencia se expresa en este sentido, aunque en términos menos ambiciosos (pero no excluyentes), el Tribunal Supremo: «La cuestión que nos surgiría es la relativa a qué concepto debemos tener por morada, y si es posible que la consideración de "morada" sea doble, en el sentido de poder disponer de la morada en dos residencias que pueda utilizar de forma más o menos habitual una persona, ya que no hay disposición legal alguna que obligue a una persona a "elegir" cuál es su morada, o si puede disponer de dos que cumplan esta función, aunque a los efectos administrativos sea cierto que hay que identificar a una, por ejemplo, a efectos fiscales, o en las relaciones contractuales, a la hora de fijar un domicilio a efectos de notificaciones. Pero ello no determina que bajo esta opción estemos "eligiendo" cuál es nuestra morada, excluyendo, con ello, a otra vivienda que también utiliza ocasionalmente, que tiene amueblada, y dada de alta la luz, el agua y gas, como servicios esenciales que acreditan que es vivienda que se utiliza habitualmente, y que no está desocupada en el sentido más propio de inmueble que no se utiliza, y que, por ello, no está con muebles ni dados de alta servicios esenciales para posibilitar ese uso, como hemos expuesto».

3. ¿Es necesaria la habitabilidad de la vivienda?

En la mencionada Sentencia núm. 587/2020, el Tribunal Supremo, para dictar su resolución, parte, lógicamente, del relato de hechos probados, el cual, en relación con el delito de allanamiento de morada, es el siguiente:

> «El acusado se dirigió a la vivienda que, en esas fechas, constituía el domicilio de ella […], y, sin que conste debidamente acreditado el modo que le permitió entrar, accedió a su interior, cogió un cuchillo —de 20 cm. de hoja y 31 cm. de longitud— que había en la cocina de la casa, y así esperó a que volviese su moradora».

Ocupándose precisamente del tema de la habitabilidad (la parte recurrente alega que la vivienda allanada no era, en realidad, morada), afirma el Alto Tribunal que «por más que ciertamente la denunciante, en su declaración testifical contestase, a preguntas de la defensa, que ya no vivía en esa casa, es claro por el resto de datos aportados en su declaración que lo que estaba diciendo es que el inmueble no tenía la condición de residencia habitual por cuanto no tenía las condiciones mínimas de habitabilidad (no tenía suministro eléctrico ni al parecer agua), si bien resulta indiscutible que de dicho inmueble había salido por la mañana y había vuelto por la noche, desarrollándose dentro del mismo su vida privada y doméstica, sin que se tratase por tanto simplemente de un lugar donde tenía algunas pertenencias, ni de un lugar abierto, disponible indiscriminadamente por terceras personas. Tenía las llaves de acceso a la misma, y por tanto la posibilidad de preservar su vida privada de la

intromisión de terceros a quienes podía exigir que no entraran o se marchasen. No puede, pues, dudarse de que, aunque no fuera la propietaria, e incluso con independencia de que constituyera o no su "única" residencia o su domicilio en el sentido de "residencia habitual", constituía morada a efectos penales».

III. Interpretación extensiva del concepto «morada»; los límites con la analogía. ¿Son morada las «dependencias» de la morada?

En su Sentencia núm. 809/2012, de 25 de octubre (Sala de lo Penal, Sección 1.ª), afirma el Tribunal Supremo que: «Como señalaba la ya veterana STS de 15 de febrero de 1997, luego reiterados los criterios allí expuestos en otras numerosas resoluciones, teniendo en cuenta que el derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio está muy ligado al de la protección de la intimidad (artículo 18.1 y 2, de la Constitución), la doctrina de este Tribunal Supremo ha concebido el domicilio de manera muy amplia, llegándose a definir, con carácter general, como «cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, aún ocupada temporal o accidentalmente».

La interpretación amplia o extensiva del concepto morada es, sin duda, superior al significado atribuido en el lenguaje ordinario a este término, pero no a su tenor literal. Se trata, expresado con otras palabras, de una verdadera *interpretación* y no de una *analogía* invasora de competencias legislativas y, por consiguiente, lesiva del principio de legalidad. En el lenguaje común difícilmente se atribuirá la condición de morada a una habitación de hotel en la que se pasa una o pocas noches o a una tienda de campaña, pero no puede afirmarse que sobrepase el tenor literal del concepto morada.

Advierte también el Tribunal Supremo que la referida interpretación extensiva viene impuesta por la necesidad de dar efectiva protección penal al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y a la intimidad, estrechamente ligada a aquel. Una interpretación declarativa o restrictiva impediría, dicho de otro modo, una adecuada protección del bien jurídico protegido por el delito de allanamiento de morada.[1]

---

[1] Interesantes resultan, al respecto, las reflexiones que siguen, en la misma Sentencia , a las trascritas, cuyos aspectos más destacados subrayaré: «Por otra parte, y como ha sido

puesto de relieve por la doctrina, la casuística en esta materia es innumerable, "ya que la casación ha obligado al citado tribunal a enfrentarse a los conceptos más variopintos de domicilio", aunque, eso sí, partiendo casi siempre de la base de su utilización como «morada» en el sentido amplio de la palabra, con independencia de "su sencillez o modestia, estado de conservación y número de enseres que en él se encuentren". Esa casuística nos enseña que por domicilio puede entenderse desde la vivienda habitual o esporádica (lo que se ha dado en llamar segunda vivienda), pasando por una habitación con puerta independiente y sólo dotada de un televisor y una caja para sentarse, o una simple chabola habitada, hasta llegar a una tienda de campaña, una "roulotte", o una habitación de hotel. (Sentencias, entre otras, de 26 de junio y 17 de septiembre de 1993, 18 de febrero, 23 de mayo, 15 de octubre y 15 de diciembre de 1994). Por el contrario, y en general, no tienen ese concepto los locales comerciales y de esparcimiento o los almacenes, a no ser que unos u otros sean anexos a la vivienda.

Por eso, el Tribunal Constitucional ya declaró en su sentencia 22/84 que el derecho a la inviolabilidad de domicilio se concreta en la posibilidad de cada ciudadano de erigir ámbitos privados, es decir, que excluyen la observación de los demás y de las autoridades del Estado. Tal derecho se deriva directamente del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la CE). Consecuentemente, la protección del domicilio no es sino un aspecto de la protección de la intimidad que sirve al libre desarrollo de la personalidad. De ellos se deduce que el domicilio, en el sentido de la Constitución, no sólo es el lugar donde se pernocta habitualmente o donde se realizan otras actividades cotidianas habituales, sino también el ámbito cerrado erigido por una persona con objeto de desarrollar en él alguna actividad. En este sentido se ha dicho en la STC 22/84 (F.º J.º 5) que el derecho a la inviolabilidad del domicilio "constituye un auténtico derecho fundamental de la persona, establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta, dentro del espacio que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores, de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente —continúa la STC—, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello —concluye—, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella".

Y por eso también esta Sala ha establecido de manera específica que, "por el contrario, no integra el concepto de vivienda, el local comercial o de esparcimiento (bares, tabernas, pubs, restaurantes, tiendas, locales de exposición, almacenes, etc.) (Cfr. SS. de 11 de junio de 1991, 19 de junio y 5 de octubre de 1992, y la de 21 de febrero de 1994), sencillamente porque no lo

En la jurisprudencia, en efecto, hallamos una enorme casuística al respecto, resultando hoy una evidencia, como habíamos destacado antes, y se reitera ahora, que las viviendas de recreo o segundas residencias son *moradas*. Obviamente es precisa una actualidad en el uso de las mismas, que, como hemos visto, no debe ser permanente.

Algunas resoluciones, pese a todo, excluyen la existencia de un delito de allanamiento de morada cuando se entra en una segunda residencia. Este es el caso, por ejemplo, de la Sentencia núm. 330/2017, de 30 de junio, de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, que afirma[2] que «en supuestos de viviendas de vacaciones o de segunda residencia, estas no merecen la consideración de domicilio a los efectos de que la conducta puede tener encaje en el delito de allanamiento de morada previsto en el artículo 202 del Código Penal, como ocurre en el caso analizado».[3]

---

son al estar esencialmente destinados a estar abiertos al público y esto es así porque el derecho fundamental proclamado en el artículo 18.2 de la Constitución, protege como antes se dijo, la ‘‘intimidad’’ como valor esencialísimo, que para nada se proyecta sobre bienes materiales en sí ni en defensa de su propiedad”».

[2] Como «esta Sección ha venido a mantener en anteriores ocasiones (SAP Tarragona de 8 de octubre de 2015)».

[3] Y añade que: «Así hemos mantenido que atendiendo al bien jurídico protegido, en el delito de allanamiento se protege como valor constitucional la intimidad personal y familiar, debiendo ser el derecho de las personas a la intimidad la clave con que debe ser interpretado el artículo 202, de suerte que el elemento objetivo del tipo descrito en esta norma debe entenderse puesto, siempre que la privacidad resulte lesionada gravemente amenazada, lo que inevitablemente ocurrirá cuando alguien entra en la vivienda de una persona, cualquiera que sea el móvil que a ello le induzca, sin su consentimiento expreso o tácito». Rechazada la consideración de morada del inmueble afectado y, por consiguiente, excluida la aplicación del artículo 202, la Audiencia Provincial de Tarragona estima cometido un delito de usurpación de bien inmueble del artículo 245.2: «En el presente supuesto, por tanto, la vivienda no constituía morada, por lo que nos encontraríamos ante esta última figura delictiva —ocupar sin autorización debida, una vivienda que no constituye morada—». Dicho ello, considera la citada Audiencia que no se produce indefensión pese a que finalmente imponga pena por un delito que no había sido objeto de acusación: «el delito de allanamiento y el delito de usurpación por ocupación sin autorización de una vivienda son delitos heterogéneos, si bien con elementos

La propia Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 4.ª), en Sentencia núm. 193/2008, de 19 de mayo, había sostenido lo contrario: «En cuanto al concepto de morada ajena, debemos entender como tal, el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no sólo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley, por lo que quedan incluidas también con claridad las viviendas de recreo, o de segunda residencia, por cuanto en estas cabe apreciar también la voluntad de exclusión de terceras personas del ámbito de la privacidad personal».

Esta última Sentencia da cabida en el término *morada,* como puede observarse, a cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar.

La Sentencia núm. 584/2018, de 1 de octubre, de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 4.ª), castiga incluso una conducta de *allanamiento de balcón*:[4] «Ahora bien, la estancia en el balcón contra la voluntad de la moradora denunciante integra por si misma el delito de allanamiento de morada, dado que el balcón es una dependencia de la casa habitada según la interpretación auténtica que hace el artículo 241 del Código penal, e indudablemente forma parte del ámbito de privacidad

---

homogeneizantes, de tal forma que en base al factum de las actuaciones, ninguna indefensión se le genera a la parte recurrente el hecho de que se le haya originariamente acusado por un delito de allanamiento y pudiera ser condenada finalmente por un delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal».

[4] Este es el relato de hechos probados: «Los acusados, Alejandro, ejecutoriamente condenado por delito de robo con fuerza en las diligencias urgentes 195/15 por Sentencia de fecha 5-11-2015 del Juzgado de lo Penal 2 de Murcia y Pedro Enrique, sin antecedentes penales, el día 16-6-2017 hacia las 15,30 horas, puestos de común acuerdo y en compañía de otros menores, se dirigieron a la CALLE000 numero NUM000, NUM000 de Burjasot y tras efectuar varias llamadas a los telefonillos, saltaron al interior de uno de los balcones de la indicada vivienda, propiedad de Eloisa, no llegando a acceder a la vivienda ante la presencia de la propietaria».

de la vivienda, en razón de lo cual puede ser sancionado en la segunda instancia por la homogeneidad que presenta con el delito complejo del robo con fuerza en las cosas en casa habitada, pues forma parte del mismo junto con el acto del apoderamiento».[5]

La aproximación al concepto *morada*, en fin, debe realizarse, ausente su definición legal e, incluso, por sus limitaciones, jurisprudencial, de forma casuística.[6]

Como pone de manifiesto SANZ MORÁN, «ha quedado definitivamente zanjado el problema de si constituye morada la habitación de hotel o pensión, ocupada de manera ocasional».[7] Sumamente actuales son las siguientes palabras de dicho autor: «sigue, sin embargo, abierta, en el Código penal de 1995, la controvertida cuestión

---

[5] Y añade dicha Sentencia: «El principio de contradicción se respeta completamente en esta diferencia puesto que la entrada en el balcón ha sido uno de los elementos de valoración de la prueba hasta el punto de haber sido reconocido por el apelante como cierto».

[6] Que, como hemos visto, el Tribunal Supremo califica como «innumerable».

[7] «La doctrina y jurisprudencia mayoritarias venían dando una respuesta afirmativa, pues, como acabamos de recordar, el carácter temporal de la ocupación no obsta a la actualidad del uso, en cuanto requisito del concepto de morada. La cuestión ha sido objeto de consideración, muy recientemente —si bien, de nuevo, a propósito del concepto constitucional de domicilio—, en la STC 10/2002, de 17 de enero, donde se concluye la inconstitucionalidad del artículo 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que precisamente se negaba la condición de domicilio "de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente" a las "tabernas, casas de comidas, posadas y fondas", siéndolo sólo "de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten allí con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada". Según leemos en la mencionada resolución, "ni la accidentalidad, temporalidad o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de las mismas que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculos a su consideración como domicilio de los clientes del hotel mientras han contratado con éste su alojamiento en ellas. Siendo las habitaciones de los hoteles espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada, siempre que en ellos se desarrolle, constituyen ámbitos sobre los que se proyecta la tutela que la Constitución garantiza en el art. 18.2". Conviene insistir en que, por más que la sentencia se refiera al concepto constitucional de domicilio, lo mismo vale para el concepto jurídico penal de morada, dado que el Tribunal Constitucional viene interpretando aquél, como ya vimos, a la luz de éste». *Vid*. SANZ MORÁN, Á. J. *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Valencia: Tirant on line, 2006 [documento TOL971.926].

de si el concepto de morada comprende también las dependencias anejas (bodegas, garajes, patios, etc.)».[8]

«Nadie discute, finalmente —sigue diciendo SANZ MORÁN—, que el concepto de morada en modo alguno puede comprender los espacios comunes de un inmueble (portales, escaleras, pasillos comunes a varias viviendas, etc.)».[9]

La jurisprudencia también ha considerado, como hemos visto,[10] que era posible adjetivar como *moradas* autocaravanas, chabolas, tiendas de campaña, los camarotes de un barco o, incluso, el jardín circundante a un chalet.

Este último es el caso, por ejemplo, de la Sentencia núm. 134/2011, de 4 de marzo, de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Valencia,[11] que también considera cometido un delito de allanamiento de morada la permanencia en un jardín circundante a la vivienda habitada.

---

[8] *Vid*. SANZ MORÁN, Á. J. *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*, ob. cit.

[9] Ídem nota anterior.

[10] *Vid*., una vez más, la referida STS núm. 809/2012, de 25 de octubre.

[11] En dicha resolución se plantea este Tribunal la cuestión de la condición de morada del jardín que circunda la vivienda, ofreciendo esta respuesta: «Como señala la STS de 17 de noviembre de 2000 citada, la morada constituye generalmente un espacio cerrado y techado, lo que no excluye la inclusión en el concepto de morada del jardín circundante a la vivienda e integrado en el perímetro que delimita y separa la vivienda y sus anexos de la vía pública, que se comprende en el concepto morada, dotado de especial protección, no sólo en cuanto a las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, lo que consecuentemente ha de entender incluido el jardín que rodea la vivienda y que está protegido del exterior por una valla en el caso presente, delimitando así también a nivel físico la extensión de la morada y diferenciándolo del ámbito público que queda extramuros. El propio Tribunal Supremo en sentencia de 4 de noviembre de 2002 consideraba específicamente, el jardín circundante de un chalet —como nos ocupa en el caso presente—, como parte del domicilio y señalaba “la entrada y registro, en los términos anteriormente expuestos, debe ser considerada ilícita: el menor no podía consentir una diligencia como la que se practicó (tenía catorce años); el jardín circundante a un chalet debe ser considerado como parte del domicilio de su titular legítimo, en donde ejerce su intimidad, aunque la puerta de acceso al mismo esté abierta”. En consecuencia, la recurrente cometió actos constitutivos del delito de allanamiento de morada».

Más recientemente ha apreciado la existencia de un delito de allanamiento de morada por entrada no consentida en un jardín la Audiencia Provincial de Barcelona en su Sentencia núm. 193/2022, de 18 de marzo (Sección 3.ª).[12]

El delito de allanamiento de morada es inaplicado, en su posible modalidad de allanamiento de piscina, por la Sentencia núm. 25/2015, de 16 de enero, de la Audiencia Provincial de Gerona (Sección 4.ª), si bien el motivo es la no consignación en la sentencia recurrida y revocada de que la finca en la que se halla la piscina sea una morada: «En la sentencia sólo se dice que los menores entraron en una finca, saltando una valla […], y que una vez allí se bañaron en la piscina climatizada que hay en su interior, pero en modo alguno se dice que dicha finca fuera morada porque alguien determinado, concreto e individualizado ejerciera allí, siquiera fuera de manera transitoria, al tratarse de una segunda residencia, su privacidad. Falta pues un elemento del tipo trascendental que no puede ser deducido de otra manera indirecta, lo que implica la atipicidad de los hechos probados y la absolución de los recurrentes».

En fin, la citada STS núm. 587/2020, citando la precedente del mismo Tribunal núm. 1775/2000, de 17 de noviembre, declara que por morada debe entenderse «el recinto, generalmente cerrado y techado, en el que el sujeto pasivo y sus parientes próximos, habitan, desarrollan su vida íntima y familiar, comprendiéndose dentro de dicho recinto, dotado de especial protección, no solo las estancias destinadas a la convivencia en intimidad, sino cuantos anejos, aledaños o dependencias constituyan el

[12] «En el presente caso, el menor fue localizado en el porche de la vivienda escondido tras un sofá, según indicaron el agente de policía que declaró en el plenario y la propietaria de la vivienda. Es cierto que normalmente se habla de morada referido a un recinto cerrado y techado como indica la jurisprudencia, pero la protección al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se extiende a los anexos. La vivienda de la Sra. Mari Juana tiene anexo un jardín que se encuentra delimitado ya que tiene una valla perimetral de 1,5 metros de altura y según describió ella misma se trata de un muro de piedra y brezo. Junto a dicha valla tiene instalado un sistema de alarma y luces con sensores de movimiento por lo que es obvio el carácter privado de dicho espacio y las medidas de sus propietarios para excluir a terceros por lo que aun cuando sea una zona exterior, tiene la protección constitucional referida.

A ello debemos añadir que el menor no se encontraba junto a la valla perimetral, sino en el porche, escondido tras un sofá, por tanto, en la zona más próxima a la casa, a las 12 de la noche y cuando sus moradores estaban en el interior durmiendo. De ahí que no pueden concurrir dudas sobre la tipicidad de la conducta».

entorno de la vida privada de los moradores, indispensable para el desenvolvimiento de dicha intimidad familiar, y que, de vulnerarse mediante la irrupción, en ellos, de extraños, implica infracción de la intangibilidad tutelada por la Ley».[13]

Ya para acabar, ahora sí, considero interesante transcribir la definición de morada que, muy gráficamente, ofrece DE LA MATA BARRANCO: «En primer lugar, morada es la primera vivienda, sin duda, y la segunda vivienda, sin duda. Morada no es la vivienda abandonada, desocupada, no vendida, no terminada de construir, etc. Morada es todo aquel lugar separado del mundo exterior en que se desarrolla la vida privada**.** Es el lugar donde el sujeto está protegido en su intimidad. Da igual si la abandona para ir a tomar un café, para pasar el fin de semana en una casa rural, para irse a un lugar cálido a tomar el sol durante seis meses o para estar de sabático durante un año. Y da igual si vive en ella los meses de invierno o los de verano o los días laborales o los festivos. Sobre esto no hay ninguna duda. Las dudas podrán surgir en otros ámbitos».

IV. El allanamiento de morada cometido por autoridades o funcionarios públicos

El artículo 204 CP establece que será castigada, con la pena prevista en los artículos precedentes, «en su mitad superior, e inhabilitación absoluta de seis a doce años», la autoridad o funcionario público que, «fuera de los casos permitidos por la Ley y sin mediar causa legal por delito, cometiere cualquiera de los hechos descritos en los dos artículos anteriores». Elemento clave, no explícito, es, en este caso, el uso y abuso por parte del sujeto activo de su condición de autoridad o funcionario.

En sede de *Delitos contra la Constitución* (Título XXI del Libro II CP), considerándolo un *delito cometido por los funcionarios públicos contra las garantías constitucionales* (Capítulo V) y, más concretamente, *contra la inviolabilidad domiciliaria* (Sección 2.ª), el artículo 534 prevé el castigo, con penas de multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a seis años, de la autoridad o funcionario público que, «mediando causa por delito», y sin respetar las garantías constitucionales o legales, «entre en un domicilio sin el consentimiento del morador».

Si el uso de la condición de autoridad o funcionario público determinaba, en el artículo 204, una agravación de la pena, el hecho de que «medie causa por delito»

[13] Posteriores sentencias del Tribunal Supremo reiteran, y fortalecen, la doctrina relativa al concepto de morada. Así, por ejemplo, las Sentencias núm. 954/2022, de 13 de diciembre, y núm. 31/2023, de 25 de enero.

determina en el artículo 534 una atenuación importante de la pena, con exclusión del delito de allanamiento de morada no solo del artículo 204, sino también del artículo 202. Dicho con otras palabras, si la autoridad o funcionario público allana una morada en el curso de una investigación por delito, dejan de aplicarse los preceptos penales que protegen la intimidad y se aplican los que tutelan las garantías constitucionales o legales de dicha intimidad. Importante: el artículo 534 solo prevé el castigo de la autoridad o funcionario que entra en morada ajena, lo cual significa que el mero mantenimiento en ella contra la voluntad de su morador (se presupone una lícita entrada), mediando causa por delito, es penalmente atípica. Podría, por supuesto, sostenerse la aplicabilidad del artículo 202 en su modalidad de mantenimiento, pero ello supondría contrariar el privilegio contenido en el artículo 534. En efecto, este no prevé pena de prisión, sino solo de multa e inhabilitación, lo cual evidencia su propósito de establecer un privilegio o atenuación; recuperar el régimen punitivo del artículo 202 cuando la conducta consiste en mantenerse significaría ignorar la voluntad de la ley.

V. Conclusión: las moradas no se «okupan»; las moradas se allanan

El delito de allanamiento previsto y penado en el artículo 202 CP, como hemos visto, se perfecciona o consuma con la mera entrada no consentida en una morada ajena; no es necesaria su ocupación, si bien, por supuesto, esta puede tener lugar. El delito cometido seguirá siendo el de allanamiento de morada, sin que el Código Penal establezca un régimen agravado pese a la mayor gravedad de la conducta. Dicha mayor gravedad podrá tenerse en cuenta únicamente como elemento o criterio de individualización de la pena, fundamentando, por ejemplo, la imposición de esta en su mitad superior o, incluso, en su límite máximo (dos años de prisión, en el caso del art. 202; cuatro años de prisión, en el caso del art. 204).

A diferencia del delito de allanamiento de morada, el de usurpación no violenta de bienes inmuebles, edificios o viviendas «que no constituyan morada», previsto y penado en el artículo 245.2 CP, no se perfecciona con la mera entrada no consentida en ellos, sino que es precisa su ocupación. Esta importante diferencia entre ambas figuras delictivas es susceptible de relativización. En efecto, el delito de ocupación ilegal de bienes inmuebles se perfecciona con la mera entrada, sin necesidad de permanencia, si dicha entrada se realiza con la mínima vocación de permanencia que la jurisprudencia exige para estimar realizada la conducta típica.

Por lo demás, tanto el delito de allanamiento de morada, como hemos visto, como el de *okupación* tienen una segunda modalidad consistente en mantenerse en aquella

o en el inmueble, edificio o vivienda que no sea morada contra la voluntad del morador o del titular del uso de estos últimos.

El delito de ocupación ilegal es, en fin, una infracción penal de carácter subsidiario. En efecto, en el artículo 245.2 figura una regla de subsidiariedad expresa en cuya virtud lo previsto en el artículo 202 (también en los arts. 203 y 204) es norma principal y lo previsto en sede de usurpación es norma subsidiaria.

En la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana LOPSC), se contiene, en fin, una infracción administrativa que se configura como norma doblemente subsidiaria: lo es, en primer término, respecto del delito de ocupación, pero también respecto del delito de allanamiento en la medida en que este, como hemos visto, es norma principal respecto del delito de *okupación*. Tipifica el artículo 37.7 LOPSC, configurándola como infracción leve, «[l]a ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, en ambos casos contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, cuando no sean constitutivas de infracción penal».

Si el balcón, el jardín o la piscina no fueren considerados morada, podría apreciarse, si fueren *ocupados*, el artículo 245.2 CP; faltando la ocupación en los términos jurisprudencialmente exigidos (vocación de mínima permanencia; no abandono del inmueble ocupado que determine la ausencia de la imprescindible afección del bien jurídico protegido), podría aplicarse el citado artículo 37 LOPSC y, en su virtud, imponer una multa de 100 a 600 euros.

Ya para finalizar, considero obligado destacar que el delito de allanamiento de morada es un delito permanente; aunque su perfección se produce de forma instantánea, su consumación se extiende en el tiempo.

En otras palabras, este delito se comete mientras el allanador se mantenga en la morada ajena, mientras la siga ocupando, prologándose en términos de permanente actualidad la situación antijurídica. Este dato, como observa, muy acertadamente, DE LA MATA BARRANCO,[14] es determinante a la hora de decidir «hasta cuándo cabe la participación de terceros en el hecho, hasta cuándo es posible la defensa por actualidad de la agresión y cuándo comienza a correr el cómputo de la prescripción del delito».

---

[14] *Vid.* «Qué hacer contra el allanamiento de morada: defenderla». *Almacén de Derecho*, noviembre 10 (2019) [https://almacendederecho.org/que-hacer-contra-el-allanamiento-de-morada-defenderla].

VI. Bibliografía

ÁLVAREZ TEJERO, A. «La usurpación delito leve o infracción administrativa. “A vueltas con el art. 245.2 del Código Penal”». *Lefebvre-El Derecho*, núm. 2 (13 de julio 2016) [https://elderecho.com/la-usurpacion-delito-leve-o-infraccion-dministrativa-a-vueltas-con-el-art-245-2-del-codigo-penal-2].

ARAGONÉS SEIJO, S. «La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760 (marzo 2017).

BAUCELLS I LLADÓS, J. *La ocupación de inmuebles en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

– *La delincuencia por convicción*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
– «Comentario al art. 245 del Código Penal», en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

BOLEA BARDÓN, C. «Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público (202-204)». VERA SÁNCHEZ, J. S. *(*coord.)*;* CORCOY BIDASOLO, M. (dir.). *Manual de derecho penal. Parte Especial. Doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*. Tomo 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

BORJA JIMÉNEZ, E. «El bien jurídico protegido en el delito de allanamiento de morada», en VV. AA. *Estudios Jurídicos en memoria del Profesor Doctor Don José Ramón Casabó Ruiz*. Vol. 1. Valencia: Universidad de Valencia, 1998.

– *Derecho Penal. Parte Especial.* 5.ª edición revisada y actualizada a la Ley Orgánica 1/2015. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

CARUSO FONTÁN, V. «La protección penal del legítimo disfrute de la vivienda». MUÑOZ CONDE, F. (dir.). *Análisis de las reformas penales. Presente y futuro*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

COBO DEL ROSAL, M. «La nueva concepción del delito de usurpación». *Lawyerpress news*, 18 de febrero de 2014 [http://www.lawyerpress.com/news/2014_02/delito_de_usurpaci%C3%B3n.html].

DE LA CUESTA AGUADO, P. M. «Allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público». *Derecho Penal Español*. Vol. 1. MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; VENTURA PÜSCHEL, A. (COORDS.); ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.). Parte especial (I). Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

DE LA MATA BARRANCO, N. J. «Qué hacer contra el allanamiento de morada: defenderla». *Almacén de Derecho,* noviembre 10 (2019) [https://almacendederecho.org/que-hacer-contra-el-allanamiento-de-morada-defenderla].

FARALDO CABANA, P. *Los delitos leves. Causas y consecuencias de la desaparición de las faltas.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

IBARRA SÁNCHEZ, J. L. «La ocupación del inmueble no destinado a morada. El delito de usurpación del artículo 245.2 del Código Penal». *Diario La Ley*, núm. 7305 (2009).

JIMÉNEZ PARÍS, J. M. *Usurpación pacífica de bienes inmuebles*. Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid (2017) [https://eprints.ucm.es/43556/1/T39000.pdf].

– «Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas». *Diario La Ley*, núm. 9262, Sección Doctrina (19 de septiembre de 2018).
– *La ocupación de inmuebles en el Código penal español.* Madrid: Reus, 2018.

JIMÉNEZ SEGADO, C. «¿Es delictiva la ocupación pacífica y sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada?». *La Ley Penal*, núm. 102 (2013).

JORGE BARREIRO, A. *El allanamiento de morada*. Madrid: Tecnos, 1987.

– «El delito de allanamiento de morada en el Código Penal de 1995», en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. (coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*. Madrid: Tecnos, 2002.

LARRAURI PIJOAN, E. «El allanamiento de morada y el derecho a la vivienda». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 23 (1984).

MAGRO SERVET, V. «Casuística sobre el concepto penal de domicilio en la diligencia de entrada y registro». *LA LEY*, núm. 2 (11 de febrero de 2002).

– «La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres». *Diario La Ley*, núm. 6922, Sección Doctrina (10 de abril de 2008, Año XXIX).
– «Ocupación ilegal de inmuebles: ¿delito del artículo 245.2 CP o precario?». *La Ley Penal*, núm. 85 (septiembre 2011).
– «Soluciones ante la presencia de okupas, pisos patera y defraudación de fluido eléctrico en las comunidades de vecinos. ¿Cómo actuar ante alquileres irregulares u *ocupación* de viviendas y los enganches *ilegales* de luz a vecinos?». *Diario La Ley*, núm. 8225, Sección Tribuna (9 de enero de 2014, Año XXXV).
– «El delito de usurpación de inmuebles del artículo 245.2 CP: ¿Vía penal o vía civil?». *La Ley Penal*, núm. 126 (mayo-junio 2017).

– «La inminente reforma civil y penal en materia de “okupación” de inmuebles». *Diario La Ley*, núm. 9204 (24 de mayo de 2018).
– «Análisis de los títulos de oposición de los “okupas” ante demandas por la vía del art. 441.1 bis. 2º LEC». *Diario La Ley*, núm. 9419, Sección Doctrina (21 de mayo de 2019).
– «¿Delito de ocupación (art. 245.2 CP) o allanamiento de morada (art. 202 CP)? ¿Medidas civiles o medidas cautelares penales de expulsión?». *Diario La Ley*, núm. 9680 (2020).

MARTÍ MARTÍ, J. «La protección del derecho penal frente a la ocupación de los bienes inmuebles por colectivos “ocupas”». *Diario La Ley*, núm. 7999, Sección Tribuna (11 de enero de 2013).

MATÍA PORTILLA, F. J. «El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público». GÓMEZ TOMILLO, M. (dir.). *Comentarios al Código Penal*. Valladolid: Lex Nova, 2010.

MAYORDOMO RODRIGO, V. «Desprotección del afectado en ocupaciones ilegales sin violencia o intimidación: allanamiento de morada y usurpación de inmuebles». *Revista General de Derecho Penal*, núm. 34 (2020).

MIRAPEIX LACASA, N. *La usurpación pacífica de inmuebles*. Tesis doctoral dirigida por FELIP I SABORIT, D. i LLOBET ANGLÍ, M. Universitat Pompeu Fabra (2016) [https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/385917/tnml.pdf?sequence =1&isAllowed=y].

– «Las ocupaciones de inmuebles por motivos de necesidad». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20 (2018).

MORALES PRATS, F. «Comentario al art. 202 del Código Penal», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.); MORALES PRATS, F. (coord.). *Comentarios al Código Penal español*. *Tomo I (Artículos 1 a 233)* (7.ª ed.). Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

PARDEZA NIETO, M. D. «Allanamiento de morada. Derecho a la protección del propio despacho profesional». *Diario La Ley*, núm. 10155 (21 de octubre de 2022).

REBOLLO VARGAS, R. «Comentario al art. 202 del Código Penal», en CÓRDOBA RODA, J.; GARCÍA ARÁN, M. (dirs.). *Comentarios al Código Penal. Parte Especial. Tomo I*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ROCA AGAPITO, L. «Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A.; VENTURA PÜSCHEL, A. (coords.). *Derecho Penal Español. Parte Especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

ROIG TORRES, M. «Delito de ocupación pacífica de inmuebles (art. 245.2 CP). Una crítica a las últimas proposiciones de ley de reforma». *Revista de Derecho Penal y Criminología,* núm. 25 (2021), 3.ª época.

SANZ MORÁN, A. *El allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

SUÁREZ MONTES, R. F. «El delito de allanamiento de morada», separata de la *Revista General de legislación y jurisprudencia* (diciembre de 1968).

COMENTARIS I NOTES

La Ley de sucesión voluntaria paccionada o contractual: el trasfondo de un largo proceso normativo (segunda parte)*

Bartomeu Bibiloni Guasp
Notario
Presidente del *Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears (2018-2023)*

SUMARIO

I. A modo de introducción: la reforma del Derecho civil mediante una ley especial. II. El difícil encaje del Derecho civil de Eivissa y Formentera. III. El fin de la supletoriedad. IV. Los principios generales de los pactos sucesorios. V. Los distintos pactos sucesorios en el Derecho civil de Eivissa y Formentera. *1. Los pactos sucesorios de institución. 2. Los pactos sucesorios de finiquito. 3. La afección real.* **VI. Colofón.**

I. A modo de introducción: la reforma del Derecho civil mediante una ley especial

La Ley 8/2022, de 11 de noviembre, de sucesión voluntaria paccionada o contractual de las Illes Balears, fue publicada en el BOIB del día 17 de noviembre y en el BOE del día 3 de diciembre, ambos de 2022. Su entrada en vigor, a los dos meses de esa primera publicación, se produjo el día 17 de enero del 2023. Puede decirse que es uno de los momentos más importantes en la evolución de nuestro Derecho civil, afirmación que ha podido comprobarse durante el período transcurrido desde entonces, tanto por su aplicación práctica como por su discusión doctrinal.

La elaboración de la propuesta, que se tramitó por el sistema de lectura única y que fue aprobada por el Parlament de las Illes Balears en sesión del 25 de octubre del año 2022 por unanimidad de los presentes, es obra del Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears, órgano de consulta y asesoramiento tanto del Parlament como del Govern de nuestras islas, que surgió en la reforma de la Compilación

* Primera parte publicada en el núm. 24 de esta Revista.

acometida por la Ley 7/2017, de 3 de agosto, sustituyendo a la anterior Comisión Asesora de Derecho Civil.

Lo primero que tuvo que resolver el Consell Asesor fue la técnica legislativa a seguir, habida cuenta de las dos posturas que desde antiguo se argüían en aras a la confección de las normas de Derecho civil propio. Por un lado, algunos son partidarios de utilizar la técnica de leyes especiales, fuera de la actual Compilación. Por otro, hay quien prefiere mantener a esta como cuerpo jurídico único.

A la vista de esas pretensiones, hasta ahora irreconciliables, los miembros del Consell Assessor partieron de la premisa de que la forma no debía obstaculizar la regulación del fondo. Ni este ceder ante aquella. Las cuestiones tangenciales debían aparcarse y la labor se centró en la propuesta de una reforma sustantiva.

En esta línea, y para contentar a los defensores de las distintas tesis, se optó por seguir una fórmula intermedia. De momento, es la que se propuso para futuras leyes, aunque sea al precio de mutilar, a mordiscos, el texto de la Compilación. Por una parte, se utiliza el sistema de las leyes especiales que facilitan un estudio concentrado, sin dispersión, y su aprobación sin un ánimo extensivo a otras figuras jurídicas, que se van añadiendo a la «lista de espera». Pero, por otra, se prevé su futura incorporación o refundición en un cuerpo único, estructurado y diferenciado en su regulación por islas, respondiendo así a una tradición histórica que no resulta incompatible con la adecuación a la realidad actual. Que se estructure como una Compilación o como un Código civil lo decidirá el legislador balear cuando cuente con las suficientes leyes para refundir.

II. El difícil encaje del Derecho civil de Eivissa y Formentera

Sin embargo, y a pesar de considerar que esa fue la mejor solución posible para lograr el fin pretendido, el legislador autonómico y los organismos que lo asesoran deberán adoptar una línea de actuación que tenga visos de permanencia, como bien reclama el catedrático Miquel COCA PAYERAS en su interesante artículo «Cuarenta años sin afianzar un modelo de política legislativa sobre el Derecho civil de las Illes Balears», publicado en el núm. 23 de esta Revista (2022).

En su conclusión señala que «seguimos en el mismo punto que en el año 1998, en el que la Comisión de Expertos para el estudio de una posible reforma de la Compilación acuciaba premonitoriamente sobre la necesidad de que la Comunidad Autónoma realizara “un esfuerzo por sentar unas bases claras de política legislativa, so pena de quedar irremediablemente descolgada del devenir futuro de los Derechos civiles propios del Estado español, malbaratando una oportunidad histórica”. Como

hemos visto, a día de hoy sigue sin haber un planteamiento de política legislativa que sostenga un modelo propio, sino que el mismo es el resultado de una falta de diseño de política legislativa al respecto, sumado a la esporádica necesidad de regular de forma perentoria algún aspecto concreto».

Pues bien, los defensores del Derecho civil de Eivissa y Formentera, y su Consell Assessor se hace eco de ello, consideran innegociable prescindir del Libro III de la actual Compilación, por su tradición y por su especial simbolismo desde los inicios de la codificación. La aceptación de la técnica de leyes especiales se realiza solo con visos de provisionalidad. Así lo demuestra la disposición final segunda de la Ley 8/2022, que autoriza al Gobierno a la refundición de la norma en el texto de la Compilación, aunque solo sea con respecto a la parte relativa al Derecho civil de Eivissa y Formentera. Dice así:

> «Se autoriza al Gobierno de las Illes Balears para que, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de esta ley, lleve a cabo su refundición total o solo de las disposiciones de las islas de Eivissa y Formentera de esta ley en el texto de la Compilación.
>
> El texto refundido que se apruebe tendrá que regularizar, aclarar y armonizar las disposiciones aplicables dentro de cada uno de los libros de que se compone la Compilación».

Ante esta peculiar situación, se impone la necesidad de adoptar una solución de técnica legislativa que contente a todos y permita seguir desarrollando, sin trabas, nuestro Derecho civil.

De optar por imponer el sistema del texto único, podría admitirse una Compilación que recogiera, en sus distintos Libros, las diferentes leyes aprobadas con sus correspondientes artículos; o bien, trasladar íntegramente el contenido de estas, procediendo a una nueva enumeración de los preceptos, aun a riesgo de repetir muchos de ellos. La dificultad surgirá a partir del momento de incorporar nuevas leyes o sucesivas reformas, en cuyo caso lo más fácil sería adoptar el sistema catalán de la subdivisión de los artículos en números y apartados.

También se podría acudir a la aplicación del sistema del Código Civil, siguiendo la estela de otras legislaciones autonómicas, abandonando el término «Compilación» por responder a una reminiscencia histórica más propia del siglo pasado. Y en ese texto único habría que dividir su contenido en libros, asignando al Derecho civil pitiuso su tradicional Libro III, amoldando los anteriores Libros al Derecho civil común de Mallorca y Menorca, con sus especialidades propias, como son los artículos 54 a 63 relativos a los derechos reales, por un lado, y la sociedad rural del artículo 64 por otro.

Sea como fuere, el tema queda sobre la mesa para que lo resuelva quien corresponda. La aprobada legislación sobre los pactos sucesorios, que es el objeto primordial de este estudio, ha dejado abierto el camino para poder seguir la senda que más convenga.

III. El fin de la supletoriedad

Los pactos sucesorios que se celebran en las islas de Eivissa y Formentera también han sido objeto de una reforma extensa, profunda y adecuada a la realidad actual. Y se ha acometido esa labor con una novedosa estructura, que permite un tratamiento sectorizado y una previsión de sus efectos perfectamente compartimentada. En la elaboración de la propuesta de inclusión de dichos pactos en la norma, hay que destacar la labor realizada por el Consell Assessor del Dret Civil propi d'Eivissa i Formentera, cuyo informe es preceptivo en toda reforma.

En este comentario vamos a resaltar algunas cuestiones que considero de especial interés.

Para empezar, destacaremos el hecho de haber logrado, al fin, la configuración de un derecho plenamente autónomo, en lo que hace referencia a los pactos sucesorios, con respecto al Derecho civil que rige en la isla de Mallorca —y hoy también de Menorca— que, hasta la fecha, aún subsistía como supletorio.

Esta dependencia del pacto mallorquín había sobrevivido a las reformas de la Compilación de los años 1990 y 2017 (arts. 73 y 77). Contrastaba, por tanto, la riqueza de las distintas modalidades de pacto que se llevaban a la práctica con lo reducido de sus disposiciones. El recurso de acudir, para esa función, al Código Civil se encontraba con la barrera infranqueable de la prohibición en este de los pactos sucesorios (arts. 816 y 1272). Y, por otra parte, su similitud o inspiración en el Derecho civil catalán tan solo podía servir de elemento de interpretación.

Con la Ley 8/2022, por el contrario, la regulación del pacto de finiquito ya no se completa —ni interpreta, ni integra— con la del pacto de definición. Y lo mismo ocurre con los pactos de institución con respecto a los que desaparece cualquier referencia a la donación universal.

La mencionada prohibición de los pactos sucesorios en el Código civil —norma supletoria de último grado que aún subsiste en algunas cuestiones— ha obligado a desarrollar las distintas instituciones al detalle, autointegrándose de ser preciso con el sustrato de la propia tradición jurídica.

En esa misma línea diferencial, se puede observar que la Ley ofrece soluciones distintas a lo previsto para el Derecho civil de Mallorca y de Menorca a la hora de

resolver cuestiones similares, como ocurre en el caso de premoriencia del donatario o instituido sin dejar descendencia o en el del fallecimiento intestado de quien otorgó un finiquito no limitado a la legítima, entre otras.

Esa situación sugiere de nuevo la discusión sobre la existencia de un auténtico Derecho civil de las Illes Balears, o bien, de un Derecho propio de cada una de ellas, con una regulación independiente y un tratamiento diferencial. No han faltado juristas, mayoritariamente ibicencos —como recoge José CERDÁ GIMENO en sus extensos «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», editados por la *Revista de Derecho Privado*—, que han propugnado esta segunda tesis, atendiendo sobre todo a unos orígenes y a unos principios jurídicos que contrastan con los que rigen en las otras dos islas.

La Ley de sucesión paccionada ha sido respetuosa con esta inquietud y ha dejado abierta la posibilidad de que, con las normas que se aprueben en el futuro, se perfile más si cabe esa doble regulación. La labor del legislador, empero, no es fácil, ya que deberá contentar a quienes pretendan un derecho único, elaborado en leyes especiales, y a los que propugnan un derecho propio y diferente por islas, pero agrupadas en un texto único.

IV. Los principios generales de los pactos sucesorios

Antes de entrar a comentar los distintos pactos sucesorios reconocidos en el Derecho civil de Eivissa y Formentera, objeto de este artículo, debemos destacar los principios generales que caracterizan a estos pactos pitiusos y que se centran, básicamente, en estas ideas:

a) La compatibilidad de sucesiones que permite que coincida la sucesión contractual con la testada y la intestada (art. 53). La concurrencia de un pacto de institución con la sucesión intestada no puede darse en el Derecho civil de Mallorca y Menorca, como vimos en su momento. En cambio, en lo relativo a Eivissa y Formentera, sí. El ejemplo más claro se observa en el pacto de institución a título singular, o pacto de legado, otorgado por quien no ha instituido heredero por ninguno de esos títulos (art. 64.3).

b) La pluralidad de los pactos reconocidos en el Derecho de estas islas (art. 54). La regla fáctica de la posibilidad de celebrar un número indefinido de pactos sucesorios, hasta entonces coartada por razones fiscales, ha adquirido carta de naturaleza con la nueva Ley. La posibilidad de novarlos por mutuo acuerdo entre las partes refuerza aún más este hecho (art. 63).

c) La compatibilidad de pactos, de forma que se admite el otorgamiento de esa pluralidad citada, solo limitada por aquellos cuya esencia cierra el paso a la celebración de otros de efectos más limitados o que se muestren contradictorios con el anterior (art. 55).
d) La interpretación e integración de acuerdo con la tradición jurídica pitiusa y la clara tendencia a favor de la subsistencia del pacto y de la mayor protección de la figura del instituyente, de cuya sucesión se trata (art. 58).
e) La irrevocabilidad de los pactos otorgados, por razón de su esencia contractual (art. 62.1). Paralelamente, se reconocen algunos supuestos de excepción, tasados y puntuales, que se expresan en la norma con todo detalle. Por un lado, se admite su resolución por el mutuo acuerdo de las partes otorgantes, lo que viene a reafirmar ese carácter contractual. Por otro, se prevé la revocación por la simple voluntad del instituyente ante supuestos específicos de ruptura de las relaciones afectivas con la persona del instituido, o bien, ante determinados comportamientos realizados por este que pudieran ser calificados como causas de indignidad o desheredación.

Pasamos, pues, a dar algunas pinceladas de cada uno de estos pactos sucesorios.

V. Los distintos pactos sucesorios en el Derecho civil de Eivissa y Formentera

1. Los pactos sucesorios de institución

A. Las reglas generales

En primer lugar, se regulan los pactos de institución, modalidad de *pacta de succedendo* que puede ser a título universal —que será único— o a título singular —que admite una pluralidad de otorgamientos— (art. 65). En aquel se instituye a la persona del heredero universal del causante, mientras que en este se designa a un simple legatario suyo (arts. 66 y 70).

Pueden instituirse, en ellos, tanto a personas físicas como jurídicas, especialmente las de carácter asistencial, con la posibilidad de incluir un amplio abanico de disposiciones. Su contenido admite una extensión casi ilimitada, tanto respecto a los sujetos —parientes o no— (art. 60), al objeto —todo tipo de bienes, incluso participaciones en entidades mercantiles— (art. 57), a la forma —con la posibilidad de su inclusión en *espòlits*— (art. 51.3) o a las particularidades que lo complementan —sustituciones, reservas, cláusulas de reversión, cargas u obligaciones— (art. 56).

La posibilidad de otorgar esta categoría de pactos por medio de representación está asimismo reconocida en la Ley, aunque con respecto a la figura del instituyente de forma harto pautada (art. 61) al exigir que se instrumentalice mediante un poder especial en el que se deberá identificar a la persona del instituido —elección que siempre corresponde al causante— y con inclusión de las instrucciones precisas con respecto a los particulares que configuran su contenido. Al apoderado se le otorga escaso margen de actuación.

B. Las clases de pactos de institución

Como hemos dicho, los pactos de institución pueden ser a título singular, o pacto de legado, y a título universal. Ambos tipos de pactos se desarrollan en sus dos modalidades, en función de la existencia, o no, de una transmisión de bienes de presente (arts. 66.2 y 70.2). Las diferencias más destacadas entre estas dos opciones son las siguientes:

a) En la existencia, o no, de una transmisión de bienes de presente, lo que incidirá en sus requisitos de capacidad, en especial con respecto a la persona del disponente (art. 68).
b) Los efectos en el caso de premoriencia del instituido al instituyente, de forma que el pacto solo subsistirá si efectivamente se realizó esa transmisión de bienes (arts. 68 y 72), y no en otro caso (arts. 69 y 73).
c) Las facultades dispositivas del instituyente, distintas según existió o no transmisión de presente. En el primer caso, el disponente perderá la facultad de disponer de los bienes transmitidos, de no habérsela reservado de forma expresa (arts. 68 y 72), mientras que, en el segundo, podrá transmitirlos siempre que no lo haga en fraude de los derechos del instituido (arts. 69 y 73).

Una mención especial hay que hacer al pacto de institución a título singular o pacto de legado, cuya transposición al Derecho civil de Mallorca y Menorca se planteó en el proceso de redacción de la propuesta —como comenté en la primera parte de este artículo— pero que al final se rechazó por las razones en ella expuestas.

La posibilidad de su otorgamiento plural está reconocida de forma expresa en la Ley, sin que los que se otorguen de forma sucesiva pierdan en ningún caso su naturaleza jurídica, lo que habrá que reconocer también en el ámbito fiscal. La norma ha querido dejar zanjada de manera definitiva la discusión que existía, hasta ahora, sobre este aspecto.

2. Los pactos sucesorios de finiquito

A. Las distintas modalidades de pacto

La segunda manifestación de la sucesión contractual que prevé la Ley 8/2022 es el pacto de finiquito —*finiment*—, auténtico *pacta de non succedendo*, cuya regulación ya no se completa con las reglas de la definición mallorquina, novedad que ya se ha apuntado en apartados anteriores.

Se admite la doble modalidad del finiquito limitado a la legítima y del extensivo a los demás derechos hereditarios, manteniendo la presunción a favor de aquel (art. 74.2). El primero de ellos, además, puede ser de carácter general, si la renuncia se realiza en atención a los bienes presentes y futuros del causante (art. 77.1.a), o especial si lo hiciere solo en consideración a los que tuviere en el momento de celebrar el pacto (art. 77.1.b). Este supuesto permite un otorgamiento sucesivo, de forma que se va renunciando a los derechos a medida que se realicen las atribuciones patrimoniales. La Ley, en su idea modernizadora, no podía obviar esta cuestión que ya se planteaba en sede doctrinal.

Además, dentro de la categoría del finiquito especial se prevén dos modalidades en función de los bienes presentes sobre los que se otorga la renuncia. Así, podemos hablar de:

a) Un finiquito total, cuando la renuncia se realiza en consideración a todos los bienes que pertenecen al causante en el momento de la celebración del pacto.
b) Un finiquito parcial, cuando se lleva a cabo solo con respecto a algunos de dichos bienes presentes del causante. En este caso, el descendiente puede ir renunciando a los derechos legitimarios de una manera progresiva, otorgando cada vez carta de pago parcial de su legítima, a medida que se le realizan sucesivas atribuciones de aquellos bienes, con las especiales consecuencias sobre la afección real de la que luego hablaremos (art. 77.2).

La combinación de las distintas modalidades expuestas permite acudir a su celebración de forma sucesiva, en atención a la amplitud de la renuncia. De esta forma, el otorgamiento de un pacto de finiquito especial no impedirá su reproducción con respecto al resto de bienes, sean presentes o futuros, del causante, e incluso con un pacto de finiquito general. Ahora bien, de optar por celebrar este último quedará cerrada la posibilidad de nuevos pactos de renuncia, al ser extensiva esta a todos sus bienes.

Como un supuesto excepcional (art. 74.3) se admite la posibilidad de diferir la entrega de los bienes, en contemplación a los que se da finiquito, a un momento

posterior, normalmente a la muerte del disponente. Sin embargo, la necesaria existencia de una atribución patrimonial que sirva de causa a la simultánea o posterior renuncia de derechos nos lleva a considerar que no nos encontramos ante una modalidad distinta por el hecho de que se aplace la transmisión o la entrega de los bienes en cuestión, sino del mismo pacto con algunas consecuencias en suspenso. De ese aplazamiento, por tanto, pueden deducirse los siguientes efectos:

a) El pacto de finiquito se perfecciona desde el momento de su celebración, de forma que vinculará a los descendientes del legitimario renunciante en el caso de que este premuriere al causante. El derecho a recibir los bienes tendrá la consideración de un crédito frente la herencia del causante, que pasará a los herederos del renunciante premuerto. A la muerte de aquel, estos herederos tendrán derecho a recibir los bienes que fueron objeto de la atribución patrimonial no entregada.
b) Ese pacto de finiquito también vinculará al disponente, cuya facultad dispositiva de los mismos a favor de terceros quedará vedada, salvo que se hubiere reservado expresamente esa facultad. En tal caso, la renuncia a la legítima o a otros derechos solo subsistirá de no llevarse a cabo esa disposición.
c) En fin, la consecuencia obligada será que la pérdida del bien objeto de la atribución patrimonial diferida conllevará que el renunciante recupere su derecho a la legítima o al resto de sus derechos, al haber recibido una atribución vacía de contenido.

B. Los sujetos del pacto de finiquito

En lo que hace referencia a los sujetos, ya en sede de la Compilación se admitía la disposición de bienes por parte del heredero contractual designado en un anterior pacto de institución a título universal. Ahora se reitera y se aclara que los bienes que se transmiten no precisan ser del patrimonio del causante (art. 74.1), pudiendo ser propios de dicho heredero, fueren adquiridos en el mismo pacto o no.

A diferencia de lo que se menciona en el Título II de la Ley, relativo a los pactos sucesorios previstos para Mallorca y Menorca, aquí nada se dice sobre la posibilidad de que los bienes donados procedan de un ascendiente distinto al causante. Pero tampoco existe precepto alguno que lo prohíba.

Será una cuestión que quedará a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears núm. 1/1992, de 28 de mayo de 1992, lo admitió para el pacto de definición, al decir que «esta posibilidad de que la renuncia a no reclamar derechos en la futura sucesión

de su progenitor se preste en consideración a una atribución lucrativa que proviene del patrimonio del otro, no está prevista en la Compilación, aunque tampoco puede estimarse prohibida y, menos, a partir de la entrada en vigor de la reforma practicada en su Texto por la Ley de 28 de junio de 1990, puesto que ahora el nuevo párr. 1º del art. 48 facilita que la legítima se abone en bienes que no sean de la herencia».

Si en ese momento, y habida cuenta de la aplicación de la institución de la definición como normativa supletoria, ya se reconocía por el Alto Tribunal esa posibilidad para el pacto de finiquito, aunque fuera de forma implícita, cabría entender que tras la Ley 8/2022 la situación es la misma, a pesar de la supresión de esa supletoriedad.

C. La capacidad en el pacto de finiquito

En cuanto a la capacidad para celebrar este tipo de pacto, se mantiene la exigencia de la mayoría de edad que se recogía en la Compilación, aunque se posibilita su celebración por menores —emancipados o no— o personas en situación de discapacidad, con las pertinentes cautelas que se establecen para cada caso (art. 75).

En este punto, la Ley enumera las situaciones especiales en las que se puede encontrar el descendiente renunciante. De estar en una situación de discapacidad que le haga necesitado del nombramiento de medidas de protección (art. 75.3), habrá que acudir a la regulación general que se recoge en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En función de su nivel de entendimiento y de las medidas representativas que se le asignen habrá que valorar la aptitud para celebrarlo, siempre con el complemento de la autorización judicial en los casos en que el Código Civil lo exija.

De ser un menor de edad, el artículo 75 distingue las siguientes situaciones, en las que se pretende conjugar la mayor capacidad que hay que atribuir a los menores de edad con la previsión de que no se adopte una decisión precipitada y sin valorar las consecuencias de futuro:

a) Descendiente menor de edad emancipado, que podrá actuar en nombre propio, pero con la asistencia en el acto del otorgamiento del progenitor no disponente o, en caso de ausencia, imposibilidad o conflicto de intereses, de un defensor judicial.
b) Descendiente menor de edad no emancipado, pero mayor de dieciséis años, que podrá celebrar el pacto de finiquito, actuando en su nombre, el progenitor

no disponente o, en caso de ausencia, imposibilidad o conflicto de intereses, representado por un defensor judicial. Si el menor presta su consentimiento no se precisa el complemento de una autorización judicial que permita la renuncia. En otro caso, será de aplicación lo que se expone en el punto siguiente.

c) Descendiente menor de edad, menor de dieciséis años, que podrá actuar en el pacto por medio de sus representantes legales —padres o tutores— contando siempre con la pertinente autorización judicial, en los términos previstos en los artículos 166 y 287 CC, aplicables al caso.

D. Los efectos del pacto de finiquito

Los efectos derivados de la concurrencia de los distintos pactos de finiquito ya han sido expuestos. Ahora interesa analizar su compatibilidad con la sucesión testada e intestada.

La relación del pacto de finiquito con la sucesión testada se mantiene en la línea de la regulación anterior —que entraba por la remisión que hacía el art. 77 al art. 51 de la Compilación, hoy derogados—, detallándose sus efectos según se trate de finiquito limitado o extenso y, en ambos casos, con respecto a los testamentos anteriores y posteriores (arts. 78.1 y 80.1).

Los efectos para el caso de fallecer el causante intestado también se mantienen con un criterio continuista, tanto en el finiquito limitado como en el extenso, aunque en este caso se admite la delación a favor de los descendientes del renunciante que hereden por derecho propio (arts. 78.3 y 80.2).

Podemos observar que esta consecuencia difiere de la prevista en la misma Ley para el Derecho civil de Mallorca y Menorca. En este, el renunciante en un pacto de definición extensa es llamado, a pesar de ello, a heredar intestado. Eso sí, con la obligación de colacionar lo recibido para equilibrar las porciones hereditarias de quienes se encuentren en un mismo nivel de parentesco.

E. Las causas de extinción de finiquito

Se reconocen, en fin, como causas que permiten resolver el pacto (art. 74.5), como una excepción a su carácter irrevocable, el mutuo disenso o la revocación unilateral por parte del instituyente cuando el renunciante incurriere en causas de desheredación —previstas en el CC— o de indignidad sucesoria —en los términos del art. 69 bis de la Compilación—.

3. La afección real

No podemos cerrar este artículo sin hacer referencia a esta especial cuestión. La naturaleza de la legítima pitiusa, considerada como *pars valoris bonorum*, y la obligada afección real, a modo de gravamen —*ex* art. 15 de la Ley Hipotecaria— sobre los bienes donados —en los términos previstos en el art. 81.2 de la Compilación—, han obligado a realizar un complicado encaje de reglas que, con la nueva Ley en la mano, y en función de las distintas clases de finiquito, ha permitido su progresiva liberación en aras a facilitar el tráfico jurídico.

Así se deduce del artículo 77.2 de la Ley 8/2022, que permite la liberación de esa afección sobre los bienes que transmita el causante a título lucrativo, y en consideración a los cuales se otorgó finiquito, en lo que se refiere al derecho legitimario del renunciante. Pero no se hace extensivo a las legítimas que no fueron objeto de renuncia.

Sería un punto que podría revisarse, de replantearse el tratamiento de las legítimas, limitando esa afección real a la partición hereditaria y eliminándola de la transmisión en vida mediante donación con pacto sucesorio, cuando el adquirente instituido es el obligado a su pago. Pero, para ello, habrá que elaborar una nueva ley.

VI. Colofón

En fin, en las dos partes en que se divide el presente artículo, la primera, relativa al Derecho civil de Mallorca y Menorca y, esta segunda, en lo que afecta al Derecho civil de Eivissa y Formentera, he pretendido explicar el trasfondo de una reforma, de largo recorrido y con un final que podría tildarse de hito histórico, a la vez que intentar poner un poco de luz a aquellas cuestiones que, con el texto en la mano, precisaban de una mayor aclaración. Es cierto que cada solución nos plantea un problema nuevo, lo que nos obliga a seguir analizando una materia a todas luces útil y muy utilizada en la práctica diaria.

La paralela reciente reforma fiscal, que afecta también a los pactos sucesorios, confiere una importancia aun mayor a la nueva Ley de sucesión paccionada, en especial cuando barajamos la posibilidad de multiplicar el número de sus otorgamientos.

Ahora bien, tampoco he querido desaprovechar la ocasión para plantear algunos temas que, aún hoy, están sin resolver. Será importante profundizar en ellos para llegar a la mejor solución, posible y consensuada. No me cabe la menor duda de que

el Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears continuará esa labor de estudio y de propuesta de nuevas reformas que nuestro —o nuestros— ordenamiento jurídico precise.

Por todo ello, quiero terminar expresando a todos sus miembros mi más sincero agradecimiento por la inestimable labor realizada y animarlos para que continúen en ese importante cometido.

Comentario a la reforma de la exoneración del pasivo insatisfecho en la Ley 16/2022, de 5 de septiembre

María Arántzazu Ortiz González
Magistrada
Audiencia Provincial de Baleares

SUMARIO

I. Los antecedentes de la regulación de la Ley 16/2022. *1. La Ley 25/2015. 2. Antecedentes en la jurisprudencia. 3. El Real Decreto Legislativo 1/2020.* **II. La Ley 16/2022. III. Impacto de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 en cuanto al crédito público.** *1. La buena fe. 2. La cuestión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante. Los límites de la exoneración. 3. Las sanciones administrativas muy graves y graves.* **IV. Conclusión. V. Bibliografía.**

I. Los antecedentes de la regulación de la Ley 16/2022

Constituye el objeto de este trabajo analizar la nueva regulación de la llamada segunda oportunidad del deudor insolvente, haciendo hincapié en algunos aspectos de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junio, sobre reestructuración e insolvencia, en relación con el crédito público. Se trata de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal.

1. La Ley 25/2015

Como antecedente necesario, procede la cita de lo publicado en 2016 en el número 14 de esta Revista. A través de aquel nuevo procedimiento, operado por la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, el deudor podía ver exoneradas de

forma automática sus deudas pendientes cuando hubiera satisfecho en su integridad los créditos contra la masa, los créditos concursales privilegiados y, si no había intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, el 25 % de los créditos concursales ordinarios.

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

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

2. Antecedentes en la jurisprudencia

Desde la entrada en vigor de esta Ley, la jurisprudencia ha resuelto sobre varios aspectos: desde qué proporción de quita es válida para un intento de acuerdo extrajudicial de pagos hasta la posible inclusión del crédito público en las deudas no exonerables.

No se pretende una enumeración exhaustiva, pero, para la conclusión que propone este artículo, es relevante la línea marcada por la Sala Primera del Tribunal Supremo al interpretar la finalidad del beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho (BEPI):

– La Sentencia 150/2019, de 13 de marzo: interpreta el requisito contenido en el ordinal 4.º del antiguo artículo 178 bis de la Ley concursal (LC), relativo a que se hubiera intentado el acuerdo extrajudicial de pagos para que no sea necesario el previo pago del 25 % del pasivo concursal ordinario.
– La Sentencia 381/2019, de 2 de julio: resuelve sobre el concepto del «deudor de buena fe», admite la flexibilidad del procedimiento, y fija criterio sobre los presupuesto, requisitos y vías legales de la exoneración del pasivo insatisfecho. En particular, sobre la extensión de la exoneración, con especial atención al crédito público.

  La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (en lo sucesivo, AEAT) recurrió en casación la Sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares el 21 de septiembre de 2016 y denunció —entre otros aspectos— la ausencia de buena fe del deudor para ser merecedor del beneficio. Según la norma, la concesión de este beneficio exige un presupuesto: que el concursado debe ser una persona natural y es necesario que se haya concluido el concurso por liquidación o por insuficiencia de la masa activa. Sobre la base

de este presupuesto, la ley exige unos requisitos, entre ellos, que el deudor sea de buena fe. La referencia legal a que el deudor sea de buena fe no se vincula al concepto general del artículo 7.1 CC sino al cumplimiento de los requisitos enumerados en el apartado 3 del artículo 178 LC. El procedimiento para solicitar y obtener la exoneración no es rígido. El que eligiera la vía de exoneración del ordinal 4.º y en contestación eligiera el 5.º no es inconveniente si se cumplen las garantías legales que permitan la contradicción. Interpreta los artículos 178 bis, 5 y 6. Y confirma la exoneración plena de deudas que cumplan los requisitos (incluyendo el crédito de la AEAT).

– La Sentencia 383/2020, de 1 de julio: analiza el requisito del intento de acuerdo extrajudicial de pagos para eximir del pago del 25 % de los créditos ordinarios en la vía de la exoneración inmediata (ordinal 4.º).

  En este caso, la Sentencia resuelve con reiteración de la doctrina jurisprudencial, sobre las exigencias contenidas en la norma concursal, cuando el deudor fue declarado en concurso de acreedores antes de que se hubiera introducido en la Ley el expediente del acuerdo extrajudicial de pagos.

  La exigencia de que se hubiera celebrado o intentado celebrar un acuerdo extrajudicial de pagos, de acuerdo con la propia dicción legal, presupone que el deudor, en aquel momento, reuniera los requisitos para poder acogerse al expediente del acuerdo extrajudicial de pagos. La exigencia para que el deudor pueda quedar inmediatamente exonerado de sus deudas sin necesidad de haber pagado previamente el 25 % del pasivo ordinario, de haber intentado un acuerdo extrajudicial de pagos, se entiende cumplida, en el caso examinado, con la propuesta de convenio que no llegó a ser aceptada por los acreedores.

– La Sentencia 295/2022, de 6 de abril: considera que la Ley no especifica en qué consiste el plan, pero la propia significación de los términos empleados, así como el contexto de la expresión y la finalidad de la institución permiten delimitar sus contornos. Se requiere una propuesta real en un doble sentido: en cuanto existente, porque contenga un concreto ofrecimiento de pago; y en cuanto realista, porque este ofrecimiento se base en la realidad de los recursos disponibles. En ese caso lo presentado fue una simple declaración de intenciones, y carece del contenido esencial de un plan de pagos.

– La Sentencia 863/2022, de 1 de diciembre: se pronuncia sobre el requisito de no haber sido condenado por delitos contra el patrimonio. La Sala interpreta del ordinal 2.º del artículo 178 bis.3 LC en sus versiones consecutivas y excluye que una condena por un delito contra el patrimonio que no guarda relación con la actividad empresarial y no reviste gravedad impida excluir la buena fe del deudor.

El Tribunal Supremo ha dictado entre otras, las precitadas sentencias sobre la exoneración del pasivo insatisfecho. En ellas ha aplicado, por razones temporales, el art. 178.bis LC, en la redacción dada por la Ley 25/2015, de 28 de julio, «una norma de difícil comprensión, que requiere de una interpretación jurisprudencial para facilitar su correcta aplicación», según ha afirmado el Tribunal Supremo. Algunas de estas sentencias carecen de interés relevante para las solicitudes de exoneración que se formulen en estos momentos, dada la profunda modificación de la regulación de la exoneración del pasivo insatisfecho que ha supuesto la redacción del texto refundido de la Ley Concursal dada por la Ley 16/2022, aunque pueden ser de interés para los procesos iniciados antes de la entrada en vigor de esta última reforma; otras, como las relativas al plan de pagos, mantienen su interés porque abordan cuestiones que con la nueva regulación también pueden suscitarse.

3. El Real Decreto Legislativo 1/2020

Se trata del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (TRLC), tenía por objeto, regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos (art. 82.2 CE).

En este caso solo había un texto (la Ley concursal) y la tarea del refundidor carece de la función encomendada al poder legislativo para modificarla. Entre otros afectó el ámbito de la exoneración del pasivo insatisfecho, sin embargo, no siguió la decisión de la Sala Primera respecto a la posible exoneración del crédito público de que fuera incluido en el plan de pagos.

En cuanto a esta cuestión, las decisiones de las audiencias provinciales se dividieron a favor y en contra de mantener la jurisprudencia del Tribunal Supremo (desde la STS 381/2019) pese a la rectificación del precepto en un texto refundido.

Esta discrepancia en la jurisprudencia menor ha sido resuelta por la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Auto de 20 de septiembre de 2023, porque inadmite el recurso de casación presentado por la Tesorería General de la Seguridad Social para combatir la extensión del beneficio acordado. El Tribunal Supremo razona:

> «La ley, al articular la vía alternativa del ordinal 5.º, bajo la ratio de facilitar al máximo la concesión del beneficio, pretende facilitar el cumplimiento de este requisito del pago de los créditos contra la masa y privilegiados, y para ello le concede un plazo de cinco años, pero le exige un plan de pagos, que planifique su cumplimiento.
>
> Bajo la lógica de esta institución y de la finalidad que guía la norma que es facilitar al máximo la “plena exoneración de deudas”, debemos entender que también en

la alternativa del ordinal 5.º, la exoneración alcanza a todos los créditos ajenos al plan de pagos. Este plan de pagos afecta únicamente a los créditos contra la masa y los privilegiados».

El precitado Auto no solo mantiene la inclusión del crédito público en el plan de pagos, sino que también confirma la decisión de que sea el Juez mercantil quien tenga competencia para verificar el cumplimiento de ese plan: «Aprobado judicialmente el plan de pagos, no es posible dejar su eficacia a una posterior ratificación de uno de los acreedores, en este caso el acreedor público. Aquellos mecanismos administrativos para la condonación y aplazamiento de pago carecen de sentido en una situación concursal. Esta contradicción hace prácticamente ineficaz la consecución de la finalidad perseguida por el art. 178 bis LC (que pueda alcanzarse en algún caso la exoneración plena de la deuda), por lo que, bajo una interpretación teleológica, ha de subsumirse la protección perseguida del crédito público en la aprobación judicial. El juez, previamente, debe oír a las partes personadas (también al acreedor público) sobre las objeciones que presenta el plan de pagos, y atender sólo a aquellas razones objetivas que justifiquen la desaprobación del plan».

En la fundamentación destaca la referencia a estas decisiones como germen de la legislación vigente, al menos en el ámbito europeo:

«Esta recomendación constituyó el germen de la armonización de esta materia, que ha desembocado en la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre acuerdos marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas. Esta Directiva prevé en su art. 20 el acceso a la exoneración. En el primer apartado dispone que “los Estados miembros velarán por que los empresarios insolventes tengan acceso al menos a un procedimiento que pueda desembocar en la plena exoneración de deudas de conformidad con la presente Directiva”, con lo que remarca el objetivo de la plena exoneración del deudor. Y en el apartado 2, prevé la posibilidad de que en algún Estado la plena exoneración de deudas se supedite a un reembolso parcial de la deuda, y que en esos casos deba garantizarse “que la correspondiente obligación de reembolso se base en la situación individual del empresario, y, en particular, sea proporcionada a los activos y la renta embargables o disponibles del empresario durante el plazo de exoneración, y que tenga en cuenta el interés equitativo de los acreedores”.

No hacemos esta referencia al preámbulo del RDL 1/2015, de 27 de febrero, a la Recomendación de la Comisión Europea de 12 de abril de 2014 y a la Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva y exoneración de deudas, para extraer de ellas una norma jurídica, sino para constatar cuál es la finalidad

perseguida por la institución y los principios que deberían tomarse en consideración para realizar una interpretación teleológica del art. 178 bis LC. La finalidad de la norma es facilitar la segunda oportunidad, mediante la condonación plena de las deudas. Esta condonación puede ser inmediata o en cinco años. En ambos casos, se supedita a unas exigencias que justifiquen la condición de buena fe del deudor y a un reembolso parcial de la deuda. Este reembolso parcial debe tener en cuenta el interés equitativo de los acreedores y, en la medida de lo posible, debería ser proporcionado a los activos y la renta embargables o disponibles del deudor concursado, pues de otro modo en la mayoría de los casos la exoneración del pasivo se tornaría imposible, y la previsión normativa devendría prácticamente inaplicable».

Del análisis de estos hitos legislativos y jurisprudenciales podemos afirmar que ha habido una aplicación coherente de esta institución, desde la introducción de la llamada segunda oportunidad con la promulgación de la Ley 25/2015 hasta la reforma motivada por la obligada transposición de la Directiva 2019/1023 en la Ley 16/2022.

El deudor insolvente, tras ver liquidado su patrimonio en el concurso, podía acceder a una exoneración que incluía el crédito público en el plan de pagos, era controlada la ejecución por el Juez del concurso y esto no podía ser materialmente alterado por el legislador refundidor.

II. La Ley 16/2022

Nos ocupamos ahora de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). La entrada en vigor de esta Ley 16/2022 supone el mantenimiento de la extensión de la exoneración a los consumidores.

La Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia (en adelante, Directiva 2019/1023) solo la impone en relación con los empresarios. En el Considerando 21 recomienda a los Estados aplicarlo a los consumidores en el plazo más breve posible. El apartado IV del Preámbulo de la Ley 16/2022 señala: «Aunque la Directiva no lo impone, sí aconseja, y de hecho se ha optado, por mantener la regulación

de la exoneración también para el caso de personas naturales cuyas deudas no provengan de actividades empresariales (consumidores)».

Este comentario quiere reflejar la situación actual: en los 14 meses de vigencia de esta Ley se han planteado numerosas cuestiones prejudiciales sobre las discrepancias entre esta y la Directiva (Juzgados de lo Mercantil de Alicante núm. 1 [ROJ: AJM A 133/2023 - ECLI:ES:JMA:2023:133A], de Barcelona núm. 11, de 2 de mayo de 2023 [ROJ: AJM B 146/2023 - ECLI:ES:JMB:2023:146A] y de Gijón núm. 3 [ROJ: AJM O 2979/2023 - ECLI:ES:JMO:2023:2979A]) y una cuestión de inconstitucionalidad (Juzgado de lo Mercantil de Barcelona núm. 7, de 12 de junio de 2023) respecto al régimen transitorio pues la Ley impone aplicar la nueva norma a procedimientos en curso.

A pesar de que uno de los objetivos de la Directiva 2019/1023 es conseguir que los deudores puedan disfrutar de una plena exoneración de sus deudas, la Ley 16/2022, en lugar de ampliar su ámbito de aplicación, lo ha restringido en numerosos casos, por lo que *de facto* ha supuesto una limitación del derecho a la segunda oportunidad.

La Ley 16/2022 modifica el sistema de segunda oportunidad tanto a nivel procesal como sustantivo, limita el acceso a esta institución y, en este comentario —con propósito divulgativo no jurisdiccional—, avanzo que la conclusión es que tal restricción no está avalada por la Directiva que se dice trasponer.

La reforma del Real Decreto legislativo 1/2020 ha cambiado el nombre del «Beneficio de Exoneración del Pasivo Insatisfecho» (BEPI) al derecho a la exoneración del pasivo insatisfecho (EPI). Como elementos más señalados destaca:

1. La devolución de la competencia para tramitar los concursos de personas físicas no empresarias a los juzgados mercantiles.
2. La supresión del acuerdo extrajudicial de pagos como requisito para acudir a la segunda oportunidad. Según el Preámbulo de la Ley 16/2022, esto se debe a su escasa utilidad práctica, porque en poquísimas ocasiones se conseguía aprobar dicho acuerdo, resultando en realidad un trámite que encarecía el proceso y solo ralentizaba la consecución de la segunda oportunidad.
3. Incremento de las excepciones a la segunda oportunidad porque, en la anterior regulación, el artículo 487 TRLC presumía la existencia de buena fe del deudor cuando el concurso no fuera considerado culpable, permitiendo incluso la exoneración cuando la culpabilidad se debía al retraso en la solicitud de concurso, a discreción del juez, y no hubiese sido condenado por sentencia firme por los delitos indicados en el citado precepto, casi todos de contenido patrimonial.
4. Restricción de las deudas susceptibles de ser exoneradas: en efecto, en el anterior régimen se exoneraban los créditos ordinarios y subordinados, y

debían pagarse los créditos contra la masa y los privilegiados, ya sea de forma inmediata (régimen general), o bien mediante un plan de pagos de cinco años (régimen especial). El artículo 499 TRLC permitía incluso la exoneración si no se cumplía dicho plan, pero se acreditaba un esfuerzo económico importante por parte del deudor consumidor. Con la nueva regulación, la exoneración o no de las deudas no depende de su clasificación concursal, sino de su naturaleza o del titular de estas. Según el artículo 489.1 TRLC se exoneran todas las deudas insatisfechas, salvo las siguientes:

1.º Las deudas por responsabilidad civil extracontractual, por muerte o daños personales, así como por indemnizaciones derivadas de accidente de trabajo y enfermedad profesional, cualquiera que sea la fecha de la resolución que los declare.

2.º Las deudas por responsabilidad civil derivada de delito.

3.º Las deudas por alimentos.

4.º Las deudas por salarios correspondientes a los últimos sesenta días de trabajo efectivo realizado antes de la declaración de concurso en cuantía que no supere el triple del salario mínimo interprofesional, así como los que se hubieran devengado durante el procedimiento, siempre que su pago no hubiera sido asumido por el Fondo de Garantía Salarial.

5.º Las deudas por créditos de Derecho público. No obstante, las deudas para cuya gestión recaudatoria resulte competente la Agencia Estatal de Administración Tributaria podrán exonerarse hasta el importe máximo de diez mil euros por deudor; para los primeros cinco mil euros de deuda la exoneración será íntegra, y a partir de esta cifra la exoneración alcanzará el cincuenta por ciento de la deuda hasta el máximo indicado. Asimismo, las deudas por créditos en Seguridad Social podrán exonerarse por el mismo importe y en las mismas condiciones. El importe exonerado, hasta el citado límite, se aplicará en orden inverso al de prelación legalmente establecido en esta ley y, dentro de cada clase, en función de su antigüedad.

6.º Las deudas por multas a que hubiera sido condenado el deudor en procesos penales y por sanciones administrativas muy graves.

7.º Las deudas por costas y gastos judiciales derivados de la tramitación de la solicitud de exoneración.

8.º Las deudas con garantía real, sean por principal, intereses o cualquier otro concepto debido, dentro del límite del privilegio especial, calculado conforme a lo establecido en esta ley.

Además, el apartado segundo del artículo 489 TRLC dispone que, excepcionalmente, el juez podrá declarar que no son total o parcialmente exonerables deudas no relacionadas en el apartado primero cuando sea necesario para evitar la insolvencia del acreedor afectado por la extinción del derecho de crédito. De este modo, el legislador pretende evitar los concursos en cadena.

Debemos destacar que, si se analiza todo el elenco de deudas no exonerables, la gran mayoría son deudas que con la anterior regulación se conceptuaban como créditos contra la masa o bien como créditos privilegiados, por lo que la situación no ha variado en exceso, excepto con respecto a los créditos de derecho público, que se han convertido en no exonerables en su integridad, salvo los límites indicados de los diez mil euros.

Con el anterior régimen, los créditos públicos ordinarios y subordinados sí se podían exonerar, aunque existen interpretaciones dispares en relación con esta cuestión tras la aprobación del Real Decreto Legislativo 1/2020. Esta discrepancia ha sido resuelta por el Tribunal Supremo que ha resuelto al inadmitir los recursos de la Tesorería General de la Seguridad Social contra las resoluciones que apreciaron *ultra vires*.

Por este motivo, el elenco de deudas exonerables en la práctica se ha reducido por lo que, en este aspecto, la reforma también ha supuesto un claro retroceso.

5. Introduce en la regulación dos modalidades de exoneración: con sujeción a un plan de pagos sin liquidación y con liquidación de la masa activa. Antes de la reforma el deudor persona natural solo podía acudir al BEPI previa liquidación de su patrimonio o masa activa. Una de las novedades más reseñables del régimen de segunda oportunidad que incorpora la Ley 16/2022 es una modalidad de exoneración sin necesidad de liquidar previamente la masa activa. Dejamos aquí apuntada su existencia porque no podemos abordar su incidencia en este comentario.

III. Impacto de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 en cuanto al crédito público

1. La buena fe

La exoneración del crédito público queda limitada por las excepciones que impiden ser considerado deudor de buena fe y, en consecuencia, merecedor del derecho a la exoneración. El artículo 487 TRLC, tras la redacción dada por la Ley 16/2022, amplía

la enumeración de los supuestos en los que no cabrá la exoneración, presumiendo que en dichos casos el deudor se ha comportado de mala fe. Dichos supuestos son:

– «Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido condenado en sentencia firme a penas privativas de libertad, aun suspendidas o sustituidas, por delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico, de falsedad documental, contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social o contra los derechos de los trabajadores, todos ellos siempre que la pena máxima señalada al delito sea igual o superior a tres años, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración se hubiera extinguido la responsabilidad criminal y se hubiesen satisfecho las responsabilidades pecuniarias derivadas del delito» (art. 487.1.1.º).

  Esto es, en caso de que el deudor cometa los delitos enunciados no es merecedor de la segunda oportunidad, a no ser que pague las responsabilidades derivadas del delito. Pero se fija un umbral de pena mínima superior a tres años lo que mejora la redacción en cuanto a la proporcionalidad con respecto a la regulación previa. A ello se añade que, como resolvió la Sala Primera en la STS 863/2022, en el delito contra el patrimonio debe existir alguna relación o vinculación con la insolvencia o el crédito en el mercado, que justifique la privación a su autor de la posibilidad de acceder a la exoneración del pasivo insatisfecho.

– «Cuando, en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad.

  En el caso de infracciones graves, no podrán obtener la exoneración aquellos deudores que hubiesen sido sancionados por un importe que exceda del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a la que se refiere el artículo 489.1.5.º, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubieran satisfecho íntegramente su responsabilidad» (art. 487.1.2.º).

2. La cuestión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante. Los límites de la exoneración

Como hemos razonado hasta ahora, la evolución de esta institución se debe a las decisiones judiciales. Las limitaciones a la calificación de deudor de buena fe se han

ampliado y preocupa la redacción del precepto precitado. Esta prohibición no existía en la regulación previgente y su aplicación ha dado lugar a cuestiones prejudiciales; destacamos en este sentido la planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante C-289/23, de 25 de abril de 2023. Entre otros aspectos, el Juzgado remitente pregunta sobre los límites de acceso a la exoneración por falta de buena fe de deudor y por los límites de la exoneración, en la redacción dada tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023.

En concreto, sobre la norma que impide el acceso a la exoneración en el caso de que en el plazo de los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad y sobre la interpretación de la norma que excluye del alcance de la exoneración las deudas por créditos de Derecho público:

> «129. La limitación introducida por la Ley 16/2022 es una causa que impide el acceso a la exoneración *ex novo*, que no había sido prevista por el legislador español bajo el régimen anterior de exoneración de pasivo insatisfecho. En ningún momento la regulación anterior limitó el acceso a la exoneración plena por la existencia de determinadas deudas de derecho público (ni la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, ni el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, ni el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo).
>
> 130. Es cierto que en la redacción originaria del artículo 178 LC 22/2003 no se encontraba el concepto “buena fe” explícitamente. Sin embargo, en la nueva regulación introducida en el artículo 178 bis LC 22/2003 por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, se dice expresamente que “solo se admitirá la solicitud de exoneración del pasivo insatisfecho a los deudores de buena fe”. Al mismo tiempo se entendía que concurría buena fe en el deudor que cumpliera una serie de requisitos entre los que no se encontraban los hoy previstos en el artículo 487.1.2.º TRLC. Dicho concepto fue calificado de concepto “normativo” por el Tribunal Supremo (STS, Civil, de 2 de julio de 2019 - ROJ: STS 2253/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2253-). Por tanto, el concepto de buena fe no se vincula al concepto general del artículo 7.1 del Código Civil sino al cumplimiento de determinados requisitos.
>
> 131. En cuanto a los requisitos, en la legislación vigente inmediatamente anterior a la reforma de transposición de la Directiva (UE) 2019/2023, el deudor de buena fe se identificaba conforme a los siguientes dos requisitos: a) no haber sido declarado el concurso culpable; b) haber sido condenado en sentencia firme por determinados delitos.

132. El resto de los requisitos hacían referencia, realmente, a la vía de acceso a la exoneración (definitiva o provisional mediante plan de pagos). Así lo reconocía expresamente la Sentencia del Tribunal Supremo (STS, Civil, de 2 de julio de 2019 - ROJ: STS 2253/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2253-) cuando señalaba que solo "los dos primeros guardan una relación más directa con las exigencias de la buena fe" (Fundamento de Derecho 2º).

133. Por tanto, la paradoja de la transposición de la Directiva (UE) 2019/2023 llevada a cabo por el legislador nacional español es que ha servido para introducir un régimen más restrictivo de acceso a la exoneración de las deudas que el régimen anterior a la norma de transposición, lo que suscita serias dudas de compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea».

La respuesta que propone el juez remitente y que asumimos en este comentario se fundamenta en que:

«134. El derecho a la exoneración plena de deudas es un derecho de origen comunitario que integra el patrimonio de los ciudadanos. La protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico de la Unión Europea no puede menoscabar los principios de equivalencia o de efectividad. En particular, la regulación nacional no puede comprometer el contenido esencial del derecho a la plena exoneración de deudas.

135. Por ello, el artículo 23.4 debería ser interpretado igualmente a la luz de los artículos 15 y 16 de la carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De esta forma, un sistema que restrinja indebidamente el acceso a la exoneración, pone en riesgo la libertad de empresa (artículo 16 CDFUE) y el derecho al trabajo (artículo 15 CDFUE) en la medida en que al no poder ni siquiera acceder a la plena condonación de deudas, los empresarios sobreendeudados no tendrán posibilidad de retomar sus actividades comerciales.

136. En definitiva, el derecho a la exoneración plena de deudas es esencial para garantizar mercados dinámicos y competitivos lo que afecta, principalmente, al mercado único.

137. La introducción de nuevos requisitos delimitadores de la buena fe frente al sistema anterior compromete seriamente la finalidad de la Directiva. Si consideramos que la primera regulación del derecho a la exoneración se introduce en la legislación española en el año 2013, y que ya entonces se atendía a un concepto de buena fe limitado a que el concurso no hubiera sido declarado culpable y no haber sido condenado por determinados delitos, la legislación española no había previsto tal limite a la exoneración durante 9 años.

138. La transposición llevada a cabo por el legislador español supone una paradoja difícilmente explicable. Dado que la transposición de la Directiva restringe el acceso a la exoneración plena frente a la legislación anterior el empresario español se encuentra en peor situación tras la transposición de la Directiva 2019/1023 que antes de la misma. El empresario español podía acceder a la exoneración con mayor libertad con anterioridad a la transposición de la Directiva que tras la transposición.

139. El empresario no puede estar en peor situación a consecuencia de la transposición de la Directiva que la situación anterior. El hecho de que la lista contenida en el artículo 23.2 de la Directiva sea meramente ejemplificativa impone especiales deberes de vigilancia para evitar que los Estados miembros vacíen de contenido el derecho a la plena exoneración de deudas a través de una delimitación excesiva de la buena fe. De lo contrario, se compromete gravemente el fin perseguido por la Directiva».

Por todo ello, la cuestión prejudicial planteada considera que, en aquellos casos como el español, en los que el derecho a la exoneración de los deudores de buena fe se encontraba ya reconocida bajo la legislación anterior a la transposición de la Directiva, el legislador nacional no puede introducir nuevos requisitos diferentes a los ya previstos (más allá de las adaptaciones que sean necesarias) que supongan una restricción sustancial del acceso al derecho a la exoneración respecto de la situación anterior.

Así como que el apartado 2 del artículo 23 de la Directiva debe interpretarse en el sentido en que se opone a una normativa nacional que impide el acceso a la exoneración en el sentido establecido en el artículo 487.1 TRLC en la medida en que dicho límite no estaba previsto en la normativa previa a la transposición de la Directiva que reconocía el derecho a la exoneración y que ha sido introducido *ex novo*. En particular, el apartado 2 del artículo 23 de la Directiva, debe interpretarse en el sentido en que se opone a que el legislador nacional introduzca, con ocasión de la transposición de la Directiva, una normativa que restrinja el acceso al derecho a la exoneración en mayor medida que bajo legislación anterior, especialmente cuando la nueva circunstancia no guarda relación con las circunstancias recogidas en el apartado 2 del artículo 23.

3. Las sanciones administrativas muy graves y graves

Como corolario de lo anterior, en los supuestos en los que la sanción administrativa firme lo sea por infracciones muy graves, la concurrencia de este

requisito determinará que el deudor no pueda aspirar al reconocimiento de la exoneración del pasivo insatisfecho.

No opera en estos casos la prejudicialidad administrativa, es decir, un deudor insolvente podrá solicitar la exoneración y conseguir la misma en los supuestos en los que las sanciones administrativas impuestas no sean firmes, sin perjuicio de que el acreedor pueda solicitar la revocación de la exoneración (art. 493.1.3.º TRLC) si la sanción adquiere firmeza dentro de los tres años posteriores a la resolución judicial en la que se reconoce el derecho de exoneración.

En este punto, el legislador no ha tenido en cuenta que en muchas ocasiones los recursos administrativos, especialmente los que penden de la vía judicial, pueden demorarse en su resolución más de tres años.

Cuando se trata de infracciones graves, el segundo inciso del artículo 487.1.2.º habilita una excepción. La norma indica que: «En el caso de infracciones graves, no podrán obtener la exoneración aquellos deudores que hubiesen sido sancionados por un importe que exceda del cincuenta por ciento de la cuantía susceptible de exoneración por la Agencia Estatal de Administración Tributaria a la que se refiere el artículo 489.1.5.º, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubieran satisfecho íntegramente su responsabilidad».

La cantidad máxima exonerable conforme al artículo 489.1.5.º son 10.000 euros, por lo tanto, una persona que, por una sanción grave, haya de satisfacer una deuda superior a 5.000 euros, será considerado deudor deshonesto, salvo que hubiera liquidado su responsabilidad antes de solicitar la exoneración.

Debe tenerse en cuenta que esta regla afecta a las sanciones impuestas por las autoridades fiscales, pero nada se dice de las sanciones del orden social o de Seguridad Social. A la hora de valorar la incidencia de esta circunstancia que impide la exoneración la Ley no ha tenido en cuenta que, en el ámbito sancionador administrativo, los sancionados pueden decidir no recurrir la sanción para evitar así intereses de demora y recargos que pueden incrementar sustancialmente la deuda reclamada.

De igual modo, las reglas sobre recursos administrativos obligan al deudor a afianzar o depositar en todo caso las cantidades a las que ha sido sancionado, lo que desincentiva el acceso al recurso cuando el sancionado carece de patrimonio o de medios para la consignación o fianza.

En el número 2.º del artículo 487.1 también se incluye el criterio temporal, las sanciones firmes han de haber adquirido firmeza dentro de los diez años anteriores a la solicitud de exoneración. El único modo de eludir esta causa que impide la

exoneración es que el deudor hubiera satisfecho íntegramente la responsabilidad derivada de la sanción.

Resulta paradójico que el legislador español haya decidido ampliar los supuestos en los que el concursado pierde la condición de deudor honesto con ocasión de la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023, que es una norma que incluye entre sus objetivos el permitir la segunda oportunidad a empresarios y profesionales. Las sanciones tributarias o de Seguridad Social afectan principalmente a empresas y a empresarios.

Además, la precitada cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil de Alicante añade, entre otros, un segundo punto relativo a que la vigente regulación implica pagar antes créditos subordinados que ordinarios (en la nomenclatura anterior). El artículo 23.2 de la Directiva (UE) 2019/1023 debe interpretarse en el sentido en que se opone a una normativa nacional que impide el acceso a la exoneración cuando en los diez años anteriores a la solicitud de la exoneración, hubiera sido sancionado por resolución administrativa firme por infracciones tributarias muy graves, de seguridad social o del orden social, o cuando en el mismo plazo se hubiera dictado acuerdo firme de derivación de responsabilidad, salvo que en la fecha de presentación de la solicitud de exoneración hubiera satisfecho íntegramente su responsabilidad (487.1.2.º TRLC), en la medida en que dicha causa supone alterar la sistema de clasificación de créditos concursales.

IV. Conclusión

La colisión entre la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 y la legislación vigente constata que esta se ha desviado de los principios rectores de la exoneración sin que, hasta el momento, se haya justificado la disparidad de trato de los acreedores.

En este comentario se analiza sucintamente la respuesta coherente de los Tribunales para hacer efectiva una institución necesaria y a la que el deudor español tuvo acceso muy tarde (en el año 2015).

Desde entonces, la aplicación de esta institución a los supuestos de deudores insolventes que han liquidado todo su patrimonio se ha hecho respetando la finalidad prevista en la normativa europea.

En la medida en que no esté justificada debe rechazarse la limitación a lo que se ha configurado legalmente como un derecho. Así lo ha hecho recientemente la Audiencia Provincial de Baleares en la Resolución de 24 de noviembre de 2023 en

cuanto a la distinción del crédito público exonerable dependiendo de que entidad tuviera el encargo de recaudarlo.

V. Bibliografía

ESCOLÀ I BESORA, M.ª E. «La exoneración con liquidación de la masa activa. La posición de la vivienda habitual». *La Ley Insolvencia. Revista profesional de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 13 (2022).

FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.ª *La Exoneración del Pasivo insatisfecho en el Texto Refundido de la Ley Concursal*. Madrid: Bosch, 2023.

COMENTARIS DE JURISPRUDÈNCIA

Vicente Juan Calafell Ferrá
Doctor en Dret

Eduardo Calderón Susín
Doctor en Dret. Magistrat jubilat

Carlos Gómez Martínez
President del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

Ferran Gomila Mercadal
Advocat

Ángel Custodio Navarro Sánchez
Secretari habilitat nacional del Consell Insular de Formentera

Fernando Socías Fuster
Magistrat del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

El uso del catalán por los órganos judiciales de las Illes Balears y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión

Sentencia del Tribunal Constitucional (recurso de amparo) núm. 37/2023, de 19 de abril (Pleno) (ponente: Sra. Segoviano Astaburuaga).

El recurso de amparo contra la denegación de la traducción al castellano de resoluciones judiciales en catalán

La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2023, de 19 de abril, resolvió el recurso de amparo 6735-2021, interpuesto por una entidad mercantil contra el auto de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de 20 de octubre de 2021, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 de la Constitución.

La solicitante de amparo había presentado dos recursos contencioso-administrativos contra el Gobierno de las Illes Balears, referentes al pago de cantidades de un contrato público del que era adjudicataria. El tribunal de instancia tramitó acumuladamente ambos recursos en un procedimiento que se siguió en castellano, pero cuya Sentencia —desestimatoria— fue redactada en catalán.

La actora, sin discutir el uso del catalán en la Sentencia, solicitó la aclaración de esta en lo tocante a la concreción de una determinada fecha. El órgano judicial resolvió la aclaración mediante un auto en catalán. La demandante pidió que se le entregara el auto en castellano, para lo que argumentó que el procedimiento se estaba sustanciando en ese idioma y que no entendía el texto emitido. El Tribunal —con una providencia en catalán— denegó la traducción, por entender que no concurría ninguno de los supuestos previstos en el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ya que la solicitante no había alegado que se le hubiera causado indefensión ni que la resolución debiera tener efectos fuera de la comunidad autónoma).

La entidad mercantil presentó un recurso de reposición contra la decisión de no traducir el auto. Tal impugnación se basó en el artículo 24.1 CE, en relación con el artículo 231 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En concreto, la reclamante alegó que se le había causado indefensión, al no haberse usado el castellano y no entender el texto en catalán; además, adujo que la resolución podría surtir efectos fuera de las Illes Balears, porque el incidente de ejecución en que iba a derivar saldría

—previsiblemente— del ámbito de la Comunidad Autónoma (por ser susceptible de casación ante el Tribunal Supremo). La Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia desestimó el recurso de reposición por el auto de 20 de octubre de 2021. Contra esta resolución, la empresa interpuso un recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia 37/2023, consideró que no se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de la demandante y, por consiguiente, desestimó el recurso de amparo. La decisión no fue unánime, porque tres magistrados y una magistrada formularon un voto particular, en el que discrepaban tanto de la fundamentación como del fallo de la Sentencia.

La definición del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión ante el uso de idiomas cooficiales propios por los órganos judiciales

La Sentencia comentada versa sobre un asunto de especial significación constitucional y, asimismo, de particular interés para las Illes Balears. Por una parte, como expuso el Tribunal Constitucional en la admisión del recurso de amparo, la controversia planteada era importante para determinar el contenido y el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva —reconocido en el art. 24.1 CE— cuando los órganos judiciales utilicen idiomas oficiales propios de las comunidades autónomas. Por otra parte, la resolución del litigio también era relevante para las Illes Balears, en la medida en que podía contribuir a definir el régimen del uso del catalán por los órganos judiciales radicados en su territorio.

La Sentencia fundamentó la trascendencia de este recurso de amparo en el escaso tratamiento que había recibido, en la jurisprudencia constitucional, el empleo de las lenguas cooficiales en las actuaciones judiciales y su incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva. Además, la doctrina constitucional aplicable era prácticamente inexistente cuando la controversia —como ocurría en este caso— residía en la posible vulneración del artículo 24.1 CE por la decisión de un órgano judicial de usar un idioma oficial distinto del castellano.

La regulación de la lengua de las actuaciones judiciales se halla en el artículo 231 LOPJ. Según este precepto, los órganos judiciales usarán el castellano en todas sus actuaciones; también podrán utilizar el idioma oficial propio de la comunidad autónoma, si ninguna de las partes se opone alegando desconocimiento que pueda producirle indefensión. De manera complementaria, se dispone que las actuaciones judiciales realizadas en el idioma oficial de una comunidad autónoma tendrán plena validez y eficacia, sin necesidad de traducción al castellano; no obstante, se procederá a su traducción, de oficio, cuando deban surtir efecto fuera de la jurisdicción de los órganos

judiciales sitos en la comunidad autónoma o, a instancia de parte, si se alega indefensión.

El Tribunal Constitucional precisó que la queja planteada en este recurso de amparo se encuadraba en el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del artículo 24.1 CE. Esto suponía que la indefensión alegada sería constitucionalmente relevante si reunía los requisitos establecidos al efecto por la jurisprudencia constitucional; es decir, la indefensión debía traer causa inmediata y directa de la actuación de un órgano judicial y tenía que ser real y efectiva (no meramente potencial o abstracta).

La mayoría del Tribunal Constitucional consideró que la indefensión invocada por la recurrente en amparo —concretada en la imposibilidad de conocer con exactitud una determinada fecha sobre la que había solicitado aclaración— no cumplía ninguna de las dos exigencias mencionadas. En particular, la Sentencia rechazó que dicha indefensión —pese a haberse formulado como una disputa sobre el uso del catalán por el tribunal de instancia y su falta de comprensión por la actora— tuviera un origen inmediato, primero, en el empleo de una lengua cooficial propia para redactar una resolución judicial y, después, en la denegación de su traducción al castellano. Por el contrario, la pretendida indefensión estaba directamente relacionada con las dudas de la demandante sobre la comprensión de una expresión, que eran independientes de la lengua —catalana o castellana— utilizada en su redacción.

La Sentencia 37/2023 tiene un especial interés para las Illes Balears, como Comunidad Autónoma con un régimen de cooficialidad lingüística, porque perfila la doctrina constitucional sobre el uso de los idiomas oficiales distintos del castellano en la Administración de Justicia (regulado en el art. 231 LOPJ). Sobre esta cuestión, la Sentencia afirmó, por un lado, que la interpretación y la aplicación de las previsiones del citado precepto competen a los propios órganos judiciales; y, por otro, que las decisiones que estos adopten al respecto solo pueden ser revisadas por el Tribunal Constitucional en vía de amparo cuando se haya producido una indefensión, que será atendible si cumple los requisitos generales fijados por la jurisprudencia constitucional (tener origen inmediato y directo en una actuación judicial y ser real y efectiva). Por ello, estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional tal vez sirvan para reforzar la posición de los juzgados y tribunales que empleen un idioma cooficial distinto del castellano, porque —según la Sentencia objeto de comentario— no parece que esa legítima opción lingüística de los órganos judiciales pueda quedar sin efecto con una simple alegación de indefensión.

Vicente Juan Calafell Ferrá

La caracterización jurídica y la eficacia real del régimen especial insular de las Illes Balears

Sentencia del Tribunal Constitucional (recurso de inconstitucionalidad) núm. 50/2023, de 10 de mayo (Pleno) (ponente: Sra. Balaguer Callejón).

El recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de las Illes Balears contra la Ley de presupuestos generales del Estado de 2021 por omisión legislativa

La Sentencia del Tribunal Constitucional 50/2023, de 10 de mayo, desestimó el recurso de inconstitucionalidad 1875-2021, presentado por el Parlamento de las Illes Balears contra la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021.

El Parlamento de las Illes Balears, en la sesión plenaria del día 2 de marzo de 2021, acordó por mayoría absoluta —según exige el Reglamento de la Cámara— la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Seguidamente, solicitó el preceptivo dictamen del Consejo Consultivo de las Illes Balears, que fue emitido —con carácter urgente— el día 25 de marzo de 2021 (Dictamen 21/2021).

La Cámara afirmó en su demanda que planteaba el recurso por omisión legislativa. En concreto, precisó que la Ley de Presupuestos Generales de 2021 no había incluido ciertas consignaciones que eran obligadas conforme al régimen especial insular de las Illes Balears (previsto en la disposición adicional sexta del Estatuto de Autonomía y regulado por el Real Decreto-ley 4/2019, de 22 de febrero). A su juicio, la ausencia de esos contenidos contradecía la Constitución y el bloque de constitucionalidad, del que formaba parte dicho Real Decreto-ley. Esta norma tenía, en efecto, tal condición, porque desarrollaba la previsión estatutaria —con base en la Constitución— de un régimen especial para las Illes Balears y, además, se había dictado como legislación básica del Estado. Sin embargo, la cadena normativa quedaba incompleta si la ley de presupuestos generales no incorporaba las partidas correspondientes.

El recurso señaló, específicamente, que la Ley 11/2020 no contenía las consignaciones relativas a los artículos 15 (financiación del transporte público terrestre regular de viajeros) y 17 (dotación del factor de insularidad) del Real Decreto-ley 4/2019. La falta de esas partidas generaba un desequilibrio económico entre las Illes Balears y las diversas partes del territorio español en razón de la insularidad. La omisión resultaba, así, contraria a los artículos 2 y 138.1 CE, porque el legislador

estatal había incumplido su deber constitucional de garantizar la solidaridad interterritorial, con especial atención al hecho insular.

El Parlamento de las Illes Balears también denunció la infracción de los principios constitucionales de lealtad y de cooperación, en relación con los instrumentos de financiación autonómica. Más precisamente, alegó que el Estado no había convocado —pese a las peticiones de la Comunidad Autónoma— el órgano bilateral que, según el Real Decreto-ley citado, debía consensuar el cálculo inicial del factor de insularidad (la Comisión Mixta de Economía y Hacienda del art. 125 EAIB); por ello, la Ley 11/2020 no había incluido la dotación de este concepto. En cambio, la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales de 2022, sí previó dicha partida, ya que —una vez interpuesto el recurso de inconstitucionalidad— la citada Comisión Mixta acordó (en septiembre de 2021) la metodología para fijar el factor de insularidad.

La concreción del régimen especial insular de las Illes Balears según el Tribunal Constitucional: un resultado poco satisfactorio para la Comunidad Autónoma

La Constitución y el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears reconocen la singularidad del hecho insular. Esta relevancia constitucional y estatuaria de la insularidad se manifiesta en diferentes aspectos, uno de los cuales es el económico. Así, como recuerda la propia Sentencia 50/2023, el Tribunal Constitucional ha afirmado repetidamente que la insularidad es, conforme al artículo 138.1 CE, una circunstancia específica que el Estado debe tener en cuenta para la realización efectiva del principio de solidaridad del artículo 2 CE, mediante el establecimiento de un adecuado y justo equilibrio económico entre los diversos territorios. Por su parte, el EAIB ampara la insularidad del territorio de la Comunidad Autónoma como un hecho diferencial y merecedor de protección especial (preámbulo y art. 3.1), y establece que una ley de las Cortes Generales regulará el régimen especial insular de las Illes Balears (disposición adicional sexta).

En cumplimiento de ese mandato del Estatuto de Autonomía, el Estado dictó —con el carácter de legislación básica— el Real Decreto-ley 4/2019, de 22 de febrero, del Régimen Especial de las Illes Balears. Esta norma derogó —en lo que se le opusiera— el anterior Régimen Especial, aprobado por la Ley 30/1998, de 29 de julio. El vigente Régimen Especial prevé medidas económicas y fiscales en determinadas materias —como energía y transporte— y establece un instrumento financiero específico con independencia del sistema de financiación de la Comunidad Autónoma (el factor de insularidad), cuyas dotaciones deben incluirse en los presupuestos generales del

Estado de cada ejercicio. Sin embargo, la puesta en práctica del nuevo Régimen Especial no fue inmediata y, por ello, dio lugar a una viva controversia, que adquirió una trascendencia jurídica del máximo nivel con el recurso de inconstitucionalidad del Parlamento de las Illes Balears contra la Ley de Presupuestos Generales de 2021.

Como base de su recurso, el Parlamento de las Illes Balears sostuvo que el Real Decreto-ley 4/2019 conformaba, con el Estatuto de Autonomía, el bloque de constitucionalidad para juzgar la Ley 11/2020. El Tribunal Constitucional rechazó este planteamiento al definir el parámetro de enjuiciamiento del litigio. Según la Sentencia, el Real Decreto-ley 4/2019 no forma parte del bloque de la constitucionalidad, porque no es —como establece el art. 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— una norma estatutaria ni una ley que delimite las competencias estatales y autonómicas. Por el contrario, el Real Decreto-ley 4/2019 fue dictado únicamente para cumplir un concreto mandato del Estatuto de Autonomía —el contenido en la disposición adicional sexta— dirigido al legislador estatal. Por lo tanto, dicha norma no podía ser tomada como canon de la constitucionalidad de otras leyes del Estado (en este caso, de la Ley de Presupuestos Generales de 2021).

Tras fijar el criterio de enjuiciamiento, la Sentencia desestimó los motivos de inconstitucionalidad aducidos por el Parlamento de las Illes Balears. En esencia, el Tribunal Constitucional afirmó —basándose en su propia jurisprudencia— que la Constitución otorga al Estado una amplia libertad para la definición de las prioridades de gasto público mediante los presupuestos generales y, más concretamente, para la realización efectiva del principio de solidaridad (a que le obliga el art. 138.1 CE). La Sentencia reconoció que el Régimen Especial de las Illes Balears es, ciertamente, un medio para conseguir ese fin constitucional de la solidaridad interterritorial, con especial atención al hecho insular. Sin embargo, el Tribunal Constitucional puntualizó que dicho régimen no opera aisladamente, sino que —como ya había dicho en relación con el régimen económico y fiscal de Canarias— se integra en un sistema general en el que el Estado debe ponderar, en cada momento, todas las necesidades en juego (no solo las derivadas del hecho insular, sino también las de los demás territorios) y las disponibilidades reales del conjunto financiero.

La Sentencia que comentamos, en suma, vino a reafirmar dos ideas consolidadas en la jurisprudencia constitucional. Por un lado, subrayó que el principio de solidaridad se realiza a través de numerosas variables y, por consiguiente, no puede satisfacerse en atención a una sola de ellas (las necesidades propias de la insularidad). Por ello, la mera existencia o ausencia de una partida presupuestaria no supone, sin más, la vulneración de los artículos 2 y 138.1 CE. Por otro lado, recalcó el amplio margen de decisión del Estado para cumplir su deber constitucional de hacer efectivo el principio

de solidaridad, que no queda menoscabado por las disposiciones de los estatutos de autonomía —ni, con mayor razón, por normas externas al bloque de la constitucionalidad— que prevean instrumentos financieros singulares (como el Régimen Especial insular de las Illes Balears). Por lo tanto, la legitimidad constitucional de un determinado mecanismo excepcional de financiación no implica que el Estado deba, en todo caso, dotar una partida presupuestaria al efecto. Por iguales motivos, las fórmulas de colaboración establecidas en los estatutos de autonomía —como la referencia a la Comisión Mixta de Economía y Hacienda— no sustituyen, ni impiden, ni limitan el ejercicio de las competencias del Estado (que también goza, pues, de gran discrecionalidad para fijar los términos de esa colaboración).

En conclusión, la Sentencia 50/2023 tiene una extraordinaria importancia para las Illes Balears, porque concreta —con un resultado, seguramente, poco satisfactorio para la Comunidad Autónoma— la caracterización jurídica y la eficacia real del Régimen Especial insular previsto en la disposición adicional sexta del Estatuto de Autonomía.

Vicente Juan Calafell Ferrá

Règim de cooficialitat lingüística, principi de seguretat jurídica i drets a la igualtat i a la participació política en les entitats locals basques

Sentència del Tribunal Constitucional (qüestió d'inconstitucionalitat) núm. 85/2023, de 5 de juliol (Ple) (ponent: Sr. Tolosa Tribiño).

La controvèrsia envers la darrera normativa lingüística basca (legal i reglamentària) aplicable al món local

La Sentència que es comenta prové del fet que la Secció Tercera de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia del País Basc (en endavant, TSJPB) va formular qüestió d'inconstitucionalitat davant el Tribunal Constitucional en relació amb l'article 6.2 de la Llei del Parlament Basc 2/2016, de 7 d'abril, d'institucions locals d'Euskadi (en endavant, LILE).

L'origen d'aquesta causa es troba en el recurs contenciós administratiu presentat pel partit polític VOX davant la citada Sala del TSJPB contra el Decret 179/2019, de 19 de novembre, sobre normalització de l'ús institucional i administratiu de les llengües oficials a les institucions locals d'Euskadi, dictat pel Govern basc. El recurs, que és paral·lel a d'altres formulats contra d'altres normes i actuacions dels poders públics bascos a nivell local i autonòmics en pro de la normalització de l'eusquera, anava contra diversitat d'articles d'aqueix Decret de 2019, com ara l'article 18 i, també, contra l'article 6.2 LILE, de què aquell porta causa, de tal manera que per pronunciar-se sobre la legalitat del precepte reglamentari era necessari que el TC es manifestàs sobre la conformitat amb el bloc de la constitucionalitat lingüística (Constitució i Estatut d'autonomia del País Basc) del precepte legal, i en aqueix sentit el partit polític esmentat sol·licità la formulació de la qüestió d'inconstitucionalitat contra dita norma legal. De tal manera que el va començar com l'aparent (i menor) impugnació d'un reglament de caire lingüístic, quan en el fons era, passats anys des de la seua aprovació, la impugnació d'una llei lingüística pròpiament dita; qüestió d'abast constitucional i no només per al País Basc sinó amb repercussió, ja veurem com, per al conjunt de comunitats autònomes i els respectius règims de doble oficialitat lingüística.

La redacció de l'article 6.2 LILE era la següent:

«Artículo 6. Lengua oficial de las entidades locales de la Comunidad Autónoma de Euskadi

[…]

2. Las convocatorias, órdenes del día, mociones, votos particulares, propuestas de acuerdo, dictámenes de las comisiones informativas, acuerdos y actas de los órganos de las entidades locales podrán ser redactados en euskera. Esta facultad podrá ejercerse, en los supuestos anteriormente mencionados, *siempre que no se lesionen los derechos de ningún miembro de la entidad local que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera*, sin perjuicio de lo previsto en la Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización y uso del euskera. Cuando las resoluciones, actas y acuerdos se redacten en euskera, se remitirán en esta lengua las copias o extractos a la Administración autonómica y a la Administración estatal, en cumplimiento de lo dispuesto en la legislación básica de régimen local» [la cursiva és nostra].

I la redacció de l'article 18 del Decret 179/2019 era:

«Artículo 18. Documentación

1. Las convocatorias, órdenes del día, mociones, votos particulares, propuestas de acuerdo, dictámenes de las comisiones informativas, acuerdos y actas de los órganos de las entidades locales, así como el resto de la documentación municipal podrá ser redactada en euskera, de acuerdo con lo que al respecto disponga la normativa aprobada por cada entidad local. *En caso de que la utilización del euskera o del castellano para la redacción de dicha documentación pudiera lesionar los derechos de algún miembro de la entidad local que pudiera alegar válidamente el desconocimiento de la lengua utilizada, se le proporcionará una traducción a la otra lengua oficial.*

2. La documentación interna municipal será creada en una lengua oficial, euskara o castellano, sin perjuicio de la aplicación posterior de los criterios lingüísticos relativos a las comunicaciones y notificaciones a las personas interesadas» [la cursiva és nostra].

Significativament, el Dictamen núm. 153/2019, de 15 de setembre, elaborat per la Comissió Jurídica Assessora d'Euskadi, va ser plenament favorable al Projecte de decret. I, fins i tot, com apareix reflectit en la STC, ho fou la interpretació constitucional de l'article 6.2 LILE acordada per la Comissió Bilateral de Cooperació entre l'Estat i la Comunitat Autònoma del País Basc, en data 11 de gener de 2017, tota vegada que l'Estat hi va exercitar la via de l'article 33.2 de la Llei orgànica del Tribunal

Constitucional (per evitar un recurs d'inconstitucionalitat, recurs que finalment no va interposar l'Estat, i la LILE va quedar lliure de qualsevol impugnació fins a la derivada d'aquesta causa). Si bé el TC, al final, no ha acceptat aqueixa interpretació. En concret, en el si de la Comissió Bilateral s'acordà resoldre de les discrepàncies plantejades entre el Govern basc i el de l'Estat en els termes següents, molt significatius i proclius a una interpretació progressiva del règim de doble oficialitat lingüística i a la qüestió del dret d'opció:

> «En cuanto al artículo 6, apartado 2, de la Ley del Parlamento Vasco 2/2016, de 7 de abril, ambas partes entienden que la recta interpretación del citado apartado determina que ha de entenderse y aplicarse en el sentido de que no establece obligación ni carga alguna respecto al hecho de alegar desconocimiento de la lengua, al objeto de poder ejercitar el derecho de opción entre el castellano y el euskera».

La doctrina del Tribunal Constitucional

La STC considera que, tanmateix la Comissió Bilateral de Cooperació Estat – Comunitat Autònoma del País Basc hagués fet la interpretació que hem transcrit, i en consonància amb el criteri del Ministeri Fiscal, l'exigència del desconeixement de l'eusquera per tal que les convocatòries, ordres del dia, mocions, vots particulars, propostes d'acord, dictàmens de les comissions informatives, acords i actes dels òrgans de les entitats locals basques siguin redactats en castellà, suposa un tracte preferent de l'eusquera que menysté els drets lingüístics dels membres de les entitats locals d'aquella comunitat autònoma (FJ 4).

Considera específicament el TC que l'article 6.2 LILE és contrari a l'article 3.1 CE, en prescriure un ús prioritari de l'eusquera, la qual cosa ocasiona un desequilibri injustificat i desproporcionat de l'ús del castellà, pel fet que estableix formalitats o condicions per tal que els representants dels ens locals puguin exercitar el seu dret a la lliure opció entre una o l'altra llengües oficials a la comunitat basca. Per aquesta raó, la Sentència declara la inconstitucionalitat i nul·litat de l'exigència d'al·legar vàlidament el desconeixement de l'eusquera per tal que es puga exercir l'opció lingüística.

Manté que amb l'esmentada exigència es trenca l'equilibri lingüístic entre les dues llengües cooficials en condicionar-se l'ús del castellà al desconeixement de l'eusquera, de manera que —sosté— els drets de lliure opció en matèria lingüística de qui representa els ciutadans en les entitats locals es restringeix de forma injustificada. El Tribunal recorda que la CE «no se opone a la adopción de una política enfocada hacia la defensa y promoción de la lengua cooficial. Muy al contrario, la

Constitución se refiere a la necesidad de proteger y respetar las distintas modalidades lingüísticas de España como parte de nuestro patrimonio cultural (art. 3.3 CE)».

Emperò, sosté que no és conforme amb la CE atorgar normativament preferència en l'ús per part dels poders públics a una llengua oficial amb relació a d'altres que també ho són, ço és, establir un tracte prioritari en favor d'alguna de les llengües cooficials. La Sentència explica que «las entidades locales del País Vasco, como poder público, no pueden tener preferencia por ninguna de las dos lenguas oficiales, bien resulte esa primacía lingüística expresamente reconocida en la norma en detrimento de la otra lengua cooficial o se deba a la imposición de condicionamientos que supongan un trato o uso prioritario de una de las lenguas frente a la otra lengua española. Reiteradamente, este tribunal ha sostenido que los ciudadanos tienen derecho a usar indistintamente el castellano o la lengua oficial propia de la comunidad autónoma en sus relaciones con el conjunto de las instituciones públicas que se ubican en el territorio de esa comunidad».

En resum, segons el FJ 5, «no es constitucionalmente admisible desde la perspectiva del art. 3.1 CE, la prescripción de un uso prioritario del euskera que suponga un desequilibrio injustificado y desproporcionado del uso del castellano. Es por ello exigible que se respete la prohibición de establecer formalidades o condiciones que comporten cargas u obligaciones para poder ejercitar el derecho a la libre opción de la redacción en castellano de los documentos mencionados en el art. 6.2 de la Ley de instituciones locales de Euskadi, sea mediante su traducción o el empleo de la forma bilingüe».

El vot particular, amb referències a la legislació lingüística balear

La decisió del Ple compta amb un vot particular de la magistrada Díez Bueso, al qual s'ha adherit el magistrat Sáez Valcárcel, que han considerat que la qüestió d'inconstitucionalitat havia d'haver-se desestimat. Segons tots dos magistrats, la norma qüestionada de la LILE respecta l'article 3 CE i la jurisprudència constitucional que l'ha interpretat, continguda entre d'altres en les STC 31/2010, de 28 de juny, FJ 14.a) [sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya, de 2006], i 165/2013, de 26 de setembre, FJ 5 [sobre la Llei balear 9/2012, de 19 de juliol, per la qual es modifica la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears]. En concret, consideren que aquesta jurisprudència constitucional sosté que el legislador pot adoptar mesures de política lingüística tendents a corregir eventuals situacions de desequilibri, i que els poders públics han de dirigir-se als ciutadans i als membres de les corporacions locals en la llengua triada per aquests.

Ambdues condicions, mantenen aqueixos magistrats, s'acompleixen en la norma impugnada de la LILE. En canvi, la decisió majoritària considera que la norma en qüestió no es dirigeix a promoure la llengua cooficial (l'eusquera), i que deriva ara de l'article 3 CE l'obligació d'emprar almenys el castellà en les comunicacions internes dels ens locals.

Tot aplicant aquesta nova doctrina, segons el parer d'aquests magistrats, i de la qual dissenteixen, la decisió de la Sentència considera que l'incís «siempre que no se lesionen los derechos de ningún miembro de la entidad local» s'ha d'interpretar de manera que no puga exigir-se als membres de l'entitat local cap «formalisme o condició» per a així rebre les comunicacions en castellà, ni tan sols la mera comunicació de desconeixement de la llengua cooficial (l'eusquera, en aquest cas). Això condueix necessàriament al règim del bilingüisme («equilibri lingüístic») o a l'ús exclusiu del castellà, única llengua d'obligat coneixement per part de tots els espanyols, ex article 3.1 CE. Els magistrats discrepants, no només són contraris a aquesta interpretació, sinó que també són contraris a la declaració d'inconstitucionalitat de l'incís «que pueda alegar válidamente el desconocimiento del euskera».

Consideren que en la jurisprudència del TC, la no comprensió de la llengua cooficial ha estat sempre el motiu que sustenta l'obligació dels poders públics de dirigir-se als ciutadans en castellà. La regla de la LILE impugnada no fa altra cosa, segons manté aquest sector minoritari de l'Alt Tribunal, que la consistent en reflectir ara aqueixa obligació en l'àmbit de les corporacions locals. I no només això, diuen. Ho fa, l'esmentada LILE, tot citant literalment el text contingut en el FJ 10 de la STC 82/1986, de 26 de juny [precisament, i ni més ni menys, que sobre la Llei 10/1982, de 24 de novembre, bàsica de normalització de l'ús de l'eusquera], que establí que «es inexcusable, desde la perspectiva jurídico-constitucional a la que este tribunal no puede sustraerse, señalar que la exclusión del castellano no es posible porque se perjudican los derechos de los ciudadanos, que pueden alegar válidamente el desconocimiento de otra lengua cooficial».

En conseqüència, les argumentacions de la majoria dels components del Tribunal suposen per a aquests dos magistrats dissidents del criteri que ha prevalgut «acabar con el régimen de cooficialidad que este tribunal viene construyendo desde los años ochenta», i que estam en tota regla davant un «cambio de doctrina», de resultats imprevisibles.

Així mateix, el vot particular recorda que ja en 1986 es va anul·lar una altra llei similar i que llavors el TC demanava que precisament es fixassin mecanismes per

«alegar válidamente el desconocimiento de otra lengua cooficial», una salvaguarda que ara sí que existia i no s'ha tengut en compte.

I reiteren que: «la doctrina constitucional ha avalado el uso exclusivo de la lengua propia siempre que pueda alegarse su desconocimiento para recibir las comunicaciones en castellano, que es lo que recoge el art. 6.2 de la Ley de instituciones locales de Euskadi con cita textual de la STC 82/1986».

Al·leguen també que la majoria del Tribunal ha actuat contra la LILE com ja va fer contra l'Estatut d'autonomia de Catalunya en pressuposar que aquesta normativa donava a l'eusquera règim preferencial sobre el castellà, quan resulta que no ho fa. I afegeixen que: «Es evidente que el artículo 6.2 de la Ley de instituciones locales de Euskadi no lo recoge, y aun así se le aplica la doctrina de las sentencias de 2010 [sobre el català com a llengua prioritària, STC 31/2010] y 2018 [sobre l'occità, aranès a l'Aran, STC 11/2018, en tractar la Llei del Parlament de Catalunya 35/2010, d'1 d'octubre, de l'occità, aranès a l'Aran]».

I estimen que la Llei autonòmica basca tractà de dibuixar un espai de cohabitació d'ambdós idiomes «dentro de los márgenes» del bilingüisme.

L'aplicació de la doctrina de la STC 85/2023 en sentències recents del TSJPB

En la Sentència 435/2023, de 28 de setembre, coneguda a mitjan del passat mes d'octubre, el TSJPB ha estimat parcialment el recurs interposat pel partit polític VOX i anul·la diversos preceptes del Decret 179/2019. A més a més, aqueix mateix TSJ també ha estimat, en part, en la Sentència 440/2023, de 4 d'octubre, un altre recurs interposat pel Partit Popular contra aqueix Decret 179/2019.

L'anul·lació la fa el TSJPB tot basant-se, de manera correlativa i gairebé mecànica, en aquesta STC. I l'estén no només a l'article 18 del Decret (transcrit més amunt), sinó també a diversitat de preceptes que no desglossam ara, però que afecten la planificació lingüística de l'eusquera, els criteris d'ús oral i escrit (intern i extern) en les entitats locals, la planificació lingüística de l'eusquera com a llengua de servei públic i de treball, el procediment administratiu i l'ús pel personal com a primera llengua de referència, en tant que llengua pròpia.

Les sentències, que han aixecat una polèmica considerable, en l'àmbit polític i jurídic basc, poden ser objecte de recurs de cassació davant el Tribunal Suprem.

El nostre comentari

La STC 85/2003 causa sorpresa des de la perspectiva de les Illes Balears i del règim de doble oficialitat previst pel nostre Estatut d'autonomia, que s'aplica al món

local i que comporta l'ús general del català i la idea de normalització plena d'aquest, sense perjudici de l'ús del castellà. I, en igual sentit, també causa sorpresa la STC si la contemplam, en general, des d'allò que signifiquen els règims de doble oficialitat previstos pels estatuts d'autonomia de Catalunya, de la Comunitat Valenciana i de les Illes Balears, per al sistema lingüístic compartit del català/valencià i a llur ús en el món local i la idea de normalització plena i/o de recuperació plena d'aquesta llengua en l'àmbit dels ens locals, vist com a conjunt (amb les evidents especificitats valencianes per a la zona castellanoparlant del país valencià); fins i tot també, contemplat des del que significa el règim de triple oficialitat previst per l'Estatut d'autonomia de Catalunya per a l'occità, aranès a l'Aran, amb les dificultats i particularitats pròpies de normalitzar una llengua com l'occitana d'Aran, en l'àmbit local, en tant que pròpia d'aquell territori, però *per se*, minoritària i minoritzada, cosa que no ocorre amb el català. Igualment també causa sorpresa la STC si la contemplam des d'una perspectiva de Galícia i el règim de doble oficialitat previst per l'Estatut d'autonomia de Galícia, aplicat al món local gallec i als ens que el conformen, i a l'ús del gallec i a la idea de normalització plena d'aquesta llengua, sense perjudici de l'ús del castellà.

I, pròpiament, els nostres arguments coincideixen, en tot, amb els del vot particular de la magistrada Díez Bueso i del magistrat Sáez Valcárcel, perquè són, com ells mateixos relaten per extens, el panorama jurisprudencial conegut i previsible, fins al dia, per part del TC a propòsit de la matèria del règim d'oficialitat del català/valencià; de l'occità, aranès a l'Aran i del gallec, respectivament, per mor de la naturalesa d'aquestes tres llengües romàniques, intel·ligibles amb el castellà, i d'ús majoritari en el món local de les corresponents comunitats autònomes, sense perjudici del caràcter singular —i especial— de la llengua occitana d'Aran, però a la fi, llengua romànica molt i molt propera al català. Inclús així semblaria que ho entengué, si bé amb prevencions i límits, el TC respecte a l'eusquera en 1986 amb la STC 82/1986.

Però, tanmateix, la STC 85/2023, de 5 de juliol, és la que és, i m'atreviria a dir-ho o formular una hipòtesi especulativa, de perquè seria així, si bé no es diu ni surt per enlloc: per mor de l'objecte específic de la llengua de què es tracta. I si bé en cap moment s'assenyala que la *forma* lingüística de l'eusquera siga la causa —per la no intel·ligibilitat amb el castellà i la no permeabilitat de l'eusquera des del castellà, i les dificultats que tot això comporta per assolir la normalització d'aquell— aquest és un factor estrictament lingüístic o metalingüístic que *fàcticament* afecta la plena recuperació d'aquest idioma i que impedeix d'atorgar-li la conceptuació que es deriva de l'oficialitat de les tres llengües romàniques citades més amunt. I malgrat que hagi crescut palesament l'ús i coneixement de l'eusquera (i més des de 1982, en aquests 41 anys, fruit de la Llei 10/1982, de 24 de novembre, bàsica de normalització i ús de

l'eusquera, la qual cosa faria que en potència totes les persones de menys de 55 anys hagin de tenir-ne coneixements, per l'escolaritat obligatòria des de llavors, com a dada sociolingüística inapel·lable i, inclús abans, des del Reial decret 1049/1979, de 20 d'abril, pel qual es regula la incorporació de la llengua basca al sistema d'ensenyament en el País Basc, la qual cosa ens remuntaria als nascuts des de 1965-1966 fins a l'actualitat), aquí el TC es mostra impassible i sosté els arguments que s'han indicat més amunt.

Fins i tot, tal i com es deriva del Reial decret 2568/1986, de 28 de novembre, pel qual s'aprova el Reglament d'organització, funcionament i règim jurídic de les entitats locals, i així es va posar en evidència pel lletrat del Serveis Jurídics Centrals del Govern basc en defensar la correcció constitucional i estatutària de l'article 6.2 LILE i apareix en el vot particular ressenyat, la legislació estatal de règim local permet un ús indistint del castellà o de l'eusquera, però no doble o preceptivament bilingüe, en els ens locals bascos:

«Artículo 86

1. Las convocatorias de las sesiones, los órdenes del día, mociones, votos particulares, propuestas de acuerdo y dictámenes de las Comisiones informativas *se redactarán en lengua castellana o en la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma a la que pertenezca la entidad, conforme a la legislación aplicable y a los acuerdos adoptados al respecto por la correspondiente Corporación* [la cursiva és nostra].

Se redactarán, asimismo, en la lengua cooficial en la Comunidad Autónoma a la que pertenezca la Corporación cuando así lo exija la legislación de la Comunidad Autónoma o lo acuerde la Corporación.

2. En los debates podrán utilizarse, indistintamente, la lengua castellana o la cooficial de la Comunidad Autónoma respectiva».

En el fons, es tractaria, a l'estricta Comunitat Autònoma del País Basc (i, per extensió lògica, a la zona bascòfona i a la mixta de la Comunitat Foral de Navarra), d'un règim on l'oficialitat del castellà actuaria d'una manera diferent, i, per mor de la decisió del TC, més incisivament i ambientalment més notòria, que a les altres comunitats autònomes i, tot i els avanços en la normalització lingüística de l'eusquera, la presència del castellà, en el món local, seria *inevitable*: perquè no es pot dir que el procés de normalització lingüística plena s'hagi produït i, perquè, se segueix considerant i així ho fa el TC, que hom, tot i ser membre d'una entitat local basca (o navarresa), i tot i l'incomprensible que això puga ser, precisament, a nivell local, pot no conèixer la llengua basca i no té (vist l'argument de la STC 31/2010, sobre inexistència d'un deure legal de coneixement de la llengua pròpia) perquè conèixer-

la. I davant això, articula aquesta fórmula, cosa que a Balears, per exemple, seria impensable.

Significativament, la STC 85/2023 no té en compte la derivada que s'assenyala en l'esmentada STC 11/2018, de 8 de febrer (ponència de la magistrada Roca Trias), sobre l'occità, aranès a l'Aran, que ara versam amb més atenció, perquè podria valer abstractament com a «escapatòria» possible per recolzar les llengües oficials distintes del castellà, en el plànol fàctic o de la pràctica administrativa.

I és que, si bé no pot haver-hi, per norma, ni en l'Estatut d'autonomia ni en la llei, cap preferència entre les llengües oficials, allí occità o aranès, català i castellà, i per això anul·la el precepte de la Llei catalana que ho deia, reconegué materialment un ús fàctic o en la pràctica a favor de l'occità o aranès, en les relacions entre la Generalitat de Catalunya i els poder públics d'Aran. Una minúcia, que tal volta valdria per *salvar* alguna cosa. Així es contempla en el FJ 7 de la STC 11/2018.

La Llei de l'occità, aranès a l'Aran, de l'any 2015, digué que la Generalitat de Catalunya s'ha de relacionar amb l'Aran i les seues administracions preferentment en aranès. I el TC estableix en 2018 que això és inconstitucional per dir-ho la Llei, però reconeix que fàcticament, en la pràctica, es fa. I això, assenyala la STC, no faria que la pràctica siga inconstitucional, sinó que ho és perquè la Llei ho diga. Aquesta és la referència exacta:

> «La utilización del aranés por parte de la Generalitat y de los entes locales en sus relaciones institucionales en Arán deriva de su carácter de lengua propia del territorio de Arán y oficial en Cataluña que el artículo 6.5 EAC le confiere de acuerdo con las previsiones del mismo Estatuto de autonomía y de las leyes de normalización lingüística. Este uso institucional de la lengua aranesa supone la explicitación del reconocimiento de su carácter oficial, al mismo tiempo que fomenta y promociona su utilización.
>
> Pese a lo anterior, estamos ante un nuevo caso en que la Ley 35/2010 no se limita a regular el uso institucional del aranés, sino que prescribe su uso preferente en dicho ámbito, lo cual no puede reputarse acorde con la Constitución ni con la doctrina constitucional que se ha expuesto. El hecho de que esta prescripción concreta tenga un ámbito de aplicación circunscrito a las relaciones institucionales en Arán de las instituciones de la Generalitat y de los entes locales que ejercen competencias allí no es óbice para apreciar que concurren las mismas razones de inconstitucionalidad respecto al criterio de preferencia que se establece. Por otra parte lo que resulta inconstitucional en este precepto no es el hecho de que el aranés sea empleado en la práctica entre la Generalitat y los entes locales en sus

relaciones institucionales, sino que el uso preferente sea impuesto por la norma en detrimento de las otras lenguas oficiales.

Por lo expuesto, la palabra “preferentemente” del artículo 6.5 de la Ley 35/2010 es inconstitucional y nula».

Per aquí, hom podria considerar salvable, pel que fa a les llengües romàniques distintes del castellà, un ús més ampli i general, *de facto*, que del castellà, perquè totes són intercomprensibles amb el castellà, i l’ús d’aquelles en el món local respectiu (i, per tant, el català a les Balears, ex article 4.3 i 35 EAIB), atendria al criteri de l’ús normal de la llengua pròpia.

Però això, ja amb la STC 85/2023, no és aplicable tanmateix a l’eusquera, perquè fàcticament no tothom l’entén ni directament valdria per fer-se entendre, per la mateixa realitat interna o intrínseca de llengua no romànica.

Ángel Custodio Navarro Sánchez

La doctrina del TJUE sobre l'IRPH i la seva recepció a Balears

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 13 de juliol de 2023 (Assumpte C-265/22).

Plantejament del problema

La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 13 de juliol de 2023 respon a un reenviament prejudicial plantejat pel Jutjat de Primera Instància núm. 17, de Palma. El Tribunal tan sols admet a tràmit, parcialment, una de les cinc qüestions formulades; en concret, la que fa referència a la influència que ha de tenir sobre el control de transparència la Circular 5/1994, de 22 de juliol, del Banc d'Espanya.

El supòsit de fet contemplat és, en resum, el d'un consumidor que va subscriure un préstec hipotecari referenciat a l'Índex de Referència de Préstec Hipotecari (IRPH) i no va ser informat de la Circular 5/1994 del Banc d'Espanya. En el preàmbul d'aquesta circular destinada a les entitats bancàries es diu:

> «Los tipos de referencia escogidos son, en último análisis, tasas anuales equivalentes. Los tipos medios de préstamos hipotecarios para adquisición de vivienda libre de los bancos y del conjunto de entidades, lo son de forma rigurosa, pues incorporan además el efecto de las comisiones. Por tanto, su simple utilización directa como tipos contractuales implicaría situar la tasa anual equivalente de la operación hipotecaria por encima del tipo practicado por el mercado. Para igualar la TAE de esta última con la del mercado sería necesario aplicar un diferencial negativo, cuyo valor variaría según las comisiones de la operación y la frecuencia de las cuotas. A título orientativo, la Circular adjunta (Anexo IX) una tabla de diferenciales para los tipos, comisiones y frecuencia de las cuotas, más usuales en la actualidad. En rigor, esta tabla no es útil para decodificar el tipo activo de las cajas de ahorros, por las peculiaridades de su confección».

La qüestió que planteja el Jutjat de Primera Instància de Palma sobre l'omissió de la informació continguda en el preàmbul d'aquesta Circular 5/1994 és la següent:

> «[...] si los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés

variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular, de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado».

Doncs bé, a aquesta qüestió el TJUE respon que:

«Los artículos 3, apartado 1, 4 y 5 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, deben interpretarse en el sentido de que, para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa, como índice de referencia para la revisión periódica del tipo de interés aplicable a ese préstamo, un índice establecido por una circular que fue publicada oficialmente y al que se aplica un incremento, es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado. También es pertinente determinar si esa información es suficientemente accesible para un consumidor medio».

L'aplicació d'aquesta Sentència als préstecs hipotecaris referenciats a l'IRPH planteja una important dificultat, com és ara que el TJUE no ha entès adequadament el contingut del preàmbul de la Circular 5/1994.

Efectivament, aquesta Circular del Banc d'Espanya, en el preàmbul, no estableix aquesta necessitat d'aplicar a l'IRPH un diferencial negatiu en la corresponent clàusula d'interessos del préstec, sinó que es refereix a la manera de calcular la Taxa Anual Equivalent (TAE) quan l'índex de referència és l'IRPH. La TAE és un element homogeneïtzador la funció del qual és que tots els préstecs es presentin al consumidor de manera que puguin ser comparats, amb independència de com es determini el tipus d'interès (fix, variable, mixt o altres).

Aquesta Circular del Banc d'Espanya no recomana introduir en el pacte d'interessos del contracte de préstec hipotecari un tipus diferencial negatiu quan l'índex de referència fos l'IRPH, sinó que estableix que, per a aquest índex de referència, la TAE ha de calcular-se amb un diferencial negatiu, atès que el l'IRPH inclou les comissions, la qual cosa no ocorre en els altres índexs. El que pretén la Circular 5/1994 és que, per calcular la TAE dels préstecs IRPH, es tinguin en compte diferencials negatius perquè, de no fer-se així, sempre podrien semblar més cars que

els altres préstecs i la comparació quedaria distorsionada amb la qual cosa la TAE no compliria la funció homogeneïtzadora i de transparència que li pertoca.

Per tant, el contingut de la Circular és irrellevant als efectes de l'adequada informació al consumidor, ja que no va dirigida a configurar la clàusula d'interessos dels préstecs hipotecaris sinó a indicar la manera de calcular la TAE amb la finalitat que aquesta permeti al consumidor comparar els índexs de referència oferts al mercat.

La recepció de la STJUE per l'Audiència Provincial de Balears

Davant aquesta situació difícil, la Sentència de la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Balears el que fa és aplicar a l'IRPH la jurisprudència del Tribunal Suprem ja existent que considera que la inclusió d'aquest índex als préstecs hipotecaris no suposa ni manca de transparència ni abusivitat. I per fer això es basa, principalment, en dues consideracions:

a) El mateix TJUE adverteix que la resolució de remissió dictada pel Jutjat de Primera Instància núm. 17, de Palma, no conté informació sobre el contingut precís de la jurisprudència nacional a què es refereix la qüestió prejudicial (apt. 46). Doncs bé, el que fa la Sentència de l'Audiència Provincial de Balears es prendre en compte aquesta jurisprudència, ignorada pel TJUE per deficiències en el plantejament de la qüestió prejudicial, i s'acull a la doctrina establerta per la Sala Primera del Tribunal Suprem sobre l'IRPH en el sentit que aquest índex, fiscalitzat en tot moment per l'Administració, no és més fàcilment manipulable que la resta d'índexs que operen en el mercat i que no és abusiva una clàusula de contracte de préstec a tipus variable que pren com a tipus de referència un IRPH, ja que el desequilibri s'ha de valorar en el moment de la signatura del contracte i no en funció de l'evolució de l'índex elegit, imprevisible per a les parts.

   A més a més, resulta especialment significatiu que aquesta jurisprudència del Tribunal Suprem s'hagi consolidat a la vista de la STJUE de 3 de març de 2020 (C-125/18) i de les seves interlocutòries de 17 de novembre de 2021 (assumptes C-665/2020 i 79/21).

b) El TJUE, en la Sentència de 13 de juliol de 2023, respecta el marge d'apreciació del jutge nacional perquè, basant-se en el material probatori obrant en actuacions, efectuï els controls de transparència i abusivitat. Doncs bé, la Secció Cinquena de l'Audiència Provincial de Balears, en la Sentència de 23 de juliol de 2023, arriba a la conclusió, respecte a la transparència, que

> «no té evidència que el preàmbul d'aquesta circular sobre la TAE, dirigida a les entitats bancàries, hagi propiciat l'efecte que el TJUE ordena analitzar al jutge nacional» (FJ 4); i respecte a l'abusivitat considera que «ni de la prova practicada en l'acte de judici (amb la circumstància que les declaracions es referien a fets esdevinguts fa més de 14 anys) ni de la documental analitzada podem constatar l'existència d'aquest equilibri important que exigeix la nostra jurisprudència» (FJ 5).
>
> Recordant la part dispositiva de la STJUE, això és, que «para apreciar la transparencia y el carácter eventualmente abusivo de una cláusula de un contrato de préstamo hipotecario a tipo de interés variable que designa [...] es pertinente el contenido de la información incluida en otra circular, de la que se desprende la necesidad de aplicar a ese índice, dado su modo de cálculo, un diferencial negativo a fin de igualar dicho tipo de interés con el tipo de interés del mercado», haurem de concloure que aquesta decisió del Tribunal europeu no resulta aplicable al que disposa la Circular 5/1994 en el preàmbul sobre la necessitat d'establir un diferencial negatiu, ja que les previsions d'aquesta norma de regulació bancària van dirigides al càlcul de la TAE i no al contingut de la clàusula d'interessos.

Val a dir que aquesta postura de l'Audiència Provincial de Balears ha estat seguida, també, per les sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona (Secció Tretzena) de 27 de setembre de 2023 i de l'Audiència Provincial d'Oviedo (Secció Quarta) de 20 de setembre de 2023.

En la primera de les esmentades sentències es conclou, en relació amb el tema que ara ens ocupa, que: «En definitiva, el juicio sobre el carácter abusivo de la cláusula sentado por la doctrina del Tribunal Supremo no se ve alterado por la sentencia del TJUE de 13 de julio de 2023».

I en la segona s'assenyala que: «Como tampoco puede olvidarse que ese diferencial provocado por la inclusión en la T.A.E. de las comisiones responde a la finalidad de garantizar un mayor nivel de transparencia en la determinación del coste del préstamo, tal y como aparece explicado en la mencionada Circular, y con el que podrá decirse que el interés de referencia es superior a otros, pero no, sin embargo, que incurra en aquel desequilibrio, ni en una contravención de la buena fe que, con arreglo a lo expuesto, se alega atendiendo a la naturaleza oficial del índice empleado».

Carlos Gómez Martínez

Inmigración ilegal

Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears núm. 34/2023, de 5 de mayo (ponente: Sr. Gómez-Reino Delgado).

Introducción

Con harta e indeseable frecuencia se da cuenta en los medios de episodios trágicos protagonizados por inmigrantes que por mar quieren alcanzar las costas sobre todo de Grecia, Italia y España.

Además de dar cuenta de concretos episodios, en ocasiones, debido al grave problema que subyace, se ofrece una información más completa, general y descriptiva de lo que está ocurriendo; así, el diario *El País*, en su edición escrita del día 3 de septiembre de 2023, dedicaba sus páginas 2 a 5 a lo que, con el título de «La tragedia de la inmigración irregular», describía como «la peor cara de Europa con el migrante», haciendo mención a los macrocampamentos de Grecia, a las jaulas de Bulgaria y a las prisiones flotantes de Reino Unido, y, llevando a cabo un análisis de las grietas que, en sus políticas migratorias, exhibe el viejo continente, señalaba lo discutible del apoyo económico que se ofrece a países que torturan; concretaba lo que sucede en Reino Unido, Libia, Grecia, Túnez, Bulgaria, Marruecos y hasta en Polonia, Lituania y Letonia.

Por supuesto, en ese trabajo periodístico se hacía también referencia a España, con mención a concertinas y devoluciones en caliente, y, si bien se indicaba que España no es uno de los países que más denuncias recibe por el trato a la población migrante, destacaba que era un país pionero en colaborar con otros estados africanos que no respetan los derechos humanos, como Marruecos o Mauritania, para limitar desde sus territorios la llegada de migrantes.

En el citado trabajo no se aludía a Italia, siendo como es un país que recibe un importante flujo de embarcaciones hasta el punto de que en la isla de Lampedusa, situada a unos 150 kilómetros de Túnez y con una población censada de unas 6.000 personas, han desembarcado, a mediados de septiembre y a lo largo de tres días consecutivos, alrededor de 10.000 inmigrantes (en uno de esos días hasta 5.000).

En uno de sus editoriales del día 16 de septiembre, el rotativo *La Vanguardia*, con el enunciado de «Lampedusa como ejemplo», ofreciendo el dato de que han sido 123.863 los migrantes desembarcados en Italia entre el 1 de enero y el 13 de septiembre de 2023, y señalando que estaban desbordadas en esa isla sus

capacidades de acogida, se venía a mantener que las llegadas masivas de migrantes ilustran la necesidad de políticas y de pactos transnacionales.

La Presidenta de la Comisión Europea y la Primera Ministra italiana se reunieron el día 17 de septiembre en Lampedusa y se oyeron buenas palabras, pero sin ofrecer o anunciar claras y efectivas soluciones.

Esa corriente migratoria llega a Lampedusa principalmente desde Túnez; y ya en junio de 2023 se habían reunido las dos dichas mandatarias (acompañadas por el entonces Primer Ministro neerlandés, que poco después dimitiría al no ver aceptadas, dentro de la coalición gobernante de centro derecha, sus exigencias para endurecer la política de asilo), que estuvieron en Túnez en busca de un acuerdo de cooperación migratoria ofreciendo al Presidente tunecino generosa financiación para garantizar la estabilidad económica de ese país norteafricano y renovar un acuerdo en materia de migración contra el tráfico de personas; acuerdo que en Lampedusa recordaba Úrsula Von der Leyen (y del que ahora parece querer apartarse el gobernante tunecino).

Sí que parece funcionar el acuerdo con Marruecos, aunque ello haya supuesto que la corriente migratoria fluya ahora desde Argelia, de modo que ha sido constante la llegada de embarcaciones (pateras, sobre todo), fletadas por las mafias, a las Islas Baleares; organizaciones criminales que han puesto su interés y enfoque en esta ruta que este verano de 2023 ha registrado un elevado número de llegada de pateras y de migrantes.

Ya en marzo, antes de ese masivo flujo, el Inspector Jefe de la Brigada de Extranjería de la Policía Nacional, en declaraciones a *Última Hora*, afirmaba que habían detenido a más de cincuenta miembros de mafias por el tráfico de inmigrantes en Baleares y que esas organizaciones criminales cobran una media de 1.000 euros a los argelinos y de 1.500 euros a los subsaharianos por cubrir la ruta Argelia-Mallorca en cuyo recorrido se invierten unas 24 horas si el tiempo lo permite; sin duda que el trabajo de la Brigada de Extranjería ha debido de aumentar mucho desde que el 26 de marzo se publicó esa entrevista.

Largo prefacio, pero que se considera de interés para dar paso al análisis de la resolución judicial de referencia en la que se aborda, desde la perspectiva penal, el problema de la llegada de migrantes a nuestras islas en esas precarias embarcaciones.

La respuesta penal

Son bastantes ya los juicios que se han celebrado en nuestra Audiencia Provincial en los que se acusaba a los patrones de las embarcaciones con destino a las costas de las Baleares.

La Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del TSJIB núm. 34/2023, de 5 de mayo, desestimando el recurso de apelación, confirmó en su integridad la Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial núm. 72/2023, de 27 de febrero, que condenó al acusado «como autor penalmente responsable de un delito contra los ciudadanos extranjeros, previsto y penado en el art. 318 bis, 1 y 3 b) del Código Penal, a la pena de 4 [años] de prisión […]».

Confirma, por tanto, el relato de hechos probados en los que se fundamentó la condena; en concreto, y dicho sea en síntesis, quedó acreditado que el acusado manejaba y llevaba el control de una embarcación (de ignorada titularidad y carente de cualquier elemento identificativo) de 9,8 metros de eslora y de 3,2 metros de manga, provista de dos motores y con un total de 31 personas a bordo además del acusado (16 varones, 5 mujeres y 10 menores de edad) que pretendían acceder irregularmente a territorio nacional; la travesía se había iniciado sobre las 08:00 h del día 2 de agosto de 2022 desde el puerto de Cap Djinet, en Argelia, y el acusado la dirigió hasta que la embarcación se quedó casi sin combustible, parada hasta que una embarcación de la Guardia Civil la localizó a las 08:50 h del 3 de agosto de 2022 en las proximidades de la isla de Cabrera, procediéndose al rescate de los ocupantes y a la intervención de la embarcación, que no cumplía con ningún estándar de seguridad marítima internacional, sobrepasaba con mucho su límite de capacidad de pasaje, no disponía de chalecos salvavidas para todos los pasajeros, en especial los niños, carecía de radar y de sistema de radio VHF marino o de AIS (sistema de identificación automática que permite la comunicación entre embarcaciones), y, en el momento del rescate, ya no quedaban reservas de agua para los pasajeros.

Y concluía el relato de los hechos probados afirmando que: «Todo ello, unido a las insuficientes reservas de combustible con que contaba la embarcación para alcanzar las costas españolas, determinó un riesgo grave para la vida e integridad de los pasajeros, que quedaron a la deriva y a expensas de cualquier eventualidad que pudiese acaecerles en alta mar, sin posibilidad de comunicar con tierra y sin reservas de agua, o que podría haber derivado en la desaparición de la embarcación en alta mar con todo el pasaje, ahogamientos, hipotermias severas y otras funestas consecuencias».

Sirven pues estos hechos para su encuadre en el artículo 318 bis, punto 1, del Código Penal (que castiga al que ayuda a una persona que no sea nacional de un Estado de la Unión Europea a entrar en territorio español, o a transitar a través del mismo, de modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros), con la concurrencia del tipo agravado, recogido en la letra b del apartado 3 del mismo artículo, consistente en haber puesto en peligro la vida de las personas objeto de la

infracción; la acusación por la concurrencia de este tipo agravado, al que se asocia la pena de prisión de 4 a 8 años, es lo que determinó, y determina en supuestos similares, la competencia de la Audiencia Provincial para el enjuiciamiento en primera instancia (la letra a de este apartado 3 configura, además, como tipo agravado, el que los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicara a la realización de tales actividades; agravación cuya concurrencia también había sido interesada por la Fiscalía, aunque por falta de prueba fue desechada por la Audiencia, sin que ello fuera recurrido en apelación).

La Sentencia del TSJIB desgrana una contundente argumentación para desestimar los motivos del recurso; el primero de ellos denunciaba el error valorativo por no haber creído al acusado y sí a un testigo; al respecto, se destaca que lo manifestado por el testigo, introducido como prueba preconstituida, venía corroborado por datos concluyentes; en este extremo ha de destacarse de la Sentencia el análisis que efectúa sobre la evolución de la doctrina constitucional y jurisprudencial en torno al recurso de apelación contra sentencias condenatorias.

Asimismo con el epígrafe de error valorativo, el recurso, para descartar la concurrencia del tipo agravado e interesar subsidiariamente una pena inferior, cuestionaba el que se hubiera generado riesgo para el pasaje, habida cuenta del tipo de embarcación utilizado (que no era un frágil cayuco), que el mar estaba en calma, que se llevaba agua y alimentos y que se había hecho uso de teléfonos móviles; sin embargo, la Sentencia, aun asumiendo que estamos ante un tipo de riesgo concreto, rechaza que existiera error reseñando lo que en la instancia se declaró probado y añadiendo, con base en lo manifestado por el Guardia Civil que declaró como testigo, que el número de personas que iba en la nave prácticamente cuadruplicaba el número permitido, que gran parte de ellas viajaba sobre la proa que estaba abierta y solo disponía de una barandilla al aire.

Finalmente, la Sentencia objeto de comentario se plantea la posible aplicación del tipo atenuado recogido en el apartado 6 del artículo 318 bis; se reconoce que no está excluido caso de concurrir el subtipo agravado, mas lo descarta con apoyo en la ya consolidada doctrina jurisprudencial con cita, entre otras, de la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 164/2023, de 8 de marzo, que reserva la atenuación a supuestos en los que existe un vínculo de parentesco entre el autor del delito y los pasajeros (sin que concurra otra intención que la de colaborar con estos a su petición o en su beneficio) o cuando se acredite que se pilotó la embarcación como medio de pago de su propio transporte para lograr ellos mismos una inmigración irregular y siempre además que el riesgo de la travesía no fuera excesivamente alto.

Se desconoce si esta Sentencia del TSJIB va a ser recurrida en casación porque cuando esto se escribe, entre finales de septiembre y principios de octubre, se encuentra en suspenso el plazo para utilizar este recurso debido a que se está a la espera de que se nombre nueva defensa letrada.

Ese posible recurso entiendo que estaría abocado al fracaso; y no deja de ser significativo que en supuestos similares el Tribunal Supremo ya despache el asunto con Autos de inadmisión a trámite del recurso.

Ya se ha indicado que son bastantes los casos que han llegado a nuestra Audiencia Provincial en los que la Fiscalía acusa de patronear una embarcación casi siempre de las conocidas como cayucos; los acusados llegan a juicio en prisión provisional y, cuando no fructifica una sentencia negociada, la defensa se apoya en la inexistencia de prueba de cargo (con esa táctica se han logrado algunas sentencias absolutorias, como las de la Sección Primera de 21 de febrero y de 19 de septiembre de 2022) aunque todo da a entender que la Policía se esmera en su labor de acopiar material probatorio (tarea no siempre fácil); tal vez por ello, y teniendo en cuenta la situación de privación de libertad en la que comparecen los acusados, así como la incertidumbre de cual pueda ser el fallo (que de ser condenatorio implicaría seguir en prisión), en la mayoría de los casos se llega a sentencias de conformidad.

Conformidades muy dispares. Algunas, pocas, aceptando la pena de un año de prisión; otras, escasas, la de cuatro años; y la mayoría, muchas, la de dos años. En la negociación suele introducirse, junto al tipo agravado de la letra b) del apartado 3 del artículo 318 bis (y rara vez también el de la letra a), el atenuado del apartado 6.

De todas estas sentencias de conformidad, con las que se suele conseguir la puesta en libertad, las hay parcas en exceso (dejando algunos importantes problemas para resolverlos en la fase de ejecución) y otras exquisitamente detalladas (como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares núm. 381/2022, de 22 de septiembre, de la Sección Primera, en la que se acuerda la suspensión de la pena de dos años de prisión por período de garantía de cinco años y quedando condicionada la suspensión, además de a que no se delinca en ese plazo, a que el penado abandone las Islas Baleares; abandono de las Islas como invitación encubierta a que se vaya del territorio español, porque no se puede hacer aplicación del artículo 89 CP en tanto que el apartado 8 del extenso artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (vulgarmente conocida como Ley de extranjería), establece que cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis CP la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.

Algunas consideraciones finales

Únicamente delinquen los que patronean, pilotan o tienen el dominio del manejo de las embarcaciones; los pasajeros (se recuerda que eran 31 en el caso de la Sentencia objeto de este comentario) no cometen delito alguno, se les considera inmigrantes irregulares y se someten en principio al régimen sancionador al que dedica el prolijo Título III (arts. 50 a 66) la ya mencionada Ley de extranjería.

Se les detiene y se les facilita defensa letrada; cabe su ingreso en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE) del que con ese nombre y categoría no se dispone en Baleares, por lo que, ante la falta de plazas en los de la península, no tardan en pasar a situación de libertad y se les suele perder la pista; parte de ellos deberían ser devueltos a sus países de origen, pero esta vía aquí no resulta operativa porque Argelia, que es de donde proceden las embarcaciones que llegan a las Baleares, no acepta, debido a las tensas relaciones diplomáticas, retorno alguno.

Es manifiesto que la problemática transciende nuestro ámbito balear y español; parecería deseable y más que conveniente un abordaje comunitario por la Unión Europea junto con alguno de otros países europeos; porque las cuestiones a tratar son complejas y de difícil cohonestación y coordinación.

Deberían tenerse en consideración ineludibles razones humanitarias y el tratamiento común del derecho al asilo; mas también conviene el riguroso estudio de la necesidad de migrantes para cubrir puestos de trabajo (estudios solventes concluyen que hasta el año 2050 los Estados de la Unión Europea precisarán 44 millones de ciudadanos extranjeros para contrarrestar la tendencia al envejecimiento de la población y la consiguiente falta de mano de obra para cubrir la producción de bienes y de servicios) y de cómo blindar las fronteras; habría que regular con claridad las labores de las ONG involucradas en el auxilio a migrantes, y las ayudas a países emisores de migración, o en tránsito, incluyendo la regulación del establecimiento de centros de formación (en Europa y en los países de origen) educativa, profesional e idiomática; importante es además el estudio y coordinación de formas y de medios para combatir las organizaciones criminales que se lucran con la migración; y otro de los pilares de las políticas comunitarias ha de ser el acuerdo sobre solidaridad obligatoria.

En el seno de la Unión Europea se está en ello; desde el año 2020 se trabaja en un pacto de migración y asilo; España parece alineada con los países que pretenden su aprobación antes de junio de 2024 (fecha en que se celebrarán elecciones al Parlamento Europeo); pero si ya en los distintos países parece difícil llegar a acuerdos trasversales (la antes referida dimisión del Primer Ministro neerlandés resulta

elocuente), alcanzarlos entre los 27 es tarea ardua; uno de los titulares de *El País* del 24 de septiembre de 2023 indicaba que «Europa se agrieta en su respuesta a la inmigración»; se ha intentado lograr algún acuerdo concreto y muy limitado para llevarlo a la cumbre celebrada en Granada los días 5 y 6 de octubre, pero ha acabado, incluso desde unas modestas propuestas, en fracaso; no es buen augurio.

Eduardo Calderón Susín

La inactivitat administrativa davant una declaració responsable inexacta o falsa. Opera la prescripció o la caducitat?

Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 667/2023, de 12 de setembre (ponent: Sra. Frigola Castillón).

Plantejament introductori

La llicència ha estat, tradicionalment, el títol habilitant per a l'execució dels actes de transformació i ús del sòl, així com per a l'exercici d'activitats. Aquesta situació ha canviat d'arrel en ocasió de l'entrada en vigor de la normativa de transposició de la *Directiva de serveis*, que ha vingut a traduir-se en la generalització de la substitució de la llicència per les figures de la comunicació prèvia i la declaració responsable. Aquests nous títols habilitants generen un desajust en les tècniques jurídiques a les quals estàvem acostumats. No són actes administratius, per la qual cosa no poden ser recorreguts. No equivalen al silenci positiu. L'Administració té facultats de control, però no s'imposen terminis per a això ni es determinen amb claredat les conseqüències d'aquesta absència de comprovació (possible prescripció de l'acció de restabliment) o del retard en la tramitació d'aquesta verificació (possible caducitat del procediment).

En el cas examinat, l'Administració va exercitar facultats de revisió i control d'una activitat turística començada en virtut d'una declaració responsable i va detectar l'incompliment d'un requisit essencial (faltava autorització per a l'activitat turística en els estatuts de propietat horitzontal). Després de requerir al particular perquè s'aportés aquest document sense que ho fes, l'Administració va acordar la cancel·lació de la inscripció i va declarar la impossibilitat de continuar en l'exercici de l'activitat. L'interessat interposà recurs contenciós administratiu invocant la caducitat del procediment, perquè entre el requeriment inicial i la resolució havia transcorregut amb excés el termini dels tres mesos previstos en l'article 21.3.a) de la Llei 39/2015, d'1 de octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPACAP).

El criteri del Tribunal

La Sentència [ECLI:ES:TSJBAL:2023:1182] exposa el marc jurídic que es desprèn de la possibilitat d'iniciar l'exercici de l'activitat turística amb la sola declaració responsable de l'interessat i sense que a la mateixa li segueixi cap autorització administrativa, perquè no ho és el silenci de l'Administració davant aquesta declaració prèvia. Però adverteix que la Llei reconeix aquest privilegi perquè l'interessat ha declarat que compleix en aquest moment amb tots els requisits exigibles per a poder realitzar-la, «pero también extrae las consecuencias aplicables cuando se constate que la declaración responsable presentada incide en falsedad, inexactitud u omisión de datos exigibles. Y esas consecuencias, en el caso de la actividad turística y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 23-4 de la ley 8/2012 son "la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad"».

El Tribunal entén que aquest particular règim jurídic deriva directament de la Llei i «la Administración no ordena ni acuerda la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la actividad, porque es la ley general de turismo 8/2012 la que directa y explícitamente impone esa prohibición en el artículo 23-4».

Si l'Administració es retarda a constatar que la declaració responsable és inexacta o falsa, això no suposa una resolució invàlida per haver-se dictat en procediment caducat. Perquè no hi ha tal procediment, sinó simple tràmit previ d'audiència que no constitueix procediment administratiu de la LPACAP al qual li siguin aplicable. I la Sentència conclou que: «tratándose de la comprobación de cumplimiento de los requisitos de una declaración responsable ya presentada, que es lo que aquí nos ocupa, solamente es preciso la constatación de la veracidad de lo declarado o la constatación del cumplimiento de las exigencias. Nada más. Y el resultado de esa constatación comporta o bien la continuación de la actividad o la imposibilidad de su continuación por aplicación directa de la ley que así lo ordena, con las consecuencias derivadas de ello. Y esa constatación no constituye un expediente administrativo con arreglo a lo establecido en el artículo 70 de la ley 39/2015.

Nótese además que no ha existido ninguna resolución administrativa que dé inicio a un expediente.

En consecuencia, a falta de un expediente administrativo, tampoco cabe apreciar su caducidad, defecto que se produce solamente cuando la Administración no ha resuelto y notificado un expediente en el plazo legal que tenía desde que éste se inició. Lo único que ha existido es una función fiscalizadora de los datos y requisitos exigidos para el ejercicio de la actividad de arrendamiento turístico».

Comentari

Amb la llicència urbanística o d'activitats, els operadors jurídics ens trobem còmodes perquè respon a una figura de llarga tradició a la qual se li poden aplicar les tècniques i institucions jurídiques plenament consolidades. La llicència és un acte administratiu que es pot recórrer i pot ser revisat amb subjecció als terminis establerts en la LPACAP. Sense perjudici de les possibles mesures cautelars, l'activitat emparada en llicència pot exercir-se legalment fins que es declari la invalidesa del títol. La possible revisió requereix d'un dels procediments dels previstos en el títol V de la LPACAP. Procediments subjectes a caducitat. En definitiva, mecanismes perfectament estructurats i amb una consolidada doctrina jurisprudencial que resol els possibles punts de conflicte.

Amb les comunicacions prèvies i les declaracions responsables res d'això ocorre. Ens fallen els esquemes i mecanismes jurídics (revisió, nul·litat, anul·labilitat) previstos en la doctrina administrativista per a la figura de la llicència com a acte administratiu. Per faltar, fins i tot falten paraules o termes jurídics per denominar la situació d'una declaració responsable inexacta. Com ja es va analitzar en el núm. 18 d'aquesta Revista —comentant la STSJIB núm. 177/2019, de 10 d'abril—, l'Administració turística declarava el «desistiment» de les declaracions responsables d'inici d'activitat turística (DRIAT) en les quals detectava que l'activitat ja iniciada era il·legal. Però quan el problema no deriva de la falta d'aportació de documentació, la qualificació jurídica no havia de ser la de tenir a l'interessat per desistit sinó simplement acordar la ineficàcia de la DRIAT i ordenar el cessament de l'activitat. Constitueix un error intentar aplicar conceptes i institucions prevists per als actes administratius quan ens enfrontem amb títols habilitants diferents que parteixen de principis oposats.

En el cas examinat, la tesi del recurrent parteix d'aplicar les tècniques ja conegudes. Això és, va entendre que, si l'Administració en exercici de les seves facultats de control va detectar la il·legalitat d'una declaració responsable, degué iniciar un procediment —equivalent al de revisió d'una llicència— i, en sobrepassar el termini per resoldre'l, procedeix aplicar la caducitat del procediment.

La Sentència comentada rebutja aquest argument sobre la base d'aplicar els principis que habiliten l'exercici d'una activitat amb una declaració responsable. Concretament, la facultat legal per iniciar l'activitat amb la sola declaració responsable ho és perquè l'interessat «manifesta, sota la seva responsabilitat, que, ja en el moment de presentar-la, compleix tots els requisits establerts per la normativa vigent, sigui turística o de qualsevol altra índole, per iniciar l'exercici d'una de les activitats turístiques regulades en la present llei; que disposa de la documentació que ho acredita, i que es

compromet a mantenir-ne el compliment durant el termini de temps inherent a l'exercici de l'activitat» (art. 23 de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears). Però aquesta habilitació no existeix quan concorre inexactitud, falsedat o omissió, de caràcter essencial, de qualsevol dada o informació que s'incorpori a una declaració responsable i, com indica l'article 69.4 LPACAP, això determinarà «la impossibilitat de continuar amb l'exercici del dret o activitat afectada des del moment en què es tingui constància d'aquests fets, sense perjudici de les responsabilitats penals, civils o administratives que pertoquin». És a dir, de la mateixa manera que el dret a aquest exercici sorgeix directament de la norma que la regula —sense haver de menester d'una resolució administrativa—, la mateixa Llei deshabilita aquesta facultat a la incorrecta.

L'actuació administrativa, producte de les potestats de revisió i control, s'estén a corroborar la veracitat d'allò declarat per l'interessat i, tan aviat com es constata aquesta absència de veracitat, així es declara amb el sol tràmit de la prèvia audiència de l'interessat. Però allò que determina la impossibilitat de continuar amb l'exercici del dret no és tant el pronunciament de l'Administració, com el mandat legal d'ineficàcia davant la inexactitud, falsedat o omissió de la declaració responsable.

A diferència de les llicències, en què una vegada atorgades la responsabilitat davant un possible vici o defecte recau sobre l'Administració i per això es requereix d'un procediment per fer acabar la seva eficàcia, amb les declaracions responsables i comunicacions prèvies la responsabilitat davant les seves deficiències recau en l'interessat, per la qual cosa la declaració inexacta ja neix ineficaç. El retard en les actuacions de verificació i control no converteix en legal l'activitat iniciada sobre la base d'una declaració responsable inexacta.

Així doncs, a diferència dels procediments de revisió d'ofici de les llicències, aquí no ens trobem amb un procediment, sinó amb la simple constatació —prèvia audiència— del fet que concorre un dels supòsits que, segons la Llei, determinen la impossibilitat de continuar en l'exercici de l'activitat iniciada sobre la base d'aquella mera declaració responsable.

Les potestats de comprovació en una declaració responsable o comunicació prèvia, conformement amb la normativa general en vigor, no estan subjectes a cap termini, podent realitzar-se durant tot el temps d'exercici del dret o de l'activitat, tal com va indicar el TS en la Sentència núm. 884/2023, de 8 de març (ECLI:ES:TS:2023:884). És a dir, és una actuació no subjecta a termini de prescripció.

I, com assenyala la Sentència del TSJIB ara comentada, tampoc se subjecten a termini de caducitat les actuacions compreses entre l'audiència prèvia i la resolució o declaració administrativa que adverteix l'incompliment.

La declaració de pèrdua d'eficàcia de la declaració responsable és obligada en qualsevol moment en constatar-se l'incompliment, amb el sol requisit de l'audiència prèvia. Però aquesta declaració es limita a constatar un fet. L'activitat iniciada sobre la base d'una declaració responsable falsa o inexacta ja va ser il·legal, per ineficàcia d'aquesta.

Fernando Socías Fuster

La doctrina de la pèrdua de la caducitat guanyada en les infraccions urbanístiques

Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears núm. 814/2023, de 26 d'octubre (ponent: Sr. Socías Fuster).

Plantejament introductori

L'acció per al restabliment de la realitat física alterada davant l'execució d'obres il·legals i no legalitzades té un termini general de prescripció de vuit anys següents a la finalització completa de les obres (art. 196.1 de la Llei 12/2017, de 29 de desembre, d'urbanisme de les Illes Balears, LUIB). Guanyada la prescripció, el propietari queda protegit davant l'acció de l'Administració. No obstant això, basant-se en la doctrina iniciada pel Tribunal Superior de Justícia de Madrid, la Sala Contenciosa Administrativa de les Illes Balears va acollir el criteri que la protecció es respectava amb la condició que la situació fàctica es mantingués inalterada, ja que si s'executaven noves obres —qualssevol— sobre aquella edificació, llavors es perdia la prescripció (caducitat, per al TSJM) guanyada per a aquella edificació. Argumentava la Sala de Madrid que per la prescripció s'obtenia el dret al manteniment de la situació creada, però sempre que es mantingués aquesta situació, això és, amb el correlatiu deure de no executar noves obres il·legals doncs «las consecuencias y efectos jurídicos de la caducidad consumada se mantendrán mientras la situación fáctica resulte inalterada. No puede pretenderse el mantenimiento e inalterabilidad de los efectos jurídicos producidos como consecuencia de la caducidad del plazo para el restablecimiento de la legalidad urbanística a una realidad distinta a la que motivó, precisamente, aquella. Reiteramos, los efectos jurídicos derivados de la caducidad lo son, únicamente, para el mantenimiento de la situación creada, no otra distinta y, además, infractora del ordenamiento jurídico. Y por tanto, la ejecución de estas nuevas obras comportaba la "pérdida de la caducidad ganada"».

No obstant això, aquesta doctrina ja no pot mantenir-se després de la Sentència del Tribunal Suprem núm. 1470/2022, de 10 de novembre (ECLI:ES:TS:2022:4004). Aquesta Sentència argumenta que s'ha d'estar a allò que indica la normativa urbanística autonòmica respecte als efectes que pot produir l'execució d'obres sobre aquelles instal·lacions en situació de fora d'ordenació. I afegeix que, en els supòsits en què la norma autonòmica no estableixi els efectes que tals obres no permeses

provoquin sobre la prescripció de l'acció per adoptar mesures de restabliment —com ocorria en el cas examinat de la Comunitat de Madrid—, llavors no pot deduir-se la pèrdua de la caducitat guanyada respecte a l'exercici de l'acció de restabliment de la legalitat urbanística.

El Tribunal Suprem interpreta que de l'execució de noves obres il·legals sobre les anteriors prescrites «no puede deducirse una renuncia tácita a la facultad obtenida por prescripción ni, por tanto, una pérdida de la caducidad ganada por el transcurso del plazo para el ejercicio de la acción de restitución de la realidad física alterada, pues de su actuación no solo no se revela una voluntad de renunciar al beneficio de la facultad obtenida por prescripción, sino la contraria». És a dir, l'acció de restabliment per les noves obres il·legals es projectarà sobre aquestes, però no sobre les anteriors que havien guanyat la prescripció.

No obstant això, el variat casuisme de l'execució d'obres il·legals impedeix afirmar que, amb la citada jurisprudència, queden solucionats tots els problemes.

I ara què?

La Sentència objecte d'aquest comentari, després d'acomodar-se a la nova doctrina jurisprudencial i rebutjar que en el cas pogués aplicar-se l'abandonada doctrina de la pèrdua de la caducitat guanyada, intenta establir uns paràmetres generals que puguin servir de guia d'actuació davant el freqüent supòsit en què es realitzen noves obres sobre construccions en situació de fora d'ordenació (per haver-se executat sense llicència però sobre les que, per prescripció de l'acció, ja no és possible la seva demolició). L'article 129.2.b) LUIB adverteix que sobre aquestes construccions no es pot realitzar cap mena d'obra i, per tant, com a obres il·legals es podran demolir aquestes noves no afectades per la prescripció. Però, amb freqüència, aquestes noves actuacions alteren la configuració de l'edificació preexistent i no sempre és possible establir una delimitació clara entre la part d'edificació que va guanyar la prescripció amb la part afectada per les noves obres il·legals.

La Sentència precisa en primer lloc que, en tals casos, la demolició de les noves obres no pot habilitar per a després reconstruir o reposar les que es trobaven fora d'ordenació perquè havien guanyat la prescripció. Adverteix que «cuando las nuevas obras alteran —o sustituyen en todo o en parte— la estructura de la anteriores con infracción prescrita, la demolición de las nuevas no puede habilitar para luego reconstruir las que se encontraban en fuera de ordenación. En tales supuestos, la acción de restablecimiento inevitablemente se ha de extender a aquellos restos de la construcción primitiva en situación de fuera de ordenación y que, ante la imposibilidad

de reponer la parte alterada por las nuevas obras, no pueden mantener su uso sin realizar una reconstrucción que, repetimos, ya no es posible». Això és, l'acció de restabliment no pot deixar sense demolir aquelles restes del cos constructiu ja inútils, perquè, encara que no s'haguessin executat directament sobre ells les noves obres, sí que queden afectats per aquestes. Precisament, en afectar el seu ús.

Això és el que ara preveu l'article 305 del Reglament General de la Llei 12/2017, de 29 de desembre, d'urbanisme de les Illes Balears, per a l'illa de Mallorca (aprovat per Acord del Ple del Consell Insular de Mallorca en sessió celebrada dia 29 de març de 2023).

I la Sentència comentada restringeix l'àmbit espacial de la demolició per l'execució de noves obres, quan existeixen cossos constructius separables, uns afectats per les noves obres il·legals, però altres no. Així afegeix: «Por otra parte, en el supuesto en que las nuevas obras ilegales se ejecuten sobre una parte de la edificación con autonomía constructiva (una piscina, un garaje, un porche…) y que se encontraba en situación de fuera de ordenación, la acción de restablecimiento con el alcance antes descrito ha de quedar limitada a esta parte de la edificación que goza de autonomía constructiva, de modo que si las nuevas obras afectaron estructuralmente a esta parte y con ello se ha de impedir la reconstrucción de las anteriores que se encontraban en situación de fuera de ordenación, la demolición se ha de limitar a esta parte separable por tener un uso y destino independiente, no extendiéndose al resto de la edificación no afectada por las nuevas obras».

L'anterior haurà de distingir-se dels supòsits en què les noves actuacions puguin configurar-se com a continuació d'unes anteriors realitzades en termini anterior al de la prescripció, però inacabades. La represa en l'acció constructiva determina que l'inici del còmput del termini de prescripció es computi des de la «completa finalització de les obres» (art. 196.3 LUIB), de manera que aquelles començades però no acabades, no queden protegides per la prescripció.

Fernando Socías Fuster

Les extincions múltiples i consensuades de contractes de treball, per iniciativa patronal, computen als efectes de l'acomiadament col·lectiu

Sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem (recurs de cassació núm. 61/2023) núm. 558/2023, de 19 de setembre, (ponent: Sr. Moralo Gallego).

La superació de les fingides aparences de voluntarietat obrera de les extincions

Comptem amb l'antecedent d'una sentència anterior del Tribunal Suprem, de 22 de juny d'aquest mateix any 2023. En aquell cas es tractava d'una successió de contracta, en què es va donar la «casualitat» que determinats tretze operaris no foren subrogats, amb la particularitat que vuit d'ells varen subscriure la «baixa voluntària» de la contractista primera, i després foren contractats de bell nou per la contractista segona, sense operar formalment clàusula de subrogació contractual, pel fet que aparentment van marxar «voluntàriament» de la primera empresa i després es presentaren a la segona, que «voluntàriament» de cada una de les parts els va fitxar amb nous contractes laborals «inicials».

El Tribunal Superior de Justícia de Madrid, en la Sentència de 22 d'octubre de 2022 de la Sala Social, antecedent del recurs de cassació, havia subratllat, arran del contingut de l'article 6.4 del Codi civil, el fet que els treballadors que presentaren una baixa voluntària són contractats *ex novo*, al dia següent, per la nova contractista i que alguns d'ells havien expressat que l'única motivació per presentar aquella baixa fou la d'obtenir la contractació per la segona mercantil, la qual es negava a la subrogació, de la situació de la qual havia concebut una conducta fraudulenta i que per igual raó les baixes voluntàries devien computar als efectes dels llindars de l'article 51 de l'Estatut dels treballadors. Per la seva part, el Tribunal Suprem va reblar el clau tot afirmant que un fenomen d'extincions de contracte que, essent realment col·lectives, segons les regles de procediment establertes en l'article 51 ET, no es podia desmarcar per mera i fingida aparença externa (quan en bona llei s'obté el convenciment que un aplec d'acomiadaments disciplinaris acabats formalment per un seguit de conciliacions, pràctica que fou escortada posteriorment per una colla d'extincions «voluntàries») i que tot plegat es tractava d'extincions adoptades a iniciativa de l'empresari.

Sobre aquest antecedent es perfila la situació fàctica de la Sentència ara comentada, de 19 de setembre de 2023, que presenta una suma d'esdeveniments molt semblants al cas precedent, tot i que la maniobra, en el nostre cas, era tècnicament una mica diferent: aquí s'han produït set extincions contractuals «de mutu acord», és a dir plasmades aquesta volta en un suport convencional, i no en una declaració unilateral de baixa voluntària, que, si s'apleguen a altres extincions simultànies o veïnades emparades formalment en causa distinta al «mutu acord», sumarien un nombre d'extincions superior als llindars legalment determinats en el període total de noranta dies, que converteixen l'extinció en un fenomen col·lectiu, necessitat d'un expedient formal de regulació de l'ocupació.

La delimitació de la «ratio» d'efectius i d'afectats per l'acomiadament col·lectiu i pel correlatiu expedient col·lectiu de regulació de l'ocupació

Aquesta és una matèria particularment complexa, pel fet que implica un doble joc de comptabilització o còmput que s'ha de verificar. D'una banda, tenim el mètode de còmput del marc temporal (noranta dies), que caracteritzada doctrina qualifica com a «la regla del compàs». I, de l'altre cantó, la prolífica polèmica o controvèrsia del que devem entendre com a «acomiadament» o «situació equiparable a l'acomiadament». L'articulació del dos criteris acompassats (en el temps útil computable i en el nombre i qualitat dels treballadors afectats per la mesura col·lectiva) és la que fornirà l'exigència o no d'un acomiadament col·lectiu. En aquest comentari ens restringim al segon dels canons de conducta.

En el cas examinat, el relat històric il·lustra que una empresa de gestió fa saber la intenció seva d'eliminar una part del negoci, derivar qualcunes funcions inherents als serveis centrals d'un determinat banc i reduir proporcionadament el seu personal (per un total de vint extincions), tot oferint als treballadors la possibilitat d'extingir el seu contracte, per tal d'incorporar-se a la empresa bancària. Als efectes de computar l'existència o no d'un acomiadament col·lectiu, està acceptat que vuit extincions d'acomiadament vulgar computaven dins del llindar de 90 dies, però aquest *quantum* no arrodoniria l'exigència d'un acomiadament col·lectiu que —en el cas contrari— l'arrodoniria positivament si també es computen dotze cessaments simultanis als noranta dies produïts sota la capa formal de set extincions «per mutu acord» i de cinc extincions afegides, catalogades «voluntàries», és a dir, unilaterals. El Tribunal Suprem, tal volta desaprofitant l'oportunitat de segellar una doctrina integral més exhaustiva, no tindrà en compte la consideració que li mereixerien les cinc extincions «voluntàries», donada la composició numèrica de les set extincions «de mutu acord»

que es basten i sobren, afegides als vuit acomiadaments vulgars (cal suposar, de faiçó aparentment disciplinària amb solució d'indemnització convinguda), per vinclar un nombre superior a deu (vuit més set ja li basten).

La Sentència desqualifica del tot el presumpte valor vinculant-individual de la suma de voluntats reflectida en un plural mutu acord de ruptura, i aixeca la valoració de la situació creada a l'esfera de la protecció, i la projecció, del nombre real d'extincions mogudes per la iniciativa de part patronal. És així com diu que quan l'empresa entrant anuncia a mantes treballadors de l'empresa sortint que no procedirà a la subrogació, i en canvi els proposa que serà possible la seva contractació, per suposat *ex novo*, si es formalitzen les set baixes laborals a l'antiga empresa (i aquí afegeix el comentarista que el raonament havia de ser extensible, si l'anàlisi s'hi hagués capficat, a les extincions unilaterals pures), en tal cas resulta innegable que la iniciativa estava residenciada en la mercantil que dissenya el panorama extintiu i condiciona la voluntat dels que havien prestat servei a l'empresa sortint. En aquesta tessitura havien de ser subjectes de subrogació formal, però es van sentir compel·lits a acceptar una extinció «de mutu acord», en la mesura que tals extincions per una convenció individual aparentment lliure no són produïdes en forma realment individualitzada i al marge de les demés relacions laborals, sinó en el marc indiscutible d'un procés col·lectiu de regularització del planter de treballadors. Distinta seria la conceptuació, continua afegint el Tribunal Suprem, si cadascun d'aquests acords «individuals» s'haguessin produït fora del context dels noranta dies que la llei assenyala per catalogar l'extinció col·lectiva, en tal cas es podria pensar que es tractaria de decisions aïllades i descontextualitzades d'un procés col·lectiu.

A tot això, es presenten dues conseqüències no menys problemàtiques: 1) Qui paga el mal pas quan la situació ha de ser catalogada com un «acomiadament sense causa»? 2) On cal situar el moment històric que encomana una presa de decisió a iniciativa de la patronal, i en quin moment eficaç cal acudir al còmput dels noranta dies?

La responsabilitat de l'acomiadament sense causa queda dipositada en l'empresa. El moment de còmput és el de la decisió configuradora del personal que no mereixia ser separat

Del gavadal d'argumentació que el Tribunal Suprem ha fet seu es podria deduir tal volta que existeix un pacte «antinatura» de les dues empreses, una conxorxa d'interessos en demèrit de tercer (el tercer treballador), que conduiria a una responsabilitat compartida, solidària. Aquesta solució lògica, tot i així, no és

compatible amb el règim de «successió de les obligacions», en el qual el conferent primer «lliura» un dipòsit o càrrega d'obligacions al conferent segon. Des del punt de vista de les càrregues salarials transferides, no hi ha cap dubte que la responsabilitat patrimonial és susceptible d'atribució conjunta solidària. Però des del punt de vista, que interessa en el cas, de quin ha de ser responsable «configurador» d'una selecció de personal arbitrària, aquesta oportunitat de configuració no pertany a l'empresa conferida, sinó a la conferent que la va manipular arbitràriament. És per aquesta raó que la Sentència esmentada li assigna la responsabilitat jurídica derivada d'un acomiadament col·lectiu traçat amb desfiguració de la regla legal que integra els efectes d'un acomiadament col·lectiu produït en el transcurs dels noranta dies acotats.

Pel que respecta al «moment definidor», ens consta que la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears ha aixecat davant el Tribunal Justícia de la Unió Europea una qüestió prejudicial en un litigi que presenta moltes identitats respecte dels casos examinats pel Tribunal Suprem, als quals s'ha fet referència. Una de les matèries més agudes que es plantegen la confronta la posició patronal en aquest litigi, que dubta del «moment» adequat per a l'aplicació de la regla dels noranta dies, i brinda diverses alternatives, de les que escull, naturalment, aquella o aquelles que convenen als seus interessos.

Ferran Gomila Mercadal

L'extinció de la relació especial de treball dels interns en centres penitenciaris. Reconeixement del dret a la reparació*

Sentència de la Sala Social del Tribunal Suprem (recurs de cassació per a la unificació de doctrina núm. 335/2022) núm. 566/2023, de 19 de setembre (ponent: Sr. Sempere Navarro).

La dues presons dels penats en centres penitenciaris

La primera obvietat de la presó d'un intern en centre penitenciari es qualifica per la pèrdua de llibertat individual, això vol dir la pèrdua de moviment translatiu, la pèrdua d'autonomia personal, la pèrdua de capacitat de decidir. Es discutirà si aquesta immobilització «no voluntària» també decanta la immobilització o pèrdua del dret al treball i a la «lliure elecció de professió i ofici, a la promoció mitjançant el treball i a una remuneració suficient per satisfer llurs necessitats i de la seva família» de l'article 35 de la Constitució espanyola. Es dirà que la «satisfacció» de les seus íntimes necessitats de sosteniment vital es troben absoltes per la munificència de l'Estat carcerari, que li dona menjar. Però, què passa amb les necessitats de la seva família? Els mòduls retributius derivats del Reial decret 782/2001, de 6 de juliol, pel qual es regula la relació laboral de caràcter especial dels penats que exerceixin activitats laborals en tallers penitenciaris i la protecció de Seguretat Social dels sotmesos a penes de treball en benefici de la comunitat, de fet reduïts i proporcionats estrictament al salari mínim interprofessional i en funció de les hores efectives treballades, no donaran satisfacció mantes vegades a les necessitats d'una família en el cas, de tota probabilitat donades les condicions de la disciplina interna, que les jornades reals siguin molt minses. Cal tenir en compte que, tot i que la regulació formal parla de modular les retribucions del treball penitenciaris segons el «rendiment» obtingut per l'intern, de fet no existirà en aquesta condició la promoció de «millores voluntàries» d'origen voluntari «patronal» (l'Estat carcerari) o de convenció pactada que sigui factible: les millores salarials són una quimera absoluta.

---

* A Jaime Bueno *In Memoriam*, premi Degà Miquel Frontera a l'Ètica Jurídica 2023, defensor de presos.

Si el treball penitenciari és treball formal, per quina raó l'extinció de la relació laboral que pot acordar l'Administració no és també un acomiadament formal?

La Sentència que es comenta, molt interessant per la seva voluntat didàctica i capacitat exhaustiva, resol aquest contrasentit palès amb les eines que brinden al raonament jurídic els que anomenem «grans relats», és a dir el Dret europeu i la Constitució. Amb l'aplicació mecànica del «petit relat» contingut en el Reial decret 782/2001, el paralogisme o contrasentit seria del tot insoluble.

El cas pràctic que es planteja davant el Tribunal Suprem és realment il·lustratiu: resulta que un penat veu extingit el seu contracte per decisió unilateral del director de l'establiment penitenciari. L'article 10.3 del Reial decret 782/2001 no diu en absolut si caldrà un mecanisme procedimental determinat, del qual s'extreu que la decisió unilateral és pràcticament omnímoda («amb la valoració prèvia de les circumstàncies de cada cas» diu el text normatiu), sense ni solament esmentar que la valoració s'haurà d'atenir a criteris, per exemple, dels òrgans formals, juntes de qualificació, que valoren la conducta del penat, la seva submissió a la disciplina «interna» per parlar sense embuts, als efectes d'aplicar el grau penitenciari. Així que, per suposat, ni somniar en acudir a la tutela del jutge titular de Vigilància Penitenciària. De fet, la STS ho expressa amb transparència: el silenci que guarda el Reial decret sobre les formalitats de la decisió extintiva no pot significar la impossibilitat d'aplicar supletòriament el Dret comú del treball. Ho exigeix la proscripció del pur arbitri «patronal» quan es troba en joc el dret al treball. I que ens trobem davant una relació laboral especial no presenta cap dubte.

Així, doncs, la primera pregunta que es planteja és si el penat que es troba regulat per una relació laboral tan peculiar podrà acudir a la tutela del jutge social competent per raó del fur territorial. La solució serà que sí, però per definir millor el debat s'ha d'observar que el Ministeri Fiscal, de manera raonada com diu la Sentència cassacional, es va oposar a l'estimació del recurs pel fet, en primer lloc, que l'argumentació recurrent no es basa en cap norma laboral en absolut, ni una, tot encomanant la solvència del recurs a la invocació «genèrica», com diu el Ministeri Fiscal, de l'article 24.1 CE; i, en segon lloc, que els articles 32 i 34 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, relatius a la responsabilitat patrimonial de l'Estat, ho privaria. La Sala Quarta li contesta que la jurisdicció social no es troba restringida a aplicar exclusivament la normativa laboral específica i que no està impedida per aplicar normes pròpies d'altres sectors de l'ordenament, i, d'altra banda, que la responsabilitat patrimonial de l'Estat integra una de les façanes de la tutela

deguda al treballador quan reclama una indemnització davant el seu empresari, l'Estat espanyol en el cas examinat.

La responsabilitat patrimonial de l'Estat és aplicable com a solució a l'extinció del contracte especial injustificada pel fet que el penat es troba en una relació jurídica laboral

Hem de tornar a la relació d'incidències en el procés i els recursos que en dimanen per tal de copsar adequadament el raonament de la Sala Quarta. El jutge d'instància —i en aquest comentari, com en tota la Sentència de cassació glosada, queda en total penombra la raó de fons per la qual el magistrat d'instància va dictar la revocació de la decisió extintiva, de manera que l'evolució del grau de suplicació i del grau de cassació no penetra en aquesta motivació, tot donant-la per bona— va entendre que l'extinció que revocava, totalment al marge de la institució jurídica comú que denominem «acomiadament», i que forniria com a resultat la opció de l'empresari entre la readmissió —abonant en tal cas els anomenats «salaris de tramitació»— o l'abonament d'una indemnització taxada, era susceptible d'accedir a una indemnització per mor de la responsabilitat patrimonial de l'Estat deguda al funcionament antijurídic d'una autoritat governativa, tan peculiar com es vulgui, encarnada en la direcció d'un centre penitenciari.

Aquesta era la pretensió de la demanda, que no es dirigia en contra d'una extinció modulada per la dinàmica d'un acomiadament disciplinari típic. El professional que defensava el penat fou totalment conscient que no podia demandar per «acomiadament» (ho priva que la regulació del Reial decret 782/2001 veta expressament que la decisió extintiva sigui tractada com un acomiadament prototípic). Faltant el prototipus no hi ha lloc a dubte que l'alternativa que s'ofereix al patró convencional (la readmissió i abonament de salaris de tramitació *versus* la satisfacció de la indemnització taxada) serà inviable en la relació laboral especial dels penats en establiments penitenciaris: per definició, el penat obtindrà només una banya de l'alternativa, és a dir, la reintegració en la seva activitat laboral «especial». I per igual raó és una absurditat contemplar que la reintegració serà «ajudada» legalment de l'abonament de salaris «de tramitació». L'absurditat no solament és etiològica, està proscrita expressament la concurrència de «salaris de tramitació», típics de l'acomiadament, pel fet elemental que no hi ha acomiadament en el sentit tècnic de la figura jurídica. Això explica que, sotmès l'assumpte a coneixement de la Sala de Suplicació, aquella Sala de revisió es va atenir a la «lletra petita» del Reial decret 782/2001, i es així com va estimar —en la part més sucosa— l'alçada promoguda

per l'Administració (Advocacia de l'Estat) i va declarar que la revocació de la decisió extintiva era correcta i validable, però que no hi havia lloc a fixar un correlat en forma d'indemnització, descartada la proliferació dels «salaris de tramitació», per manca de suport legal de qualsevol mesura de reparació o indemnització del dany. Dit en plata: el penat en establiment penitenciari seria persona exclosa o externa al concepte de dany patrimonial degut a una decisió il·lícita d'una administració penitenciària en l'esfera laboral, i com a tal revocada.

Aquest absurd ètic, i ontològic, és el que arriba a les riberes del Tribunal Suprem. La Sentència del nostre comentari comença recordant que les dimensions constitucionals del conflicte són tres: l'article 24.1 CE sobre la tutela efectiva de jutges i tribunals; l'article 25.2 CE sobre el dret de l'intern a un treball remunerat i concomitants, i l'article 106.2 CE sobre el dret dels particulars a ser indemnitzats per les lesions causades per part de les administracions públiques. En la seva secció central, la Sentència admet palesament que la categoria formal de l'acomiadament —amb la seva normativa específica— no resulta d'aplicació als penats sotmesos a una relació de treball tan especial i peculiar. Però arran d'una constatació tan elemental com acceptada per tots, la Sentència prescindirà del contrasentit que engega una norma reglamentària i —en defecte d'una solució que la llei ordinària tampoc ens fornirà— dona el «bot conceptual per elevació» a la normativa supranacional, d'aplicació intensiva al Dret del treball com una norma originària, no tan sols de reforç, que és adequada per superar i enervar la proscripció d'un abús tan patent com insoluble amb les eines de la normativa ordinària interna, i que la Constitució espanyola tampoc no tolera. És així com s'invoca expressament el Conveni 158 OIT sobre la terminació de la relació de treball, del qual diu textualment que habilita per obviar prescripcions insuficients o «contra natura» del Dret intern en relació amb persones empleades que presenten problemes especials. I és així com també s'al·ludeix a l'article 24.b) de la Carta Social Europea que proclama els drets del treballadors «acomiadats». És clar que calia superar l'obstacle tècnic consistent en la inaplicació directa i formal de la regulació sobre l'acomiadament, i per això el pont conceptual que traça l'argumentació del Tribunal Suprem quedarà anellat al dret de tothom, en la condició que sigui, a ser reparat per la infecció d'un dany il·lícit del qual no es predica la necessitat de patir-lo. Aquesta condició no és externa i aliena als drets dels penats en establiments que treballen al servei d'un patró indivisible i únic, l'Estat, però un patró laboral al capdavall que acara tots les resultes derivades de la infracció dels deures contractuals. En resum, la doctrina del Tribunal Suprem que va revestir d'indemnitat al «patró penitenciari» lluita contra el dret constitucional de

tothom a obtenir reparació pels danys inferits per part d'una administració pública, inclosa la Penitenciària.

Com el lector segurament ja endevina, la convergència positiva, per via analògica, d'una indemnització paritària o parificada al valor numerari que tècnicament seria l'import dels «salaris de tramitació» en un acomiadament, que el jutjat d'instància va considerar com a mòdul idoni, queda totalment convalidada.

Ferran Gomila Mercadal

ACTIVITAT REGISTRAL

Antoni Canals Prats
Registrador de la propietat

La cancelación de derecho de vuelo o sobreedificación

Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 30 de marzo de 2023.

Los hechos

Se presenta una instancia mediante la cual se solicita la cancelación de la inscripción del derecho de vuelo sobre determinada finca porque, según afirma el solicitante, desde que se reservó tal derecho el promotor en la escritura de división horizontal, de 16 de enero de 1980, han trascurrido casi cuarenta y dos años sin haberse ejercitado, por lo que se solicita su cancelación por caducidad.

Se deniega el despacho de esta instancia en base a que dicho derecho de vuelo no está sujeto a plazo alguno y, desde la extensión del último asiento relativo al mismo, tampoco han transcurrido el plazo de sesenta años a que se refiere el párrafo tercero de la regla octava del artículo 210 de la Ley Hipotecaria (LH).

El recurrente alega que el artículo 1963 del Código Civil determina que los derechos reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años de su creación, aplicable a este asunto por tratarse de un derecho real de sobreelevación de edificación de una o varias plantas sobre un edificio.

Fundamentos de derecho

Respecto a la alegación del recurrente sobre la extinción del derecho de vuelo por la prescripción, hay que recordar la doctrina recogida en las Resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 26 de abril de 2006, de 5 de diciembre de 2014, de 25 de octubre de 2018 y de 9 de junio de 2022, según la cual la apreciación de la prescripción es tarea reservada a los órganos jurisdiccionales, doctrina que, inicialmente elaborada en el ámbito de la prescripción extintiva, ha sido extendida a la adquisitiva (Resolución de 7 de marzo de 2018).

Como puso de relieve este Centro en la Resolución de 26 de octubre de 2007, «ante la falta de constancia registral de los plazos […], debe acudirse al sistema ordinario de cancelación de asientos en el Registro, que no es otro que el consentimiento del titular registral […], expresado en escritura pública o resolución judicial firme en procedimiento entablado contra él (cfr. artículo 82 Ley Hipotecaria)».

De acuerdo con la doctrina expuesta, la Resolución de 6 de julio de 2013, afirma lo siguiente: «Queda pues analizar si resulta aplicable el párrafo segundo, inciso primero del artículo 82 de la Ley Hipotecaria para el caso de que el derecho inscrito quede extinguido por declaración de la ley. La prescripción, como regla general, no puede ser apreciada sino por vía judicial, ya que a diferencia de la caducidad que opera *ipso iure*, en la prescripción pueden existir supuestos de interrupción de la misma que escapen a la calificación registral por no tener reflejo en el Registro (*vid*. artículo 1973 del Código Civil), tanto nuestro ordenamiento hipotecario como la doctrina reiterada de este Centro Directivo establece que la rectificación del Registro, y la cancelación no es una modalidad, precisará bien el consentimiento del titular registral, bien resolución judicial firme dictada en el juicio declarativo correspondiente (artículos 1, 38 y 40 de la Ley Hipotecaria) de ahí el carácter ciertamente excepcional del sistema de cancelación previsto en el párrafo 2.º del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, precisándose para su operatividad que la extinción del derecho inscrito resulte de manera clara, precisa e indubitada».

Las consideraciones precedentes sobre la apreciación de la prescripción impiden estimar la pretensión del recurrente en cuanto a la aplicación del artículo 210 LH, «especialmente la regla número 1 donde se ratifica que el titular registral de cualquier derecho que aparezca en el registro con cargas o derechos que hayan quedado […] extinguidos por prescripción, caducidad o no uso, podrá iniciar la petición para cancelarse en el Registro».

Tampoco es aplicable el párrafo tercero de la regla octava de este mismo artículo, toda vez que no ha transcurrido el plazo de sesenta años desde la extensión del último asiento relativo al mismo.

Por último es inaplicable el artículo 210.1 LH que dispone: «No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrán cancelarse directamente, a instancia de cualquier interesado y sin necesidad de tramitación del expediente, las inscripciones relativas a derechos de opción, retractos convencionales y cualesquiera otros derechos o facultades de configuración jurídica, cuando hayan transcurrido cinco años desde el día en que venció el término en que, según el Registro, pudieron ejercitarse, siempre que no conste anotación preventiva de demanda u otro asiento que indique haberse ejercitado el derecho, modificado el título o formulado reclamación judicial sobre su cumplimiento». Como afirmó la Dirección General en la Resolución de 9 de junio de 2022, respecto de un derecho de vuelo, este precepto legal alude a un plazo de cinco años desde que venciera el término de ejercicio, y respecto del derecho cuya cancelación se solicita no se ha señalado plazo para su

ejercicio a partir del cual pudieran contarse los cinco años previstos en dicha normativa.

Naturaleza jurídica del derecho de vuelo

El derecho de vuelo se define como el de construir plantas de mayor elevación sobre edificios ya existentes y de construir plantas bajo el suelo de estos. Por ello también se denomina *derecho de sobreelevación* o *de levante* o *de subedificación*. Tal derecho es inherente al dominio de dichos edificios, siempre que no lo impida alguna servidumbre a favor de tercero, denominada de *altius non tollendi*, o que no lo permitan las normas de ordenación urbanística.

Pero, en el presente caso, se trataba de un derecho de vuelo en finca ajena, en el que el edificio ya construido pertenece a otra persona distinta del titular del derecho de vuelo. Este derecho, no recogido en el Código Civil, sin embargo sí aparece, en cuanto a los requisitos de su inscripción, en el artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario (RH).

Como consecuencia de ello, se otorga a este derecho subjetivo el carácter de derecho real inmobiliario, pues goza de efectividad *erga omnes* al poderse ejercitar en edificios ajenos, y también de inmediatividad, pues otorga un poder directo sobre su objeto sin necesidad de intermediación de ninguna persona, tanto si el derecho recae en el vuelo como en el subsuelo. También es transmisible tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

La prescripción extintiva del derecho de vuelo y su delimitación con la caducidad del derecho

En el caso resuelto por la Resolución que se comenta, se trataba de un derecho de vuelo constituido en 1980, por vía de reserva del promotor de una edificación, en la escritura de división horizontal del total edificio. El propietario del edificio gravado por el derecho de vuelo alega que han trascurrido 42 años sin haberse ejercitado este, por lo que solicita su cancelación por caducidad.

Vista esta solicitud, es preciso delimitar la figura de la caducidad solicitada de la prescripción del derecho:

a) Según LACRUZ, del conjunto de la normativa sobre prescripción en el Código Civil y de la interpretación sistemática de esta, puede concluirse que la prescripción es la forma de extinción de los derechos y acciones por su no ejercicio por parte de su titular durante el tiempo establecido en la ley, y todo ello salvo reconocimiento del sujeto pasivo de la relación jurídica en cuestión.

De tal manera que no se trata solo del mero trascurso del tiempo, como dice el artículo 1961 CC, y ni siquiera del no ejercicio del derecho o acción durante este tiempo, sino que es preciso también que no haya habido reconocimiento de este derecho por el sujeto pasivo, en cuyo caso se interrumpe la prescripción, sin que se consuma. Por esto la doctrina ha acuñado el concepto de silencio de la relación jurídica más que de simple no ejercicio. Este silencio debe extenderse tanto al sujeto pasivo que debe no reconocer el derecho subjetivo en cuestión, como al sujeto activo o titular que debe no interrumpirla para que en ambos casos surta sus efectos extintivos.

Siendo la prescripción una figura con posibilidad de interrupción por el titular del derecho, o de reconocimiento por el gravado, se deduce que no produce efectos automáticos, siendo preciso su prueba ante los tribunales alegada por el beneficiado de la misma, que en estos casos es el titular del derecho gravado. Frente a un caso de ejercicio de un derecho de vuelo presuntamente prescrito o de su disposición (enajenación, o gravamen), la cuestión debe ventilarse ante la jurisdicción civil competente y debe pedirse que se declare la extinción por prescripción de este derecho y la correspondiente cancelación registral.

b) Mientras la prescripción es una institución que proviene del Derecho Romano, la de la caducidad es una figura relativamente moderna que arranca de los estudios de SAVIGNY y ZACHARIE, en la que se contempla el concepto de tiempo de otro modo, porque el transcurso del plazo corre inexorablemente, sin que pueda ser detenido o pueda interrumpirse por actuación alguna, mientras no se ejercite el derecho dentro de plazo. No vale, pues, ni la reclamación extrajudicial, ni el reconocimiento del sujeto pasivo. Consecuencia de ello, produce efectos automáticos, siendo apreciable directamente por el registrador y por los tribunales. Y así, el artículo 353 RH manifiesta que en las certificaciones registrales no se comprenderán los derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley hipotecaria.

c) La caducidad se caracteriza frente a la prescripción por lo siguiente:
   - Actúa de manera automática, y por ello es apreciable de oficio; así lo entiende una constante jurisprudencia en este sentido (STS de 30 abril de 1940, de 7 diciembre de 1943, de 17 de noviembre de 1948, de 5 de julio de 1957, de 23 de enero de 1960, de 23 de junio de 1961, de 26 diciembre de 1970, de 30 de enero de 1974, etc.). Para su fundamentación se invoca su carácter de orden público, a lo que se podría añadir su apreciación directa y objetiva basada en el simple transcurso del tiempo.

- Los plazos de caducidad no son susceptibles de interrupción ni les es aplicable el artículo 1973 CC, debido a la naturaleza de estos. En caso de ejercicio del derecho de vuelo, la construcción por sobreelevación o subedificación debería concluirse dentro del plazo previsto en el título constitutivo del derecho de vuelo, al menos la estructura del edificio, puesto que el ejercicio debe ser completo dentro de su plazo. No parece que fuera suficiente un simple arranque de la obra o la solicitud de licencia. Aun así, para alegar la caducidad del derecho, se precisaría un mínimo de prueba de la inexistencia de la edificación, que podría consistir en una certificación negativa del Ayuntamiento o técnico competente.

Por último, la caducidad afecta directamente al derecho, no solo a la acción que lo protege; así se pronuncia la Sentencia de 17 de noviembre de 1948, que defiende que se produce totalmente la decadencia del derecho sin posibilidad de ser ejercitado eficazmente.

La cuestión del plazo como requisito del derecho de vuelo

El apartado 2.c) del artículo 16 RH, en la redacción dada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, exigía en la inscripción, cuando se constituía el derecho de vuelo, el «plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, que no podrá exceder de diez años». Apartado que fue anulado por la STS, Sala 3.ª, de 24 de febrero de 2000, porque se entendió que era una limitación que … necesariamente tiene que venir determinada por la Ley.

Sin embargo, esta Sentencia no solucionó la cuestión de fondo, que consiste en la constitución de derechos de vuelo a perpetuidad o por tiempo indefinido, ya que con frecuencia se está a la espera de que el planeamiento urbanístico permita construir más plantas en el futuro.

Un gravamen perpetuo a favor de un tercero sobre el dominio de una finca, como es el caso del estipulado por vía de reserva en el título constitutivo por el promotor del edificio, va contra el principio de libertad del dominio y del principio hipotecario de determinación. Así, una resolución de la Dirección General posterior a la supresión del apartado 2.c) del artículo 16 RH, como la de 18 de noviembre de 2002, entiende que es necesario establecer el número de plantas a cuya construcción faculta el derecho de vuelo concedido y el plazo de finalización de la construcción a fin de evitar derechos reales perpetuos e irredimibles, pero en cambio no es necesario establecer un plazo de duración del derecho sobre lo construido, pues trae como consecuencia que, realizada la construcción sobre lo construido, surgen nuevos elementos

privativos de la propiedad horizontal, sobre los que recae un derecho de propiedad que no tiene limitación en el tiempo. Y en el mismo sentido, la Resolución de 15 de septiembre de 2009 dictamina que la mera facultad de elevar una vivienda a construir sobre la finca hasta la altura que se tenga por conveniente y sin límite de tiempo, carece de determinación suficiente para estimarse como un derecho de vuelo del artículo 16 RH, y aunque cabe *numerus apertus* de derechos reales por el artículo 2.2 LH y por el artículo 7 RH, en este caso se conculcan los límites y exigencias estructurales del estatuto jurídico de la propiedad, dada su significación económico-política y su transcendencia *erga omnes*. Tales exigencias excluyen la constitución de derechos reales limitados, singulares, de carácter perpetuo e irredimible, si no responden a una causa que justifique esta perpetuidad, conforme a las Resoluciones de 6 de noviembre de 1996 y la que se acaba de citar, por lo que no se cumple el principio de especialidad que exige la determinación precisa y completa de los derechos respecto de los que se pretende el acceso al registro; así, en sus elementos subjetivos y objetivos en cuanto a su contenido y alcance.

La pretendida acción negatoria registral

La *acción negatoria* es aquella que compete al dueño para defender la libertad de su dominio o derecho frente a cualesquiera poseedores que se presenten como titulares de derechos reales limitativos del goce de la cosa. El ejemplo clásico son las servidumbres, pero también incluye cualquier derecho real de goce, como por ejemplo el usufructo, o en este caso un derecho de sobreelevación. El objeto de esta acción es la declaración judicial de inexistencia del gravamen y, en su caso, el cese de toda influencia o perturbación posesoria o física del demandado sobre el bien. Es pues una acción de reintegración posesoria, pues defiende el dueño su *ius possidendi*; es decir, su dominio libre.

Así, la STS de 13 de octubre de 1927 expresó que la acción negatoria responde al fin jurídico de consolidar y hacer efectivo el principio de libertad del dominio, y tiene por exclusivo objeto proporcionar al dueño un medio legal para que se declare que su propiedad está libre de todo gravamen, correspondiendo en esta acción la prueba de la existencia del gravamen al demandado por el principio de que el dominio se presume libre hasta que se acredite que se halla gravado. Algunos autores (LACRUZ, entre otros) admiten que es posible una acción negatoria puramente declarativa, cuando alguien se atribuye un gravamen sobre la finca sin perturbar el goce al dueño.

En el caso presente, el propietario gravado con el derecho de vuelo ejerce una especie de acción negativa registral al pretender la cancelación de un gravamen sobre

el dominio sin consentimiento del titular de este; todo ello para conseguir su cancelación, alegando en este caso la prescripción extintiva del mismo y no su caducidad. En concreto, ejerce una especie de acción negatoria meramente declarativa en el ámbito registral.

Sin embargo, la pretensión de estas acciones fundada en la prescripción solo puede apreciarse, como señala el Centro Directivo, en sede judicial, por cuanto dependen de una serie de hechos —la realidad o existencia de las edificaciones, obras, su ejecución, el su fase de construcción, etc., además de posibles interrupciones o reconocimientos del derecho— que requieren su acreditación por medio de pruebas no documentales (reconocimientos judiciales, peritos, técnicos, testigos…) que no pueden apreciarse en sede registral.

Para la cancelación de estos derechos debe tenerse en cuenta el artículo 40.b) LH, que remite, en caso de la extinción de algún derecho inscrito, a la cancelación efectuada conforme a lo dispuesto en el título IV o en virtud del procedimiento de liberación que establece el Título VI.

De la combinación de ambas remisiones se deduce la existencia de dos vías de cancelación:

- El expediente de liberación de cargas y gravámenes previsto en el artículo 210 LH, que no ha sido utilizado por el recurrente. En este se prueba la pertinencia de la prescripción, pero tiene el límite de que, si hay oposición de los titulares de las cargas que se pretenden extinguir, se sobresee el expediente y se remite a los tribunales.
- En caso de no utilizar este expediente, procede según el precepto citado, aplicar las normas generales de cancelación de inscripciones contenida en el artículo 82 y siguientes LH, que exige o el documento público o auténtico, en el que conste el consentimiento para la cancelación de la persona o personas a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción, o bien, en caso de no constar este consentimiento, una sentencia firme contra la que no quepa recurso. Este procedimiento tampoco ha sido utilizado por el recurrente, por lo que en consecuencia pierde el recurso.
- Y, sin dichos requisitos, la cancelación queda condicionada a que la extinción provenga de disposición legal o resulte del título que motivó la inscripción. Este medio de cancelación tampoco es aplicable a este caso, por cuanto no se pactó plazo de caducidad del mismo.

Antoni Canals Prats

ACTIVITAT NORMATIVA

Lluís Isern Estela
Lletrat del Parlament de les Illes Balears

Crònica de la legislació autonòmica més rellevant (maig 2023-octubre 2023)

I. Normes amb rang de llei

Com a conseqüència del Decret 2/2023, de 3 d'abril, de la presidenta de les Illes Balears, de dissolució del Parlament de les Illes Balears i de convocatòria d'eleccions (BOIB núm. 42), durant els mesos que abasta aquesta crònica l'activitat normativa a les Illes Balears ha estat molt escassa. Pel que fa al Parlament, un cop celebrades les eleccions del passat 28 de maig, aquest es constituí el dia 20 de juny i la seva activitat en els primers mesos de l'XI Legislatura s'ha centrat en la investidura de la presidenta de les Illes Balears, en la designació dels senadors en representació de la Comunitat Autònoma i en la posada en funcionament de la Cambra (elecció de la Mesa, constitució dels grups parlamentaris, de les comissions i de la Diputació Permanent, etc.). No es pot dir que la seva activitat legislativa hagi estat nul·la ja que ha acordat no prendre en consideració alguna proposició de llei, però sí que no ha produït cap fruit atès que no ha resultat aprovada cap llei. Pel que fa al Govern de les Illes Balears, s'ha de recordar que aquest ha estat en funcions des de la celebració de les eleccions fins a la presa de possessió del nou Executiu (que tengué lloc el 10 de juliol) i que, conforme a la Llei 1/2019, de 31 de gener, del Govern de les Illes Balears, el Govern en funcions no pot presentar projectes de llei al Parlament i la seva facultat de dictar decrets llei queda limitada als casos en què existeixin raons d'urgència o d'interès general.

Un cop el nou Govern de les Illes Balears fou nomenat i començà a desenvolupar les seves funcions, s'han dictat tres decrets llei, dels quals es dona notícia a continuació.

Disminució de la pressió fiscal

El **Decret llei 4/2023, de 18 de juliol, de modificació del Decret legislatiu 1/2014, de 6 de juny, pel qual s'aprova el Text refós de les disposicions legals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears en matèria de tributs cedits per l'Estat** (BOIB ext. núm. 100; validació BOIB núm. 107), incideix sobre dos d'aquests tributs cedits.

En primer lloc, pel que fa a l'impost de successions i donacions, la norma estableix una bonificació del 100 % de la quota aplicable a les transmissions hereditàries a favor de parents de grau més proper (descendents, ascendents i cònjuge) i, així mateix, una bonificació més reduïda quan els hereus siguin germans, nebots, oncles, gendres, nores i sogres. Efectivament, el Decret llei 4/2023 estableix una bonificació del 100 % de la quota de l'impost de successions aplicable a les adquisicions hereditàries i, per assimilació, als pactes successoris, a favor dels descendents, ascendents i cònjuge (grups I i II de parentiu). D'altra banda, estableix una bonificació del 50 % de l'impost de successions per a les herències i pactes successoris a favor dels germans, oncles i nebots, sempre que no concorrin en l'herència amb descendents o adoptats del causant, excepte quan aquests hagin estat desheretats. Així mateix, s'estableix una bonificació del 25 % de la quota de l'impost esmentat per a les herències i pactes successoris a favor dels sogres, gendres i nores. En tot cas, s'ha de destacar que l'aplicació de les bonificacions esmentades no eximeix de l'obligació de presentar la corresponent autoliquidació de l'impost i que, quan s'adquireixin béns immobles, sigui per herència, sigui en virtut de pacte successori, per poder aplicar la bonificació es requereix que a l'escriptura pública corresponent es consigni un valor dels immobles adquirits que en cap cas no podrà superar el seu valor real.

En segon lloc, pel que fa a l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats, les novetats fan referència al tipus de gravamen de les operacions immobiliàries i a l'establiment d'una bonificació autonòmica per a l'adquisició del primer habitatge habitual per joves menors de 30 anys i persones amb discapacitat igual o superior al 33 %. Així, s'estableix un tipus de gravamen reduït del 2 % en les transmissions oneroses de béns immobles i en la constitució de drets reals sobre aquests, bé quan l'adquirent sigui menor de 36 anys i l'immoble constitueixi el primer habitatge adquirit per aquest, bé quan l'adquirent tengui dret al mínim per discapacitat de descendents o d'ascendents en l'IRPF, o bé quan l'immoble hagi de constituir l'habitatge habitual dels pares que convisquin amb els fills subjectes a la pàtria potestat i que integrin una família nombrosa o monoparental, sempre que el preu d'adquisició no superi els 350.000 €.

D'altra banda, per gaudir de l'altra bonificació a què abans ens referíem, que és del 100 %, s'han de complir una sèrie de requisits entre els quals hem de destacar que l'adquirent ha de tenir la seva residència habitual a les Illes Balears almenys durant els tres darrers anys, l'immoble ha de ser el primer habitatge adquirit a Espanya i el seu preu no ha de ser superior a 270.151,20 €, etc.

En el moment de redactar aquestes línies, el Decret llei 4/2023, un cop validat, s'està tramitant com a projecte de llei pel procediment d'urgència.

Gratuïtat de l'educació 0-3 i provisió de personal sanitari

El **Decret llei 5/2023, de 28 d'agost, de mesures urgents en l'àmbit educatiu i en el sanitari** (BOIB ext. núm. 120; validació BOIB núm. 134), incideix sobre dues matèries distintes. Pel que fa a la matèria educativa, la norma té per objecte, d'una banda, establir els mòduls per al sosteniment de les aules de primer cicle d'educació infantil de les escoletes de la xarxa pública d'escoles infantils de les Illes Balears i de la xarxa complementària que permetin la gratuïtat de l'escolarització dels alumnes matriculats i, d'altra, permetre la suspensió del cobrament de les taxes o dels preus públics de les escoletes de la xarxa pública a partir de l'1 de setembre de 2023, mentre es duu a terme la necessària tramitació de la modificació d'aquestes taxes o preus públics. Així mateix, la norma estableix que la Conselleria d'Educació i Universitats ha de publicar els models de convenis específics que hauran de signar els titulars dels centres de la xarxa pública i els de la xarxa complementària per tal d'establir la gratuïtat i finançar la prestació del servei educatiu dels alumnes matriculats de primer cicle d'educació infantil, en els termes prevists en el Decret llei.

D'acord amb això, l'Administració educativa cobrirà les despeses de funcionament d'aquestes aules en l'horari ordinari d'escolarització d'aquesta etapa educativa, 4 hores durant 10 mesos.

Pel que fa a l'àmbit sanitari, el Decret llei elimina, amb caràcter general, l'exigència d'un determinat nivell de coneixement de català com a requisit per accedir a llocs de personal estatutari i laboral al Servei de Salut de les Illes Balears i als seus ens instrumentals adscrits, pel que fa al personal que desenvolupa funcions sanitàries. Així mateix, s'estableix una moratòria de dos anys per complir l'exigència del requisit del català quan es tracti de personal de gestió i serveis d'altres serveis de salut que obtingui una plaça per concurs en el Servei de Salut de les Illes Balears. Aquesta moratòria és igualment aplicable quan es tracti de personal que estigui en reingrés provisional i es vegi obligat a concursar.

D'altra banda, el Decret llei regula la naturalesa jurídica i econòmica del complement retributiu anomenat «de llocs de difícil cobertura», que en el Servei de Salut s'aplica als desenvolupats pel personal estatutari sanitari de categories A1 i A2 que fa feina a les àrees de salut de Menorca, Eivissa i Formentera. Finalment la norma disposa que per als casos en què s'aprecií un dèficit estructural en la provisió i sempre que concorri, addicionalment, una necessitat urgent i peremptòria de cobertura que impedeixi garantir la cartera de serveis de l'àrea de salut corresponent, el Consell de Govern pugui declarar, transitòriament, determinades places, llocs o funcions de «molt difícil cobertura», mitjançant un acord que haurà d'establir l'import de les retribucions aparellades i la durada temporal de la mesura.

Mesures per facilitar l'accés a l'habitatge

El **Decret llei 6/2023, de 2 d'octubre, de mesures urgents en matèria d'habitatge** (BOIB núm. 135; validació BOIB núm. 150), s'emmarca en un conjunt de normes que aquests darrers anys s'han aprovat amb l'objectiu de facilitar als ciutadans l'accés a l'habitatge, entre les quals, sobretot, el Decret llei 3/2020, de 28 de febrer, de mesures urgents en matèria d'habitatge, i la Llei 5/2018, de 19 de juny, de l'habitatge de les Illes Balears. Ara, el Decret llei 6/2023 posa el focus en afavorir l'accés a l'habitatge d'un gran nombre de joves i famílies nombroses i monoparentals, entre d'altres, que no tenen ingressos suficients per adquirir un habitatge en el mercat lliure, però que, no obstant això, els seus ingressos són massa alts per poder optar a un habitatge social. Les diferents mesures contingudes en el Decret llei queden circumscrites al sòl urbà i, preferentment, a la intervenció en els edificis ja existents, tot i que és cert que les actuacions també tenen cabuda a les parcel·les encara no edificades d'aquest mateix sòl urbà. Totes aquestes mesures tenen caràcter temporal i, d'altra banda, per tal de no atemptar contra l'autonomia municipal, el Decret llei habilita els ajuntaments, competents en matèria d'urbanisme, per acordar la limitació o no aplicació de les mesures establertes en la nova norma, ja sigui de forma genèrica o específica a un determinat àmbit per les raons que estimi oportunes.

La principal novetat del Decret llei 6/2023 és la creació d'una nova figura anomenada *habitatge de preu limitat* (HPL): es tracta d'habitatges creats a partir de les diferents mesures regulades en el Decret llei, amb una superfície màxima de 90 m^2 útils, destinats a domicili habitual i permanent dels usuaris, els quals no poden ser titulars del ple domini o d'un dret real d'ús i gaudi sobre cap altre habitatge en territori espanyol. El preu d'adquisició d'aquests HPL i el de la seva renda, en cas de lloguer, és limitat per l'Administració. Aquest preu ve determinat en funció de distints paràmetres, com ara si es tracta d'habitatges creats a partir d'edificacions ja existents (HPL de tipus 1) o creats a partir d'obres de nova planta (HPL de tipus 2) al municipi d'ubicació, i l'etiqueta d'eficiència energètica de l'habitatge.

Els mecanismes que proposa la norma per afavorir la creació d'HPL són diversos. Així, el canvi d'ús de locals existents, tant a plantes baixes com a plantes de pis; la possibilitat de divisió dels habitatges existents mitjançant un increment de la densitat residencial, tant a edificacions existents com a parcel·les sense edificar amb usos residencials plurifamiliars permesos i unifamiliars entre mitgeres; l'increment de l'edificabilitat de les alçàries màximes permeses en edificacions existents o a parcel·les amb usos residencials plurifamiliars permesos; la construcció d'habitatges a terrenys d'equipaments encara sense desenvolupar, sigui per crear HPL en el cas dels equipaments privats, o habitatge de protecció si es tracta de parcel·les per a

equipaments públics; la possibilitat del canvi d'ús residencial d'establiments turístics obsolets, i es reforça el règim jurídic ja existent que permetia que les edificacions inacabades amb llicència caducada es destinessin a la construcció d'habitatge protegit i que s'amplia ara a la construcció d'HPL.

El termini per sol·licitar les pertinents llicències per fer efectives les dites operacions és de 2 anys des de l'entrada en vigor del Decret llei 6/2023 i el termini d'execució de les actuacions és de 3 anys des del seu inici. Per tal de garantir l'efectivitat, el control i la informació pública d'aquests habitatges, el Decret llei crea un Registre autonòmic d'habitatges de preu limitat.

Altres mesures que preveu la norma per tal d'incrementar el nombre d'habitatges fan referència a l'ampliació del termini de concessió, de 50 a 75 anys, en el supòsit de cessió de terrenys de titularitat pública a la iniciativa privada per a la promoció d'habitatge protegit i d'allotjament dotacional; a la nova regulació i definició de l'allotjament amb espais complementaris (*coliving* i *cohousing*) i, finalment, a la dotació a la inspecció turística competent de la facultat d'adoptar mesures provisionals per a la paralització de l'activitat il·legal en l'exercici de les estades turístiques en habitatges (clausura temporal de l'establiment o habitatge turístic).

Aquest Decret llei, un cop validat pel Parlament, està essent tramitat actualment com a projecte de llei.

II. Activitat reglamentària

Per les mateixes raons que s'han esmentat al principi d'aquesta crònica, l'exercici de la potestat reglamentària, deixant de banda les abundants normes purament organitzatives necessàries per a la posada en funcionament de la nova Administració sorgida de les majories parlamentàries obtingudes a les darreres eleccions autonòmiques del maig passat, ha estat molt reduït. S'ha de destacar l'aprovació del Decret 25/2023, de 2 de maig, pel qual s'estableixen les **reserves marines de ses Bledes i des Vedrà-Vedranell** i s'hi regulen les activitats d'extracció de flora i fauna marina i les activitats subaquàtiques, i es modifiquen el Decret 34/2014, d'1 d'agost, pel qual es fixen els principis generals de la pesca recreativa i esportiva a les aigües interiors del litoral de les Illes Balears i el Decret 17/2003, de 21 de febrer, pel qual es regula la pesca d'arts menors a les aigües interiors de les Illes Balears (BOIB núm. 57); també l'aprovació del Decret 28/2023, de 15 de maig, pel qual es regula la **Inspecció Educativa** a les Illes Balears (BOIB núm. 66), i, finalment, el Decret 31/2023, de 22 de maig, pel qual s'estableix

l'organització administrativa en matèria de transparència i es desenvolupa l'exercici del **dret d'accés a la informació pública** en l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears i en el seu sector públic instrumental (BOIB núm. 69).

Lluís Isern Estela

LLIBRES

Jordi Jaria-Manzano
Professor agregat Serra Húnter de Dret Constitucional i Ambiental
Universitat Rovira i Virgili

Miquel Àngel Mas Colom
Advocat

Francesca Llodrà Grimalt
Professora titular de Dret Civil
Universitat de les Illes Balears

Manual de dret públic de les Illes Balears. A. BLASCO ESTEVE; L. SEGURA GINARD (dir.). Barcelona: Atelier - Institut d'Estudis Autonòmics, 2023 (2a ed.).

I

A l'any 2023 s'han complert quaranta anys de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears. Aquest ha estat el període més llarg en els darrers segles en què el conjunt de l'arxipèlag ha gaudit d'un règim d'autogovern. Des d'aleshores ençà, s'ha generat un *corpus* de dret públic molt significatiu, que regeix en bona part la vida de la ciutadania de les Illes. Coincidint amb aquesta efemèride, ha aparegut la segona edició del *Manual de dret públic de les Illes Balears* dirigit per Avel·lí BLASCO ESTEVE, catedràtic de Dret Administratiu de la Universitat de les Illes Balears, i Lluís J. SEGURA GINARD, últim director de l'ara suprimit Institut d'Estudis Autonòmics de les Illes Balears. Aquest llibre passa a ser des de la seva aparició, sense cap mena de dubte, l'obra de referència en relació amb el Dret Públic de les Illes Balears, constituint una eina fonamental per al seu estudi a través de la perspectiva àmplia i ordenada que n'ofereix.

L'obra es divideix en onze capítols que aborden els diferents aspectes relatius al règim d'autogovern de les Illes Balears i que ofereixen una visió general i actualitzada de cadascun d'ells. L'estructura de l'obra respon a una exposició sistemàtica i ordenada que fa fàcil la consulta. D'altra banda, malgrat ser una obra col·lectiva, tant l'estil com l'exposició dels diferents capítols és molt homogènia, així com també clara, cosa que facilita una lectura global per a totes aquelles persones que estiguin interessades en la visió de conjunt. Efectivament, l'obra comentada aconsegueix oferir una perspectiva general coherent i estructurada del Dret Públic de les Illes Balears, que fa que el volum no només sigui susceptible de consulta puntual, sinó també una introducció clara i panoràmica al seu objecte.

II

El primer capítol, a càrrec de Bartomeu COLOM PASTOR, professor titular jubilat de Dret Administratiu de la Universitat de les Illes Balears, consisteix en una introducció històrica d'una enorme utilitat per entendre les singularitats del règim d'autonomia de les Illes. El segon capítol, a càrrec de Maria BALLESTER CARDELL, professora contractada doctora de Dret Constitucional de la Universitat de les Illes

Balears, i de Lluís J. SEGURA GINARD, un dels directors de l'obra, enllaça amb l'exposició històrica inicial per identificar i desenvolupar els elements distintius del règim d'autogovern, entre els que cal consignar aspectes com els símbols o el territori, amb un interès especial pels elements diferencials, que es projecta en l'exposició sistemàtica de les diferents matèries que s'ofereix en els capítols següents. El capítol dedica una atenció especial al règim lingüístic.

El professor COLOM PASTOR és també l'autor del capítol tercer, dedicat a la ciutadania de les Illes. En aquesta part del llibre, es presta atenció especial a la qüestió dels drets estatutaris, un aspecte que s'ha introduït en els estatuts d'autonomia de diverses comunitats en diferents reformes operades al llarg del segle present. Aquest, de fet, és l'aspecte més significatiu de l'anomenada ciutadania autonòmica, encara que, com destaca el text comentat, el seu desenvolupament positiu és més aviat poc consistent.

Seguidament, una vegada exposats els fonaments substantius de l'autogovern, se situa un capítol dedicat al sistema de fonts, que signen els dos directors de l'obra. D'una manera clara, sistemàtica i succinta, s'analitzen qüestions com la relació entre l'ordenament jurídic estatal i l'autonòmic, la naturalesa jurídica de l'Estatut d'autonomia, la posició de la llei autonòmica o diferents qüestions en relació amb les normes reglamentàries, tot prestant atenció, com d'altra banda, es fa al llarg de l'obra, als consells insulars, element singularíssim del sistema institucional de les Illes Balears.

A continuació, el règim competencial de les Illes Balears és examinat per Jaume MUNAR FULLANA, cap del Servei Jurídic d'Urbanisme del Consell Insular de Mallorca. En aquest capítol s'exposen, novament amb claredat i sistemàtica, els elements més importants del model de repartiment de competències en el sistema constitucional i la seva projecció a l'hora de definir materialment l'àmbit d'autogovern específic de les Illes Balears. Seguidament, es passa a la descripció del sistema institucional, qüestió que, per la seva complexitat i extensió, es desenvolupa en tres capítols diferents.

En el capítol sisè, elaborat per Vicenç J. CALAFELL FERRÁ, professor associat de Dret Constitucional de la Universitat de les Illes Balears, i Esperança MUNAR PASCUAL, lletrada oficial major del Parlament balear, s'introdueix el sistema institucional i s'analitzen amb detall les dues institucions centrals del règim d'autogovern, a saber, el Parlament i el Govern, desenvolupant l'exposició d'acord amb la lògica del règim parlamentari i exposant les característiques específiques que aquest règim assumeix en el cas de les Illes Balears. Seguidament, el capítol setè, elaborat pels professors de Dret Administratiu de la Universitat de les Illes Balears Aina SALOM PARETS, Joana M. SOCIAS CAMACHO i Bartomeu TRIAS PRATS, així

com també per un dels dos directors de l'obra, Avel·lí BLASCO ESTEVE, es concentra en l'estructura administrativa de la comunitat autònoma, prestant atenció particular als consells insulars i als municipis i altres ens locals.

L'exposició del sistema institucional finalitza amb un capítol dedicat als anomenats altres òrgans estatutaris, això és, al Consell Consultiu, el Consell Econòmic i Social, la Sindicatura de Greuges, la Sindicatura de Comptes i el Consell Audiovisual de les Illes Balears. Aquest capítol ha estat elaborat pels ja esmentats BLASCO ESTEVE, TRIAS PRATS, SALOM PARETS i MUNAR FULLANA, als que s'afegeix Carmen FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, professora titular jubilada de Dret Financer i Tributari de la Universitat de les Illes Balears. Novament, malgrat la diversitat temàtica i també d'autoria, s'aprecia una consistència i una claredat remarcables. Seguidament, hi ha un capítol dedicat a una de les qüestions més problemàtiques i, en la meva opinió menys satisfactòriament resoltes del desplegament de l'Estat de les autonomies, això és, el poder judicial. El capítol, redactat per BALLESTER CARDELL, ofereix una fotografia de l'estat de la qüestió en el moment present a les Illes, prou clara i informativa.

El penúltim capítol fa una exposició sumària, però consistent i ordenada, de les relacions de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears tant amb les institucions centrals de l'Estat com amb les altres comunitats autònomes, posant de manifest un altre dels dèficits més remarcables de l'Estat autonòmic, això és, les relacions interinstitucionals. Aquest capítol ha estat redactat per CALAFELL FERRÁ i inclou també un apartat dedicat a les relacions amb la Unió Europea i a l'acció exterior de les Illes Balears. Per finalitzar, el darrer capítol, dedicat a la hisenda i elaborat per FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, complementa l'exposició sistemàtica del Dret Públic de les Illes amb una perspectiva en relació amb les qüestions financeres.

III

En conjunt, es tracta d'una obra d'estructura diàfana, de factura impecable i de gran utilitat. En aquest sentit, cal remarcar que, òbviament, té un interès especial des del punt de vista de l'estudiant universitari de les Illes que segueixi assignatures que facin referència a les matèries abordades per la publicació. En definitiva, és un manual, un manual, però, particularment ben elaborat. Així mateix, com assenyala el professor BLASCO ESTEVE en el pròleg, és d'interès per a altres persones que hagin d'estudiar la matèria que s'hi tracta, com és el cas del públic opositor. Serveix també com a obra de consulta actualitzada, a partir de la qual resseguir amb major profunditat els diferents aspectes que s'hi tracten. Al meu entendre, a més, és una

obra útil i interessant per als iuspublicistes valencians i catalans, que poden trobar elements d'anàlisi comparada per als seus respectius règims d'autogovern. En definitiva, no només per l'objecte d'estudi, sinó també per la perspectiva i l'estil amb què s'ha enfocat, es tracta d'un treball de referència per un públic ampli i divers, una aportació extremadament significativa al coneixement del règim d'autogovern de les Illes en el seu quarantè aniversari.

Jordi Jaria-Manzano

Manual civil y fiscal de los pactos sucesorios en el Derecho Civil de las Illes Balears. B. BIBILONI GUASP. València: Tirant lo Blanch, 2023 (amb la col·laboració del Col·legi Notarial de les Illes Balears).

I

Aquí tenim un llibre imprescindible per als operadors jurídics i estudiosos del Dret civil successori, un *must*. Una autèntica joia de la bibliografia civil balear, i per a mi un motiu d'alegria i també un honor poder fer aquesta recensió.

El seu autor és Bartomeu BIBILONI GUASP, notari d'Alcúdia i president del Consell Assessor de Dret Civil de les Illes Balears entre els anys 2017 i 2023, redactor de la Llei 8/2022, d'11 de novembre, de successió voluntària paccionada o contractual de les Illes Balears, aprovada per unanimitat pel Parlament de les Illes Balears. Aquesta doble condició de notari i president de dita institució, dedicada a l'estudi i assessorament en matèria de Dret civil de les Illes Balears, marca i caracteritza aquest llibre. En l'autor coincideixen, per tant, la vessant pràctica del Dret civil i alhora la teòrica doctrinal. Una combinació perfecta.

Personalment he tengut la sort i privilegi de compartir aquests anys al Consell Assessor amb l'autor. Són moltes hores de feina, conversa i anècdotes viscudes, de les quals n'han sortit aprenentatges i acompliments, entre d'altres la Llei 8/2022 esmentada.

II

El llibre que l'autor batia com a Manual és exhaustiu, casuístic, pràctic i útil. Exhaustiu, perquè tracta totes i cada una de les matèries i perspectives dels diferents pactes successoris de les Illes Balears, i no deixa cap punt sense analitzar. En aquest sentit podríem dir que té voluntat enciclopèdica pel que fa a la matèria que estudia. I és des d'aquesta perspectiva que també es pot qualificar de casuístic, que no és sinó un tret reflex de la realitat de les herències en vida i la seva combinatòria amb testaments anteriors i posteriors. I, finalment, és molt pràctic per a advocats, jutges, notaris, registradors, professors... ja que intenta resoldre tots els dubtes que es puguin generar aportant raonaments i argumentacions que ajuden a bastir el pensament jurídic. Qualificatius que són mirall del seu autor, una persona amb una gran capacitat analítica (per a mi el seu tret més definidor), exhaustiu (és capaç de contemplar totes les possibles opcions a qualsevol situació jurídica), pràctic i generós. La dedicació,

treball i saviesa en la gestió humana del grup, en la presidència del Consell Assessor, no es poden sinó de qualificar d'enormes i, sens dubte, són una de les causes, sinó la més important, de l'origen de la Llei 8/2022, que és la que ha donat peu a escriure aquest llibre.

III

La matèria sobre la qual versa aquest llibre són els pactes successoris del Dret civil de les Illes Balears. Es tracta d'institucions seculars de les quals es té constància des de l'edat mitjana (la definició apareix ja recollida en el Privilegi del Rei en Jaume I, a la *idus* de març de 1274). En els darrers anys, aquestes vetustes figures jurídiques han viscut un autèntic renaixement. La seva pràctica ha passat de ser residual o inexistent (a l'any 1973, Francisco Noguera Roig afirmava que «según datos comprobados por la propia Comisión redactora del Anteproyecto Balear, durante los setenta años últimos, solamente se otorgó una vez esta clase de donación el año 1901»),[1] a viure una autèntica implosió. Efectivament, aquestes herències en vida estaven penalitzades fiscalment ja que es considerava, a efectes de l'Impost sobre la renda de les persones físiques, que no tenien naturalesa successòria, sinó que sols eren donacions ordinàries (segurament influïa i molt el fet que el Dret del Codi civil no sols no permet aquests pactes, sinó que expressament els prohibeix). Doncs bé, des de la Sentència de 9 de febrer de 2016 del Tribunal Suprem, la situació ha canviat radicalment.

Els pactes successoris introdueixen elements de flexibilitat i llibertat en la transmissió patrimonial i en la successió entre generacions, que els converteixen en molt útils per moltes i diverses raons que són exposades gràficament per l'autor.

El llibre en si mateix és una gran i bona notícia per al Dret civil de les Illes Balears. Un Dret amb molt poc desenvolupament legislatiu (bàsicament una Compilació de vuitanta-sis articles, la Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estables, i la Llei 8/2022, ja esmentada), escassíssima jurisprudència i quasi inexistent doctrina. Després de la Llei 8/2022, aquest Manual és el perfecte complement doctrinal.

I és que els operadors jurídics balears estam vivint un autèntic canvi de paradigma. Efectivament i contràriament al que ha passat en les darreres dècades, veim com la successió contractual ha esdevingut una pràctica habitual i freqüent. Això no obstant, la formació rebuda (bàsicament del Dret del Codi civil) i la mentalitat d'aquests

[1] NOGUERA ROIG, F. «Panorámica del Derecho Foral» en la *Jornada de derecho foral en homenaje al ilustre letrado Don Félix Pons Marqués*. Palma: Gráficas Miramar, Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, 1973, pàg. 21.

operadors s'ubica en el marc entre la successió testada i la intestada; en canvi, la successió contractual fins fa poc era una «rara avis». Així, quan hi havia un buit legal, hi havia la tendència d'anar al Dret del Codi civil, ja sigui a la llei, a la seva jurisprudència o a la seva riquíssima doctrina. Però molt sovint aquest Dret xocava amb els principis generals del Dret civil de les Illes Balears. L'obra que ara comentam serà una eina utilíssima per als operadors jurídics per interpretar la complexíssima regulació dels pactes successoris de les Illes Balears.

IV

Pel que fa a l'estructura del llibre, cal destacar el seu minuciós i detallat índex que en facilita la consulta. El Manual està dividit en quatre llibres. El primer versa sobre els pactes successoris en general, el segon està dedicat als de Mallorca i Menorca, el tercer s'ocupa dels pactes d'Eivissa i Formentera i un darrer llibre tracta sobre les normes fiscals aplicables a aquestes institucions civils.

El llibre primer, titulat «Los pactos sucesorios en general», té dos títols. El primer és una introducció sobre la seva evolució als darrers lustres, del perquè del *boom* actual i de la Llei 8/2022. El segon títol analitza el Dret internacional privat, en especial en relació amb l'importantíssim i revolucionari Reglament 650/2012, de 4 de juliol, de successions europeu. Aquesta, sens dubte, és una matèria de gran interès a les nostres Illes, amb una població estrangera resident molt elevada. Si, a l'enorme combinatòria d'aquestes figures jurídiques, hi afegim l'element internacional i la possibilitat de pactes successoris i testaments en diferents territoris, en resulta una temàtica molt tècnica i complexa, però que l'autor l'aborda amb la valentia i el rigor que el caracteritzen.

El llibre segon es dedica als pactes de Mallorca i Menorca. S'ha de dir que, fins a la reforma introduïda per la Llei 7/2017, de 3 d'agost, no era possible fer pactes successoris a Menorca, ja que en la remissió genèrica al Dret de Mallorca de l'article 65 de la Compilació se'ls excloïa. Aquest llibre té dos títols. El primer tracta de la donació universal, el pacte successori sens dubte més complex. L'autor examina els subjectes, la capacitat, la representació, els elements objectius, els requisits formals, el contingut, la modificació, els efectes durant la vida del donant i una vegada mort. Convé destacar aquí els apartats dedicats a la novació (que ara té un article especialment dedicat en la Llei 8/2022), al nou dret de retracte en cas de premoriència del donatari i a la revocació de les donacions que ha vist notablement ampliades els supòsits. El títol segon és per a la definició, el pacte successori més popular. Després de l'origen històric, l'autor estudia la seva sempre discutida naturalesa, per passar

després a les característiques, classes, elements subjectius, objectius i efectes dels pactes de definició (computació, col·lació, testaments anteriors i posteriors, donacions universals...), la resolució i la revocació.

El llibre tercer és el relatiu als pactes successoris d'Eivissa i Formentera. Hom pot demanar per què l'autor diferencia Eivissa i Formentera. La resposta seria perquè la Llei 8/2022 ho fa; però aleshores ens hem de demanar per què la Llei ho regula de forma diferent. Aquesta és una de les claus d'aquest text legislatiu i del Dret civil de les Illes Balears. La resposta pot semblar òbvia, i és perquè som un arxipèlag, és a dir, no hi ha continuïtat territorial a la nostra comunitat, la qual cosa marca i de forma profunda qualsevol aspecte de la realitat balear i el Dret també. La mar és la frontera natural de cada illa i el marc mental dels seus habitants. Durant segles, les comunicacions eren molt limitades (fins el segle XX no hi havia línies regulars de navegació entre illes, i no és fins ben entrada la segona meitat del segle XX que hi ha línies regulars d'aviació). De fet, la Compilació té tres llibres, un per Mallorca, un per Menorca i un tercer per Eivissa i Formentera. Hi ha qui diu que en realitat hauríem de parlar, no d'un Dret civil de les Illes Balears, sinó de drets civils de les Illes Balears. La complexitat i pluralitat del sistema jurídic balear és sens dubte tributari de l'estructura geogràfica insular. I, en el camp del dret successori, aquesta diferenciació està molt marcada, ja que Eivissa i Formentera presenten principis i institucions pròpies i diferenciades. Entendre i acceptar aquesta realitat com una riquesa és i serà la clau per al desenvolupament legislatiu del nostre Dret civil propi. El llibre té tres títols. El primer, de caràcter general, sobre les disposicions comunes en els diferents pactes successoris. El segon títol es dedica als pactes d'institució (característiques, elements objectius, formals...), aturant-se l'autor en particular sobre la diferenciació entre els de títol universal (amb o sense transmissió de béns) i el de títol singular (amb o sense transmissió de béns), aquest últim conegut popularment com *de llegat*, desconegut a Mallorca i Menorca, i molt usat per la població pitiüsa. En el títol tercer es procedeix a l'estudi dels pactes successoris de renúncia, els finiments. BIBILONI analitza les característiques, els subjectes, capacitats, representació... És interessant l'explicació sobre el finiment general de llegítima i l'especial (amb la nova regulació introduïda per la Llei 8/2022 que dona encara més opcions) i els seus efectes. Aquest llibre tercer dels pactes successoris pitiüsos reflecteix amb tota la força el principi general de la llibertat contractual successòria, que és un dels pilars i fonaments del Dret successori balear, i que es manifesta amb especial intensitat en el Dret d'Eivissa i Formentera.

Finament, el llibre quart es reserva a les normes fiscals aplicables als pactes successoris. Es tracta d'una qüestió, la fiscal, de gran transcendència en aquestes

figures jurídiques, ja que la mort (real o virtual amb les herències en vida) sempre té un impacte fiscal. Són pocs els civilistes que pensen i gosen entrar a valorar l'impacte fiscal (i que sempre hi és) de les institucions civils que examinen; per tant, és d'agrair, i molt, que l'autor hagi analitzat (i amb quina profunditat!) l'àrid camp de la fiscalitat. BIBILONI estudia l'Impost sobre successions i donacions, l'Impost sobre la renda de les persones físiques i l'Impost municipal sobre l'increment de valor dels terrenys de naturalesa urbana.

V

L'autor comença la introducció del llibre amb la frase: «Querido lector: Aquí tienes todo lo que sé sobre los pactos sucesorios». La veritat és que allò que BIBILONI sap i recull (en més de 800 pàg.) és moltíssim. En definitiva, un gran llibre-manual.

Miquel Àngel Mas Colom

Regular los alquileres. La lucha por el derecho a una vivienda digna en España. A. NOGUERA FERNÁNDEZ (coord.). València: Tirant lo Blanch, 2022.

I

Aquest llibre és un recull de nou articles al voltant de la temàtica del lloguer d'habitatges des d'enfocaments investigadors i professionals diversos.

El punt de partida dels estudis és el moment i el perquè del sorgiment, actual, de la preocupació social pel tema del lloguer. Ens referim a l'esclat, en el període 2007-2008, de la bombolla especulativa. A partir d'ell, la banca i la legislació espanyola varen donar prioritat a la construcció o a la compra de propietat immobiliària per llogar, deixant en un segon pla, per mor del risc excessiu, el mercat hipotecari.

Tot aquest malestar i preocupació ha dut a expressions i nous conceptes que es troben al llarg de tota l'obra i la fan, sens dubte, de reclam actual: precarietat «habitacional», zones tensades, desnonaments invisibles, sociologia propietarista, negoci del *Built to Rent*, cultura de la tinència, *gentrificació*...

II

El primer bloc d'estudis («¿Cómo hacer frente a la subida del alquiler? Regulación de los precios y parque público de alquiler social») s'inicia amb l'aportació del coordinador de l'obra, Albert NOGUERA qui, des de la vessant del dret constitucional, parla de: «Regular los alquileres en un escenario hostil: La función social de la propiedad y la lucha por el derecho a la vivienda en España».

Es pot destacar del seu estudi que, malgrat se centra en el recorrent concepte de «funció social», ens sorprèn aportant una visió provocadora de la mateixa, que ens la revela com un paràmetre de judici responsable del fet que no avancin les intervencions públiques en el contracte de lloguer. És a dir, en dit concepte es recolzarien les limitacions que sofreixen les lleis i les accions normatives pioneres en la definitiva intervenció en el preu del lloguer.

L'estudi entra, de manera molt completa, a explicar el camí històric de lluita de classes i les seves forces correlatives, que es troba baix la noció de «funció social». Aquesta no és innata a la propietat sinó que és un recurs juridicodiscursiu pel qual l'Estat ha de redistribuir els recursos; per tant, és una eina revolucionària, no prèviament definida. Així, la culturització de la propietat privada individual, com a forma hegemònica, du al fet que la funció social sigui vista com a sospitosa pel sistema jurídic, essent la

juridicitat la manera amb la qual els qui tenen el poder imposen les normes jurídiques i les formes de propietat funcionals als seus interessos.

A continuació, també des del punt de vista constitucional, Marco APARICIO reflexiona sobre «La vivienda como derecho y la limitación de la propiedad privada y del mercado: Comentarios a propósito de la Ley catalana 11/2020 de contención de precios del alquiler».

L'autor se centra en la legislació catalana, des de la previsió de l'article 26 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, fins a la Llei 11/2020, de 18 de setembre, passant per tots els intents normatius previs d'abordar el contracte de lloguer (Llei 18/2007, Llei 24/2015). Observam com, amb cada regulació autonòmica del lloguer, es pugen esglaons d'avanç social en aquesta temàtica. Les primeres propostes se centren només en persones en exclusió social. S'avança, posteriorment, cap a un control més ampli del contracte, ja no per la vulnerabilitat extrema de l'arrendatari, sinó amb les tipologies d'arrendador, i es comença a parlar de grans tenidors. Actualment, el *quid* del tema és la proposta concreta de control de rendes, amb la figura de l'índex de referència i el mapa de zones tensionades. L'objectiu final és aconseguir preparar una llei de regulació integral del contracte de lloguer.

En aquest article, APARICIO no es basa només en la legislació catalana, sinó que insereix la mateixa en un marc més ampli, on l'eix principal no és la particularitat d'un contracte, sinó fixar el contingut d'un dret humà a l'habitatge, centrant-se en l'habitatge com a bé imprescindible per a l'exercici dels drets fonamentals, enfront a la visió d'un immoble despersonalitzat com a bé d'inversió. Per això, ens ofereix importants referències des de la perspectiva internacional i europea, sostenidores de l'actuació del legislador català, perquè no va trobar, en aquell moment, un marc adient en el dret espanyol. Fixats aquests sòlids fonaments per a la intervenció legislativa, l'autor fa una anàlisi exhaustiva de la legislació catalana, en especial, de la Llei 11/2020, i de les resolucions del Tribunal Constitucional que han desarticulat la columna vertebral de la legislació catalana.

En tercer lloc, Ignacio COLLADO, jurista amb una perspectiva activa en la defensa dels drets humans, entra en una altra gran qüestió, inexistent fins fa molt poc: la regulació del dret a l'habitatge des del punt de vista estatal, més enllà del contracte privat de lloguer urbà, com a eina que, fins ara, havia servit per fer efectiu el dret d'habitatge. Així, trobam l'article: «Comentarios y discusiones sobre la regulación del alquiler en el proyecto de ley por el derecho a la vivienda en el Estado español: regular, incentivar o desmercantilizar».

L'autor realitza una anàlisi molt detallada de la norma (Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge), quan era només projecte de llei, i aborda també el revelador

informe del Consell General del Poder Judicial que es mostra poc favorable a la intervenció en el mercat del lloguer i que avisa de la competència autonòmica en aquesta matèria, quan, paradoxalment, les regulacions autonòmiques han estat objecte d'impugnació constant per part de l'Estat.

COLLADO, així com avançam en la lectura, es mostra bastant crític amb aquesta norma, pel fet que la regulació del preu del lloguer no dona una solució real al problema, ja que, tant en l'àmbit d'aplicació previsible, com en la fixació de topalls màxims, és poc ambiciosa. L'exclusió de les persones físiques del concepte de grans tenidors i la gran capacitat de discrecionalitat a les comunitat autònomes, a l'hora de definir zones de mercat tensat, la faran poc efectiva. En definitiva, l'autor conclou que amb aquesta norma es perd l'oportunitat de *desmercantilitzar* l'habitatge.

Jordi BOSCH, arquitecte, i Carme TRILLA, economista (ambdós, investigadors a l'Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona), tanquen el primer bloc temàtic amb el capítol: «¿Un parque de alquiler social en España? Reflexiones para su futura creación».

Per una banda, s'analitza el marc teòric de l'habitatge de lloguer social des de la seva conceptualització a *escala micro* (preu inferior al de mercat i existència de criteris d'elegibilitat per la seva adjudicació) i des de la influència, funció i encaix en cada sistema d'habitatge (*escala macro*). Per altra banda, els autors exposen amb exhaustivitat el sistema d'habitatge de lloguer social a Espanya, tant des d'una perspectiva europea comparada, com des d'una perspectiva històrica.

La seva conclusió, al marge de constatar que no hi ha hagut a Espanya una vertadera voluntat política per fomentar, a llarg termini, el lloguer social, és que hi ha greus obstacles que, sense resoldre's, difícilment prosperarà l'opció del lloguer social: la viabilitat econòmica de la promoció i el seu encaix urbanístic.

III

El segon bloc de l'obra, amb el títol «Alquiler y especulación», no ens sorprèn que emfatitzi la relació entre el model turístic i el problema de l'habitatge.

En primer lloc, Andrei QUINTIÁ, des del prisma del dret administratiu, ens parla de: «Pisos turísticos y gentrificación. La regulación de los alquileres vacacionales en la ciudad sostenible».

L'autor analitza el fenomen del lloguer turístic com a lloguer de curta durada i no amaga els seus beneficis, com l'eficiència en l'aprofitament dels espais, que fa la ciutat més sostenible, i la facilitat de revertir l'oferta, la qual cosa, en termes de sostenibilitat és també rellevant. Com externalitats del fenomen, s'analitza la conseqüència del desplaçament del residents cap a altres barriades i també l'especulació urbanística.

A continuació, trobam l'estudi de tota la regulació dels habitatges d'ús turístic, des d'una comparativa de grans ciutats estrangeres, fins al cas espanyol, centrant-se en una panoràmica de les legislacions administratives autonòmiques i municipals i en les resolucions judicials. Conclou suggerint regulacions generals d'alguns àmbits d'aquesta activitat, com un registre i una documentació mínima; i que tot el desenvolupament de la figura s'hagi d'encaixar sempre dins d'uns objectius superiors: aconseguir un creixement sostenible de l'oferta turística i una política d'habitatge basada en un model més humà.

En segon lloc, «¿Viviendas vacías y gente sin casa? La regulación de la vivienda vacía en la ley estatal» és el treball de l'arquitecta Raquel RODRÍGUEZ.

Just llegir el títol, i ja ens acompanya, com a fil musical durant tota la seva lectura, la banda sonora de la pel·lícula «Cerca de tu casa» (2016), especialment, amb la veu de Silvia Pérez Cruz, cantant aquella veritat que ens va avergonyir com a societat: «Es indecente y es indecente / Gente sin casa y casa sin gente».

Així, en aquest estudi, l'autora analitza en profunditat el tan polititzat concepte de «casa vacía» i presenta la funció social de la propietat com a eina per fer-hi front.

Ens introdueix dins el model anglès i francès i entra a analitzar les solucions que aporta al respecte la Llei 12/2023, d'habitatge (projecte de llei en aquell moment), considerant-la com un gran avanç, però limitat, ja que algunes comunitats autònomes han estat ja més agosarades. Acaba destacant que, amb la Llei, les administracions gaudiran d'un cens d'habitatges i proposa incidir en les mesures de seguiment, per poder rectificar les dades i controlar els efectes negatius en temps real.

En tercer lloc, «Regulación y control administrativo de la intermediación inmobiliaria en el alquiler y en la compraventa de viviendas», d'Elisa MOREU, és una investigació en matèria de dret administratiu en relació amb el contracte d'intermediació immobiliària. Ofereix una àmplia anàlisi de jurisprudència d'audiències i del Tribunal Suprem i evidencia la manca de protecció del consumidor davant les pràctiques abusives, especialment, en relació amb les comissions i en la «hoja de visitas».

L'autora, proposa analitzar el futur d'aquesta professió en un marc de digitalització, que s'harmonitzin les regulacions per tal d'evitar el descontrol professional i que es prengui consciència de la desprotecció real del consumidor espanyol, sobretot del cercador de lloguer, en relació amb l'assessorament i la manca d'informació veraç.

Finalment, Natalia CAICEDO, amb el títol «Los desahucios por impago de alquiler: propuestas para hacerles frente», entra en el tema de la transformació dels immobles, de bé d'ús de l'habitatge a bé d'inversió, la qual cosa ha augmentat l'especulació immobiliària i ha suposat un canvi en la situació dels llogaters, per als qui la regulació de desnonament és essencial.

L'autora aborda la situació des de la normativa internacional, amb la tasca del Comitè de Drets Econòmics, Socials i Culturals i del Parlament europeu. Entra després a analitzar la desprotecció enorme enfront a la qual va quedar el llogater amb la regulació del desnonament exprés (per la conjunció de les lleis 19/2009, de 23 de novembre, de mesures de foment i agilitació processal del lloguer i de l'eficiència energètica dels edificis; 37/2011, de 10 d'octubre, de mesures d'agilitació processal, i 5/2018, d'11 de juny, de modificació de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil, en relació amb l'ocupació il·legal d'habitatges). El resultat és ben visible: des de 2012, els desnonaments estan al voltant de 70.000 per any.

Així, el que s'observa és que tota la legislació s'enfoca en el foment de la perspectiva inversora, enfront a la residencial, de l'habitatge.

Davant aquest desert de protecció, la legislació autonòmica ha intentat combatre els desnonaments de persones vulnerables, especialment quan es tracta de lluitar contra els grans desnonadors (bancs i els seus fons d'inversió). També ho han fet els tribunals internacionals, amb els principis de proporcionalitat i de raonabilitat (del Tribunal Europeu de Drets Humans).

La conclusió principal de l'estudi és evidenciar que els intents de protecció de l'ordenament espanyol s'han centrat en l'adopció de mesures cautelars davant instancies internacionals i que aquestes són excepcionals i no solucionen el problema espanyol, focalitzat en el fet que la discussió jurídica se situa en qüestions d'impagament del lloguer i no s'habilita un espai processal que permeti la valoració de les conseqüències després de l'ordre de desnonament, la situació de risc *habitacional* o l'apujada de preus.

IV

En definitiva, els nou treballs que donen forma a aquest llibre són, molt més enllà del que inicialment s'espera, pel reclam publicitari del títol conjunt, aportacions exhaustives, amb gran maneig de bibliografia i de dades macroeconòmiques i legislatives, impossibles de fer-les justícia en aquesta breu ressenya.

És una obra de lectura molt recomanable pels convençuts que l'habitatge és, per damunt de tot, un bé imprescindible per poder fer efectius drets humans, ja que gaudiran de les seves conviccions; i també molt recomanable per als qui encara hi tenen algun dubte, ja que trobaran raons de pes per decantar-se cap a la part de la balança de la humanització, enfront a la de la inversió.

Francesca Llodrà Grimalt