

15

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

La revisió judicial del contracte

•

L'acció exterior a les Illes Balears

•

*El creditor envers la rendició de comptes
de l'administració concursal*

•

*La llicència urbanística de legalització
en la Llei 2/2014, de 25 de març*

2017

rjib15

La revisió judicial del contracte

•

L'acció exterior a les Illes Balears

•

*El creditor envers la rendició de comptes
de l'administració concursal*

•

*La llicència urbanística de legalització
en la Llei 2/2014, de 25 de març*

2017

Coedició

Institut d'Estudis Autònoms
C/ de Sant Pere, 7, 4t
07012 Palma de Mallorca (Illes Balears)
Tel.: 971 176586 / Fax: 971 176006
iea@caib.es

Fundació per a la Pràctica Jurídica
Ramblas, 10
07003 Palma de Mallorca (Illes Balears)
Tel.: 971 179409 / Fax: 971 719206
fpj@icaib.org

Subscripcions i contacte

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

ISSN: 1697-1272

.....
Director Carlos Gómez Martínez

Consell de redacció Felio J. Bauzá Martorell

José Ángel Torres Lana

Antonio J. Terrasa García

Tomás Mir de la Fuente

Antonio Cañellas Escalas

Jeroni Mas Rigo

Carlos Jiménez Gallego

Margarita Cunill Crespí

Ángel C. Navarro Sánchez

Antoni Canals Prats

Secretària Nuria García Canals
.....

De l'edició: © Fundació per a la Pràctica Jurídica i Institut d'Estudis Autònoms

Dels textos: © Els autors

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

ELS ARTICLES EXPRESSEN EXCLUSIVAMENT L'OPINIÓ DELS SEUS AUTORS.

rjib15

SUMARI

ESTUDIS

José Antonio Doral García. <i>La revisión judicial del contenido del contrato: la cláusula rebus sic stantibus y la cláusula penal</i>	11
Joan David Janer Torrens. <i>L'acció exterior de les Illes Balears en el marc de la Llei de l'acció i del servei exterior de l'Estat i de la Llei de tractats</i>	33
Rafael Lara González; Juan Martín Armendáriz Íñigo. <i>El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal</i>	59
Jaume Munar Fullana. <i>Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl, i en el seu desplegament reglamentari a l'illa de Mallorca</i>	93

COMENTARIS I NOTES

Margarita de los Reyes Cunill Crespí. <i>La interpretació del termini legal d'execució de les ofertes públiques d'ocupació: cap a un increment exponencial de la temporalitat en la funció pública</i>	123
Tomás Mir de la Fuente. <i>Un nuevo y singular diccionario jurídico</i>	137

Ricardo J. Navarro Gómez. <i>Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad en el artículo 7 de la Ley 35/2006 del IRPF</i>	151
Ángel Custodio Navarro Sánchez. <i>La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses). Una visió, des del dret, d'allò que és tangible i d'allò que és intangible o immaterial</i>	171
María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano. <i>Reflexiones sobre el child grooming. A propósito del libro «El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores»</i>	199
Miquel Pons-Portella. <i>Estudi de la Llei 46/1981, de 29 de desembre: l'origen del «descompte de resident»</i>	221

JURISPRUDÈNCIA

CONSTITUCIONAL, per Jaume Munar Fullana	246
DRET CIVIL BALEAR, per Miquel Masot Miquel	277
CIVIL, per Carlos Gómez Martínez	290
PENAL, per Antonio J. Terrasa García	297
CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, per Fernando Socías Fuster	309
LABORAL, per Ferran Gomila Mercadal	323
ACTIVITAT REGISTRAL , per Antoni Canals Prats	335
ACTIVITAT NORMATIVA , per Lluís Isern Estela	345

LLIBRES

<i>La nueva coordinación Realidad-Catastro-Registro. Comentario jurídico a la Ley 13/2015, de 24 de junio.</i> JIMÉNEZ GALLEGU, C. Per Carlos Gómez Martínez	364
---	-----

<i>El régimen de segunda oportunidad del consumidor</i>	
<i>concurrido. SÁNCHEZ JORDÁN, E.</i>	
Per Eugenia Garcías de España	367
<i>La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido:</i>	
<i>derechos, expectativas e intereses. GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.</i>	
Per Cristina Gil Membrado	373

ESTUDIS

rjib15

ESTUDIS

LA REVISIÓN JUDICIAL DEL CONTENIDO DEL CONTRATO: LA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* Y LA CLÁUSULA PENAL

José Antonio Doral García

Catedrático emérito de Derecho Civil

Universidad de Navarra

I. Introducción. La vida del contrato: entre la certeza y la prudencia. II. Nuevas orientaciones. 1. *La teoría de la imprevisión.* 2. *Deberes de comportamiento.* 3. *Equilibrio de las prestaciones.* 4. *Buena fe.* 5. *Jurisprudencia evolutiva.* **III. La cláusula *rebus sic stantibus*.** 1. *Doctrina jurisprudencial.* 2. *Legislación.* 3. *Revisión y resolución.* 4. *Valoración crítica: la economía del contrato.* **IV. La cláusula penal.** 1. *La cláusula penal y sus funciones.* 2. *Revisión judicial de la cláusula penal abusiva.* 3. *Revisión judicial de la cláusula penal por alteración de las circunstancias.* **V. Breve conclusión.**

RESUMEN

En este estudio se analizan de forma conjunta las cláusulas *rebus sic stantibus* y cláusula penal, en función de la etapa de la vida contractual en que se cumplen sus presupuestos y en el contexto del debate doctrinal y jurisprudencial en torno al principio de fuerza obligatoria del contrato y las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico frente a los hechos sobrevenidos.

Palabras clave: revisión judicial, cláusula *rebus sic stantibus*, cláusula penal, modificación del contenido contractual.

RESUM

En aquest estudi s'analitzen de forma conjunta les clàusules *rebus sic stantibus* i clàusula penal, en funció de l'etapa de la vida contractual en què es compleixen els seus pressuposts i en el context del debat doctrinal i jurisprudencial entorn al principi de força obligatòria del contracte i les possibilitats que ofereix l'ordenament jurídic davant dels fets sobrevinguts.

Paraules clau: revisió judicial, clàusula *rebus sic stantibus*, clàusula penal, modificació del contingut contractual.

ABSTRACT

In this study, the clauses *rebus sic stantibus* and penal clause are analyzed jointly, depending on the stage of contractual life in which their budgets are fulfilled and in the context of the doctrinal and jurisprudential debate around the principle of obligatory force Of the contract and the possibilities offered by the legal order in relation to the facts that have arisen.

Key words: judicial revision, *rebus sic stantibus* clause, penal clause, changes in the contents of the contract.

I. Introducción. La vida del contrato: entre la certeza y la prudencia

Razones de método y de sistemática aconsejan el estudio conjunto de las cláusulas *rebus sic stantibus* y cláusula penal, atendiendo al tiempo o etapa de la vida contractual en que se desenvuelven los respectivos presupuestos. Las palabras sobreveniencia, alteración y cumplimiento o incumplimiento, previo o sucesivo, así lo requieren. En ambos casos la modificación o revisión judicial ha devenido materia de palpitante actualidad. Una cláusula que es objeto de pacto expreso —la cláusula penal— y otra que no lo es (la cláusula *rebus sic stantibus*), pero puede entenderse implícitamente que coinciden en dos notas: que su eficacia se produce en un momento avanzado de la vida del contrato, considerablemente separado, en términos cronológicos, de su conclusión; y que permiten o exigen la aplicación de la prudencia judicial.

La vida jurídica de las obligaciones contractuales se desenvuelve en el tiempo. Comienza con el otorgamiento del contrato que genera la «existencia» del contrato. En ese momento aparece la vinculación jurídica entre los contratantes, *vinculum iuris*, que como efecto corresponde a la máxima *pacta sunt servanda*. Principio que se ha de entender acomodado a las circunstancias, necesidades y concepciones de cada época. A partir de entonces se inicia la exégesis, fijación del sentido y alcance del texto de las cláusulas o estipulaciones, que se pliega a los hechos o circunstancias concurrentes en su conjunto como totalidad. De manera que el contexto temporal es clave para analizar la razón, teórica y práctica, de la estabilidad del contrato a que sirve la cláusula en examen *rebus sic stantibus*, y la cláusula penal atiende a los eventuales conflictos de incumplimiento o cumplimiento anómalo o defectuoso. Mantener en el tiempo previsto inalterada la relación contractual derivada, de manera que marque los derechos y obligaciones recíprocos todavía hoy navega con viento favorable por exigencias de seguridad jurídica: *Fidem tenere* y *pacta sunt servanda* manifiestan en la tradición jurídica la realidad del compromiso y la lealtad por la recíproca confianza debida. Al momento de incumplimiento del contrato o de alteración de circunstancias básicas remiten las cláusulas de resolución, la revisión judicial y, como remedio específico, la cláusula penal, apuntaladas hoy con la llamada buena fe objetiva y ésta, en vía de reforma, susceptible de moderación judicial del exceso o corrección de lo irrisorio. Aunque no significan lo mismo dichas cláusulas se configuran con un elemento común del entramado jurídico, precisamente la relación contractual como se pensó, con las obligaciones nacidas de convenio de prestaciones recíprocas, de largo plazo, según las circunstancias de cada caso.

Entre las notas características de todo convenio de obligación contractual prevalecen la certeza y estabilidad del *vinculum iuris*, que tradicionalmente se fundamenta en el referido principio *pacta sunt servanda*. En este inveterado principio general se inspira la noción clásica de contrato como acuerdo de voluntades, y también la noción más amplia de negocio jurídico. El negocio jurídico puede ser erigido a partir de un compromiso solitario, la declaración unilateral de voluntad, y al no jugar la reciprocidad con el equilibrio de las prestaciones no entra por sí mismo en el marco de la vinculación decisiva. Por lo común, los tratadistas explican el significado de «fuerza de ley» del contrato entre las partes contratantes como expresión con raíces históricas —no sin cierto tono enfático—, y observan que la nota de reciprocidad avala la histórica «intangibilidad» del vínculo obligatorio. Tiene importancia la distinción entre contratos con prestaciones recíprocas, mutuas y constantes, y compromisos o promesas unilaterales que han de completarse sucesivamente *ad alterum*.

Esta perspectiva temporal de la vida jurídica presenta entre sus rasgos la interacción permanente entre autonomía privada y las distintas fuentes de obligaciones; la tensión entre los principios generales, más comprensivos en rango, y la ley estatal. Pero esto no quiere decir que se opongan en la evolución de los preceptos a un nuevo derecho de los contratos. En atención al tiempo del contrato la buena fe es crucial. Diríamos que lo domina todo, como el espíritu del organismo o sistema jurídico. Opera desde la fase de formación al momento en que el contrato se otorga y despliega sus efectos a lo largo de su desarrollo. La presencia en el listado de cláusulas o estipulaciones frecuentes en contratos de larga duración, tracto sucesivo, como la cláusula *rebus sic stantibus* y la cláusula penal, cobra relieve en la literalidad de la fórmula elegida, el tipo o subtipo de contrato. La relación jurídica derivada del acuerdo originario provisto de la trama de los derechos y obligaciones se manifiesta como un presente continuo, mientras el contrato avanza en sus objetivos. También en la extinción o ruptura del lazo contractual, deshacer la atadura, con o sin liquidación prevista, enlaza con el programa contractual. En circunstancias sobrevenidas que alteran el equilibrio de prestaciones con grave peligro de la estabilidad, la adecuación o renegociación contractuales son preferibles a la resolución, *amplius valeat quam pereat*. Se propone como momento autónomo la revisión judicial, paréntesis en que se confiere al acuerdo de continuar el valor preceptivo como integrante de la regla contractual. Aunque falta unidad de pensamiento acerca de su configuración y finalidad, entre el contrato y las cláusulas generales el común sentir admite que se protege no al contratante en sí sino al que resulte deudor en virtud de un contrato. Nuestro Derecho tradicionalmente enaltece el principio voluntarista, que inclina a los autores a determinar el sentido en la interpretación de los actos jurídicos. Ello explica que predomine

La revisión judicial del contenido del contrato...

el sentido subjetivo que actualmente propende más a correcciones impuestas por la realidad del comportamiento o conducta exigibles que al sesgo objetivo de las circunstancias.

En estas páginas se ha procurado extraer de la doctrina y jurisprudencia los criterios y principios rectores obtenidos de la aplicación en la materia a partir de nuevas directrices que fijan el sentido y alcance.

El debate en torno al principio de fuerza obligatoria del contrato y a los remedios frente a los hechos sobrevenidos se inclina a la revisión judicial del contrato, entendida como etapa autónoma en ruta hacia la conclusión, criterio que promueve la jurisprudencia y acepta la Propuesta de reforma del Código Civil, objeto de examen más adelante. La común opinión abre puertas a la renegociación cuando el contrato no funciona, afectado por el riesgo concerniente al grave desequilibrio en las prestaciones recíprocas. Valga la expresión, cuando en realidad no rige la fuerza de la ley sino la ley de la fuerza que deja fuera de su control al obligado. Las nuevas corrientes autorizan en estos casos al desfavorecido a acudir a la vía judicial para pedir la modificación, o como regla supletoria la resolución. La ruptura como comportamiento individual de una sola de las partes se considera injustificada, salvo cláusula penal prevista o desistimiento. En cuanto a la naturaleza de este remedio, para unos se trata de una obligación civil de negociar impuesta por la gravedad de las circunstancias imprevistas y sobrevenidas. La fuente de la obligación reside en el mismo contrato; otros lo admiten como prudente excepcional principio *pacta sunt servanda*, con interpretación concreta de un deber de cooperación o solidaridad que implica recomponer por otros cauces el equilibrio roto. Se trata de un acuerdo de principio que requiere interpretación flexible, favorable al desfavorecido que en la vertiente procesal está legitimado *ad causam* en el proceso correspondiente. Plantear la modificación con base en una operación económica transnacional es acorde con la vertiente extraestatal del Derecho privado. El deber jurídico de cooperación existe en los contratos internacionales. La orientación progresiva y la praxis negocial parten del respeto a los pactos pero con nueva luz que admite la sucesiva renegociación en la misma relación contractual. Domina la idea de que toda ley y todo principio se adapten en cierta medida al espíritu de los tiempos presentes. Puesto que el contenido se enjuicia tomando como punto común de partida el momento de formación, es explicable que el estudio conjunto de la cláusula *rebus* y la cláusula penal facilite la comprensión teórica y práctica del valor actual del principio *pacta sunt servanda*. El significado así ampliado sostiene que mantener en vida a toda costa una relación contractual no tiene razón de ser, mientras que sí la tiene evitar la injusta distribución de la utilidad esperada a través del contrato conmutativo. Esta

debilitación del contenido del contrato o el adelanto de su finalización se justifican por las nuevas orientaciones emergentes.

II. Nuevas orientaciones

1. La teoría de la imprevisión

La reacción producida contra el conceptualismo defiende la «teoría de la imprevisión», que trata de atemperar el rigor de la inmodificabilidad y aligerar la cláusula penal. En términos generales, la construcción jurídica defiende que la prevención de las circunstancias en el momento de la formación no paraliza las imprevistas que sobrevienen durante la ejecución. Una solución satisfactoria sobre las circunstancias que hacen excesivamente gravosa para uno de los contratantes la prestación (sin acción voluntaria con posiciones desiguales) no estaba resuelta en las principales codificaciones europeas. Nuestro Código Civil no regula la alteración sobrevenida. En la práctica el infortunio suele surgir cuando finaliza el plazo de duración, morosidad, cuotas impagadas, etc. En la cláusula penal la desproporción entre los daños y perjuicios producidos por el incumplimiento y la sanción, que motiva serios problemas y supuestos litigiosos (STS Pleno 530/2016, de 13 de septiembre). El equilibrio de intereses se erige en punto de referencia de las reformas que progresivamente se van introduciendo en los Estados miembros de la Unión Europea. Como un eco del lema germánico *Modernisierung* que sistematiza y congrega el material interpretativo y jurisprudencial suena la necesidad de la reforma del sistema. En general se recompone el clásico respeto a los pactos con prospectivo cierto freno al referido énfasis retórico de la «fuerza de ley», y se generalizan excepciones no acomodadas al célebre principio de vinculación de los contratos. En definitiva el principio *pacta sunt servanda* entendido en la histórica versión quietista cede ante la liberalidad de revisión judicial. La actualidad del problema enlaza con los proyectos de codificación y armonización en el Derecho europeo que remeda nuestro sistema de derecho.

2. Deberes de comportamiento

Se insiste en deberes de conducta o comportamientos de cooperación que han de ser asumidos por los contratantes conforme a la naturaleza de las cosas; deberes de comportamiento que como medida de conservación de uso y disfrute de cosas ajenas o mejoras subsisten virtualmente extinguido el contrato, como expectativas, cargas o

La revisión judicial del contenido del contrato...

gravámenes; otros deberes se adhieren al anverso de la relación jurídica a efectos de responsabilidad («ex contrato o postcontrato»). En los contratos fácticos también rigen normas cuya imperatividad no descansa en la voluntad arbitraria sino hipótesis de tutela por el ordenamiento jurídico en calidad de deberes y comportamientos solidarios, exigibles.¹ Este tipo de deberes coincide con el arraigo de un modelo ideal de «economía colaborativa», que mira la libertad contractual desde la perspectiva de instrumentar una operación económica, o una explotación, extensiva al área de resarcimiento del daño de un eventual incumplimiento.² Reglas y conductas concurren en operaciones económicas insertas en el contrato. Se altera el contenido económico de un contrato a largo plazo, o tracto sucesivo, con proporcionalidad entre las prestaciones y se confirma que la propiedad obliga.

En definitiva, la clásica explicación del modelo de libertad contractual en que los contratantes determinan libremente las prestaciones solo supeditadas a las normas imperativas que limitan la autonomía de los contratantes actualmente se queda corto ante la evolución del sentir social, con correctivos al uso y categorías novedosas como la buena fe objetiva o el orden público económico. En nuestro ordenamiento jurídico, especialmente desde comienzos de siglo, la jurisprudencia reitera que no se infringe el precepto (art. 1091) cuando el Tribunal de instancia confirma que «la base del negocio» sufrió una grave y excepcional alteración en contra de lo que las partes podían presuponer.³

Entre las fases de generación y de consumación del contrato, adquiere singular relevancia jurídica la etapa de conservación: mantener, guardar o hacer durar, recomponer la base, que abarca la relación jurídica con deberes y comportamientos no previstos o imprevisibles a la hora en que adquiere fuerza de ley que, según viejos esquemas dogmáticos, idealistas y abstractos del efecto obligatorio, nace por sí. La duración puede anticiparse o prolongarse *ex post* o superar la existente.

¹ Vid. SANTOS BRIZ, J. «La fuerza vinculante del contrato. Especial consideración de los contratos fácticos: Derecho español y de la Comunidad Europea». *Revista de Derecho Privado*, núm. 7/8 (1993), págs. 651 y ss., y OSSORIO Y MORALES, J. «Notas para una teoría general del contrato». *Revista de Derecho Privado*, tomo XLIX (1965), págs. 1071 y ss.

² GABRIELLI, E. («*Operatione económica*» e *teoría del contratto*). Milán: Griuffré Editore, 2013, págs. 61 y ss.) identifica una categoría unitaria y compuesta que comprende el reglamento, todos los comportamientos que se dirigen a conseguir los resultados queridos, y la situación objetiva en la cual el complejo de reglas y las conductas se colocan y concurren para definir la relevancia sustancial del acto de autonomía.

³ Entre tantas otras, STS de 13 de junio de 1944 [RJ893 bis]; en el mismo sentido, STS de 23 de noviembre de 1962 [RJ5005].

3. Equilibrio de las prestaciones

En las nuevas direcciones objetivas la teoría general del contrato gira en torno al equilibrio de las prestaciones. Se trata de que en todo tiempo ambos sujetos de la relación jurídica mantengan idéntica posición originaria y cuenten con medios de defensa de los intereses recíprocos, sin quedar el contenido vacío por falta de cooperación en la emergencia que lo requiera. De modo que los esquemas clásicos de autosuficiente «declaración de voluntad» reciben censura de vituperables por descrédito social. Se rechazan como inadecuados para merecer «efectos normativos». La dinámica del contrato, abierta hoy al plano objetivo, económico y social, no se cierra en el inicio o creación de obligaciones. Mantiene esencialmente un efecto vinculante que sirvió de base para la formación de la voluntad negocial.⁴ De manera que el principio *pacta sunt servanda* no queda insoluble y definitivamente ligado a la voluntad individual, sino abierto a las consecuencias que corresponden a la normalidad en su caso de la operación económica, a que sirve con expresión razonable de la vida social. Los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas, condiciones o reglas específicas que tengan por conveniente, y estos pactos son obligatorios, siempre que no vayan contra la ley, la buena fe y el orden público, conductas del titular del derecho con nuevas fronteras. El artículo 1255 CC es la versión codificada del principio *pacta sunt servanda*, en el ámbito contractual con excepciones y restricciones.

4. Buena fe

A su vez, el modelo del ejercicio de los derechos y sus limitaciones se encuentra en el artículo 7.1 CC con las exigencias de la buena fe para la valoración lícita del objeto del contrato. La buena fe constituye un criterio de conducta que impregna el sentido y significación de los contratos y demás declaraciones de voluntad en el acuerdo y desacuerdo.⁵

5. Jurisprudencia evolutiva

En definitiva, en el contexto de vida social es razonable que los Tribunales puedan moderar en decisiones no teóricas sino determinar como derecho del caso concreto el

⁴ Vid. GHESTIN, J. «Le contrat en tant qu'échange économique». *Revue d'économie industrielle*, núm. 2 (2000), págs. 81 y ss.

⁵ Vid. DíEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, I. Introducción. Teoría del contrato*. Madrid: Civitas, 1993, p. 50.

La revisión judicial del contenido del contrato...

contenido de los contratos de tracto sucesivo, o de realización no rápida, ante condiciones graves o excesivamente onerosas en vía de ejecución; incluso, de ser oportuno, resolver lo que pretende el demandante ante un conflicto de intereses, ya sea la revisión de lo acordado, llegar a la resolución del contrato, con o sin incumplimiento, por usar mal o indebidamente alguna cláusula. En esta línea la inclinación europea pretende acercar la diversidad de soluciones hacia un denominador común en los contratos civiles y mercantiles, caracterizado por una lógica funcional de interés objetivo. La vía interna más apropiada al respecto es la jurisprudencia llamada «evolutiva», que renueva viejos esquemas de unidad estructural y modalidades con nueva capacidad de aplicación y expansión. No es la menor utilidad reducir soluciones, excluir cláusulas, reglas y dispositivos con presupuestos individualistas del siglo XIX. Desde años atrás se consolida la doctrina jurisprudencial según el modelo de la Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 216, de 12 de marzo de 1957, recaída en litigio sobre un contrato de seguro, calificado como contrato de adhesión, Sentencia de la que fue ponente el Magistrado Francisco Bonet Ramón. En uno de los considerandos sostiene que «las legislaciones modernas van limitando la eficacia de las cláusulas preestablecidas unilateralmente, aparte la fiscalización administrativa, sosteniéndose también la existencia en tales casos de un poder excepcional de interpretación en el juez, e incluso un poder de revisión para modificar en el contrato en la parte injusta. Doctrina muy a tono con el espíritu social que inspira que impregna actualmente nuestra legislación». La moderna doctrina y jurisprudencia admiten el poder de revisión en contratos civiles o mercantiles duraderos, ante circunstancias sobrevenidas que afectan gravemente el equilibrio de prestaciones.

III. La cláusula *rebus sic stantibus*

1. Doctrina jurisprudencial

La acción de revisión mediante el procedimiento judicial efectivamente correcto enlaza con los principios que deben inspirar lo útil y justo como finalidades objetivas del contrato. La jurisprudencia venía exigiendo la correspondencia en determinadas circunstancias del efecto normativo obligatorio que impone a los sujetos deberes de cooperación con el comportamiento para garantizar la continuidad o ruptura anticipada del acuerdo. La cuestión

estriba en si se puede alterar la identidad del contrato sin convertirse en otro diferente sin intervención de la ley; en el código no constaba la correspondiente expresión.⁶

En uno de los estudios más autorizados CANDIL analiza la cláusula *rebus sic stantibus* en torno a la modificación de las consecuencias normales del contrato por sucesivo cambio del estado de hecho, que considera como «tributo a los más altos principios de justicia».⁷ Acontecimientos no previsibles en el momento de la conclusión se han repetido en la historia con motivos de conflictos bélicos o naturales con incidencia económica y social. Tal es el caso de la devaluación monetaria adoptada como medida oficial después de la guerra civil, o sucesos naturales como eventos imprevistos. La jurisprudencia abordó, tiempo atrás, el problema de la devaluación y mantuvo un criterio de «extremada cautela» en la excepción a la cláusula *rebus*. A título de ejemplo, uno de los considerandos de la STS de 22 de septiembre 1943, en litigio con origen en un contrato de arrendamiento, fija el alcance del derecho de revisión de la renta en una medida excepcional. Se trata de una medida concedida a las partes contratantes para reparar la injusticia cometida al celebrarse el contrato, o la que pueda resultar aun siendo justo al celebrarse por variaciones en circunstancias fundamentales que pueden producir la alteración sobrevenida de las bases; en ambos casos, distinto modo de operar, supuestos comprendidos entre el ilícito en la formación y el caso fortuito o desenvolvimiento imposible del contenido acordado. Como medida de reparación entendida en el modo y forma en que las circunstancias cambiaron.

La progresiva objetivación de su fundamento técnico se puso de relieve en la STS 333/2014, de 30 de junio. Conocida y comentada Sentencia sobre un contrato de explotación de publicidad incluida en los autobuses de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia. La empresa publicitaria padece un desequilibrio de las prestaciones que sirvieron de base para la formación de la voluntad negocial por la crisis económica que afectaba marcadamente al mercado publicitario del sector.

Como puede advertirse, los presupuestos de la figura se ponderan según los elementos y efectos del contrato. Al consentimiento se refiere la imprevisibilidad del riesgo contractual; al objeto, la alteración sobrevenida en la marcha de la explotación de publicidad; al contenido, la ruptura del equilibrio de prestaciones con la excesiva onerosidad que resulta para el obligado

⁶ FUENMAYOR CHAMPÍN, A. de. «La equivalencia de las prestaciones en la legislación especial de arrendamientos», en *Estudios de Derecho Civil*. Vol. I. Pamplona: Aranzadi, 1992, p. 530. Originalmente publicado con el mismo título en *Anuario de Derecho Civil*, 1950, págs. 1189-1217.

⁷ Vid. CANDIL CALVO, F. *La cláusula rebus sic stantibus*. Discurso leído en la Universidad de Sevilla. Sevilla: Ed. La Gavidia, 1942.

La revisión judicial del contenido del contrato...

pagar el canon, circunstancias graves que justifican la reclamación de reducir el canon a abonar, modificar los términos pactados. Se advierte cómo es el contrato y no el incumplimiento el que genera el remedio, con lo que basta aportar la prueba compartida y la presencia del título. Se alega la crisis económica como un hecho notorio con relevancia jurídica que afecta a la base del negocio jurídico. La ruptura de la base del negocio es el conjunto de circunstancias cuya concurrencia impide que se obtenga el resultado que se propone el negocio jurídico (STS de 26 de abril de 2013 [RJ 2545]).

2. Legislación

Por vez primera en el plano legislativo se ocupa de la cautela llamada sobreveniencia la Ley del Fuero Nuevo de Navarra en el epígrafe 493.3 que versa sobre el cumplimiento de la obligación, la extinción de las obligaciones. Recoge la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus* y permite la revisión judicial en supuestos de excesiva onerosidad sobrevenida de una obligación. En su tercer apartado dice así: «Cuando se trate de obligaciones de largo plazo o tracto sucesivo, y durante el tiempo de cumplimiento se altere fundamental y gravemente el contenido económico de la obligación o la proporcionalidad entre las prestaciones, por haber sobrevenido circunstancias imprevistas que hagan extraordinariamente oneroso el cumplimiento para una de las partes, podrá ésta solicitar la revisión judicial para que se modifique la obligación en términos de equidad o se declare su resolución». En el comentario a esta Ley, Álvaro D'ORS hace notar que aplica la doctrina de la cláusula implícita a las obligaciones que por razón del tiempo pueden quedar más afectadas por los cambios económicos y en especial por la devaluación del dinero. Advierte que subsiste el error de querer aplicar esa revisión a deudas no contractuales, por ejemplo una estipulación o legado de renta periódica. En estos casos, añade, al no existir contraprestación, no cabe la consideración de un desequilibrio económico por excesiva onerosidad de una de las prestaciones recíprocas, pues no hay reciprocidad.⁸ Aunque ya contaba con partidarios la revisión para moderar los efectos del contrato acomodado a la buena fe el legislador no se había ocupado con anterioridad.⁹ Con cierto precedente en Derecho navarro una regla muy

⁸ Vid. D'ORS PÉREZ-PEIZ, Á., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. T. XXXVIII, vol. 2. Madrid: Edersa, 1998, pág. 25.

⁹ PELAYO HORE, S. «Cláusulas de estabilización». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (1950), págs. 37 y ss.

propia de Derecho agrario¹⁰ permitía la modificación con modalidades de pago por compensación. De manera que sin estar establecido por mandato imperativo sino dispositivo, la parte perjudicada dispone de acción, con interpretación flexible de las causas de modificación. La medida es particularmente sensible a exigencias de justicia equitativa: «en términos de equidad».¹¹ Aunque esta medida difiere de otras semejantes en los presupuestos y efectos se asemeja a la *reductio ad aequitatem* mediante la acción resolutoria por excesiva onerosidad, acción coordinada con el principio de adecuación de prestaciones; pareja también en el fundamento a la acción rescisoria con las diferencias de presupuesto (no a consecuencia de vicios de la causa) y efectos (era una oferta). La equidad en el cambio económico entendida como ajuste del precio de mercado (medida, *quantum, dimidium*) supone una cantidad «suficiente» para reducir el desequilibrio de las recíprocas prestaciones. La acción de resolución por excesiva onerosidad se concede a una de las partes, la no favorecida, que ha experimentado la prestación excesivamente onerosa y sobrevenida por circunstancias extraordinarias e imprevisibles. Este efecto, verse privado de su poder vinculante por disminución de utilidad, en un sistema de economía de mercado, es constatable por la valoración comparativa de ventajas y cargas entre el desfase del equilibrio originario y el momento de conclusión (art.1467 del *Codice italiano*).¹² Se advierte cómo el conocimiento de las Compilaciones y el Fuero resulta indispensable para la correcta interpretación del Código Civil, como indicó FUENMAYOR, con los principios básicos del ordenamiento en su conjunto.¹³

¹⁰ La venta de un animal de labranza, un buey, por una cantidad de trigo que el comprador no puede pagar por la mala cosecha habida en todo el lugar. El contrato se resuelve. La falta de trigo puede compensarse con cantidades tasadas de cereales de menor calidad (Fuero Reducido, 4.9.10 y Fuero General 3.12,12). Con todo indica D'ORS más que venta es permuta. No puede decirse que en Roma se conozca la teoría de la cláusula implícita *rebus sic stantibus*.

¹¹ Era praxis notarial y de la jurisprudencia de las regiones del Sur de Francia la presunción tácita en la condición resolutoria, el incumplimiento como fundamento de la resolución, y a la «cláusula resolutoria» se refiere DOMAT si el vendedor no entrega la cosa. La cláusula resolutoria como garantía.

¹² DEL PRATO, E. «Sulle clause di renegotiazione del contratto». *Rivista di Diritto Civile*, núm. 2 (2016), pág. 805.

¹³ DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A. «La interpretación comparativa del Código y de las Compilaciones civiles», en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Castán Tobeñas*. Vol. IV. Navarra: Ediciones Universidad de Navarra, 1969, pág. 377 y ss. También NAGORE YARNOZ, J. «El Notario, las obligaciones y los contratos en el Fuero Nuevo de Navarra». Separata del *Anuario de Derecho Foral*, I (1975).

La revisión judicial del contenido del contrato...

En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos, elaborada por la Comisión General de Codificación (2009), se recoge la alteración extraordinaria de las circunstancias con referencia a la frustración del fin del contrato y la doctrina de la base del contrato con remedios y orientaciones de análisis económico. El estudio detallado por Pablo SALVADOR CODERCH, «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», que figura en el Boletín del Ministerio de Justicia, es un análisis imprescindible que considero como interpretación auténtica de lo dispuesto en el art. 1213 de la Propuesta.¹⁴ El enlace entre el principio general de vinculación contractual y la pretensión de revisión o renegociación es luminoso. Contiene a su vez un índice de jurisprudencia y doctrina.

El Libro quinto (art.526-5) de la Propuesta de Código Civil, elaborado por la Asociación de Profesores de Derecho Civil, incluye en términos semejantes una regla general sobre la pretensión de revisión con el texto: Si las circunstancias que sirvieron de base al contrato cambian de forma extraordinaria e imprevisible durante su ejecución, de manera que ésta se haga excesivamente onerosa para una de las partes o se frustre el fin del contrato, puede pretenderse su revisión para adaptar su contenido a las nuevas circunstancias, o su resolución. La expresión «frustración del fin del contrato» proviene de la doctrina acerca de la fundamentación de reglas en materia de desequilibrio contractual. Se advierte que la propuesta reúne dos orientaciones doctrinales, que han sido recibidas por la jurisprudencia: la llamada base del contrato, de inspiración alemana, y la frustración del fin económico del contrato.

3. Revisión y resolución

El art. 1213 de la repetida Propuesta distingue entre la revisión y la resolución del contrato por alteración de las circunstancias. Se trata de hipótesis diferentes ¿en qué consiste la diferencia desde el punto de vista de la aplicación y límites entre ambos remedios? Aquí difieren las opiniones, cuestión de límites. El debate gira en torno a la «ratio» o razón de ser en la aplicación sucesiva al otorgamiento de un contrato que fue, que es y permanece válido y puede continuar si se acuerda. No queda la validez al arbitrio de una de las partes. Tal discusión es explicable. Basta tener en cuenta el tiempo tan dilatado que costó configurar una acción general de resolución por incumplimiento. Se aspiraba a una acción aplicable en

¹⁴ Boletín del Ministerio de Justicia, año LXV, núm. 2130 (abril 2011).

determinadas circunstancias pero a «todos» los contratos con prestaciones recíprocas. La avenencia entre contrastes de pareceres fue tardía, y ello con reservas, hasta la regulación en el art.1124 CC. Me interesé por la cuestión en un trabajo anterior.¹⁵ No extraña el temor de extender la acción si faltan presupuestos, sin tradición, declarada peligrosa, sin incumplimiento y en virtud del contrato sin ley expresa.

Las razones antes expuestas que abonan el cambio de orientación encuentran hoy su reflejo en la proyección social y económica, que en determinados supuestos —en tiempo de crisis— justifica la revisión o modificación de la relación contractual, mientras que sea todavía posible y oportuna la continuación de la relación contractual afectada. Se entrecruzan supuestos en los cuales mantener lo acordado en la etapa de formación resulta más útil o ventajoso que resolver el contrato. Como argumento lógico sirve que siempre es mejor el arreglo o la renegociación que llegar a la extinción o muerte prematura.

Si la doctrina jurisprudencial durante muchos años fue cautelosa o reacia en aplicar la cláusula ¿en qué medida la «alternativa» con la resolución excepciona el principio *pacta sunt servanda*? Entre otras razones, porque la resolución se opone a principios informadores del contrato tan importantes como el respeto a la palabra dada, que es regla moral, factor importante de la ejecución efectiva, o a la adaptación a la utilidad particular; los adversarios coinciden en que va contra la buena fe formular alegaciones contra los propios actos, y, sobre todo, que oponerse a la intangibilidad, principio de conservación de hondas raíces, requiere obrar ajustadamente. Solo se justifica ante un verdadero (acreditado) perjuicio injusto.¹⁶ Sobrados motivos los expuestos para que la prudente aplicación de la regla clásica de inmutabilidad haya devenido en ocasiones concretas excesivamente rigurosa. Desde luego son distintos los casos en que la relación creada se hace intolerable o resulta imposible mantener en tales condiciones durante el curso del tiempo programado en el contrato. Resulta difícil apreciar o justificar situaciones de desequilibrio de prestaciones por acontecimientos en los cuales ni haya intervenido grave incumplimiento, ni se aprecie invalidez, sin que el contenido

¹⁵ Vid. DORAL GARCÍA, J. A. «El exceso en Derecho civil (A propósito del artículo 1124 del Código civil)», en CUENA CASAS, M.; ANGUITA VILLANUEVA, L. A.; ORTEGA DOMÉNECH, J. (Coord.). *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Madrid: Dykinson, 2013, págs. 445-470.

¹⁶ Importa la correlación entre buena gestión, el buen padre de familia, modelo de administración, y el beneficio obtenido con el uso de los bienes administrados, la compensación del uso y disfrute con los beneficios o frutos obtenidos. Lo imprevisto no fructifica, resulta; no se imputa, se comparte o distribuye.

La revisión judicial del contenido del contrato...

del acuerdo sea ilegal y de fácil impugnación, ni resulte imposible o extraordinariamente gravoso al deudor cumplir lo prometido.

Distinta hipótesis es la facultad de resolución si está prevista, o la modificación adecuada a la relación contractual, pese al cambio de circunstancias que por azar o riesgos afectan gravemente a la sucesiva continuación. Esta elección entre revisión y, en su caso, *in extremis* resolución como regla de efectividad («incluso») adquiere nuevo rumbo relativa a los contratos de larga duración con sobreveniencia de circunstancias externas. Se trata de mantener lo debido recíprocamente, bien sea de manera adecuada a recomponer el equilibrio alterado de prestaciones, remedio que se presenta en los avances técnicos por la jurisprudencia como razonable. Es innegable que ante circunstancias externas bien contrastadas antes que derrumbar un contrato, válido y eficaz, por aniquilación del vínculo, el principio de conservación busque asideros en otro remedio. Basta el buen sentido para entenderla regla de derecho «para hacer cosas de nuevo, debe verse bien la mejoría respecto de las viejas tenidas por buenas». Una de estas reglas inequívocas de razón y equidad confirma que mejorar (arreglo o renegociación) es preferible a liquidar con extinción o muerte prematura un plazo que se prometía largo.

4. Valoración crítica: la economía del contrato

Las razones invocadas para la defensa de la «innovación» son atendibles, aunque sin alarde: que la aplicación de la cláusula no significa ruptura con el principio *pacta sunt servanda*; que la adaptación del contrato o como remedio postrero la resolución ha sido recibida en todos los ordenamientos europeos, no importa si por vía legislativa o jurisprudencial; que la resolución es consecuente con el incentivo del orden público económico. Realza, entre tantas ventajas, un avance del principio de justicia conmutativa y buena fe en sentido objetivo, que reconduce el contrato a la equidad en tiempos de crisis económica, brutal, mundial, que cerca el nivel europeo en la contratación. La crítica entre los escépticos gira en torno al «temible atentado» de certeza y estabilidad a las relaciones contractuales. Aparte la inercia y el silencio por el legislador durante la larga vigencia del Código Civil, pese a sus más de 200 reformas, y la fronda legislativa posterior no se explica por qué tan perseverante recelo ante una aplicación que normaliza lo que durante años los

mismos tribunales obstaculizaron con cautelosa admisión reducida a ser «excesivamente onerosa la ejecución continuada».¹⁷

El equilibrio de prestaciones y el principio de conservación del contrato han sido precisados por la jurisprudencia reciente. Retomando la STS 333/2014, de 30 de junio, su relectura recrea como argumentación cabal de respuesta pormenorizada sobre el cambio progresivo de la concepción tradicional de la figura referenciada anteriormente en un marco de aplicación sumamente restrictivo o excepcional que amedranza: derrumbe, aniquilación, desproporción exorbitante. La Sentencia innovadora apunta a eventuales cautelas de reforma y sugiere las claves de una teoría de la revisión del contrato con el mayor grado de autonomía posible: mantener en todo caso el equilibrio económico preexistente de las prestaciones en contratos con prestaciones recíprocas; buscar un nexo o interdependencia entre prestaciones (objeto de la obligación). El problema estriba en saber si nos encontramos ante una interpretación fundada en la aplicación directa del régimen programado o aceptada y decididamente propuesta de *iure condendo* o antela incorporación efectiva de un nuevo régimen jurídico introducido por vía de la jurisprudencia que implica legalizar la cláusula *rebus sic stantibus* en un definitivo contexto normativo de crisis económica (*redigere ad artem* el derecho vigente). Cláusula que previene o dispone la revisión al desajuste de la resolución, con ruptura contractual. Satisface el arrojo de la jurisprudencia que con racionalidad jurídica matiza reglas demasiado rígidas que conducen a la internacionalización o armonización del Derecho de obligaciones y contratos.¹⁸ Tal decisión en justicia debe hacerse en cada supuesto concreto. En términos generales, es razonable: ¿qué cambia con la revisión? ¿el contrato en sí, la relación contractual, acaso la vía de renegociación a modo de negocio per *relationem* o fijación? Un contrato de tracto sucesivo puede tener una sola prestación continuada en el tiempo (se cita el caso del precio por cuotas en la compraventa a plazos) o prestaciones plurales, a cargo de la misma persona o de personas distintas (cesión de contrato) y no obstante la relación en lo esencial permanece idéntica. Reglas clásicas de interpretación sistemática de los contratos nos dan la clave, atender en cada caso el conjunto de cláusulas ante circunstancias sobrevenidas que no excluyen o contrarían sustancialmente la conducta o comportamiento especial de los contratantes en el momento de la formación,

¹⁷ Vid. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E. *El Código Civil y sus reformas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996 (7.^a ed.).

¹⁸ Para un estudio detallado de la jurisprudencia, cfr. CASADA CASADO, B. «La alteración de circunstancias y su incidencia en la contratación tras la situación de crisis económica». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 39 (2016), págs. 65 y ss.

La revisión judicial del contenido del contrato...

cuando el acuerdo nace a la vida de relación. El cambio no está exento de dificultades de calificación: tener en cuenta los intereses variables de carácter legal o moratorios, en definitiva, mantener el espíritu del contrato.

En términos generales, en los contratos a largo plazo (el tracto sucesivo no está definido) las variantes surgidas en la vida del contrato son atendibles hasta la realización del fin. La causa anima desde el interior la vida del contrato en unidad orgánica. La base del negocio se relaciona con la idea de causa como finalidad. La semblanza del derecho «vivo y viviente» semblanza gustosa italiana del ejercicio que deviene vida, representa la historia de una sociedad en tiempo y espacio, el equilibrio entre pluralismo e identidad.¹⁹ El núcleo de lo que vamos observando está en lo que parece inescindible, la unidad de la operación económica.

IV. La cláusula penal

1. La cláusula penal y sus funciones

Se trata, dice CASTÁN,²⁰ de una obligación accesoria, que las partes agregan a otra obligación principal al objeto de asegurar el cumplimiento de esta, imponiendo a cargo del deudor una prestación especial, consistente, por lo general, en pagar una suma de dinero para el caso de que incumpla su obligación o no la cumpla de modo adecuado.

No cumple la cláusula penal una función unívoca, sino que abarca una pluralidad de funciones. Distingue CASTÁN²¹ en la cláusula penal ordinaria (no acumulativa; art. 1152.1º CC) dos funciones principales: la coercitiva o de garantía y la liquidatoria. Lo explica muy claramente la STS 1/2016, de 21 de enero: «La función de la cláusula penal que establece el pago de una determinada cantidad (o, como en este caso, la retención de la cantidad percibida) en caso de resolución del contrato por incumplimiento imputable a una de las partes, puede ser la liquidación de la indemnización por daños y perjuicios motivados por dicha resolución,

¹⁹ Pese a los años luctuosos del concepto de contrato entre la muerte y la vida en medio de la crisis el contrato vive, como afirma GILMORE, G. *The Death of contract*. Columbus: The Ohio State University Press, 1974.

²⁰ Vid. CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español común y foral*. T. III. Madrid: Editorial Reus, 1983, págs. 183 y ss.

²¹ Vid. *Derecho civil español...*, *op. cit.*, págs. 183 y ss. Sobre las funciones de la cláusula penal y las relaciones con el resarcimiento del daño, vid. PATTI, F. P. *La determinazione convenzionale del danno*. Nápoles: Jove Editore Napoli, 2015, págs. 117 y ss.

que el contratante no incumplidor tiene derecho a que le sean resarcidos en el régimen general del art. 1124 CC, y también la disuasión al contratante para que no incumpla el contrato. Con frecuencia incluye ambas funciones».

2. Revisión judicial de la cláusula penal abusiva

En primer término, los jueces deben controlar que en una cláusula penal no se ha producido lo que podríamos denominar un exceso en el uso de la libertad de pacto y que, por desproporcionada, pueda resultar excesiva.

Así ocurrirá cuando, por tratarse de una cláusula no negociada inserta en un contrato entre empresario y consumidor, sea de aplicación la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley). Su art. 88 se dedica a las «Cláusulas abusivas sobre garantías» y tiene por tales, en particular, aquellas que supongan la «imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido». Como explica la STS 1/2016, de 21 de enero, «La cláusula no superará el control de abusividad cuando suponga una indemnización desproporcionadamente alta, porque supere de modo apreciable la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios efectivamente causados al predisponente. En su virtud, dicha previsión legal general implica que cuando de las circunstancias concurrentes se desprenda, o el consumidor alegue de un modo razonado, la desproporción entre la indemnización prefijada y el quebranto patrimonial real causado al predisponente, deberá probarse la existencia de tal proporción entre la indemnización y el quebranto real sufrido para que resulte excluido el carácter abusivo de la cláusula, y no al contrario, de modo que la falta de alegación y prueba adecuada sobre la existencia y cuantía real de los daños y perjuicios causados al predisponente (y por tanto, del carácter proporcionado de la cantidad fijada en la cláusula penal) deba traer consigo la declaración de abusividad de la cláusula penal».

Pero la regla podría extenderse fuera de este campo específico. Como nos enseña DE CASTRO,²² la autonomía de la voluntad está sometida a ciertos límites intrínsecos.

Es ejemplar en ese sentido, con independencia de que se comparta o no la conclusión, la forma en que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 22 de

²² Vid. «Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad». *Anuario de Derecho Civil*, núm. 4 (1982), págs. 987 y ss.

La revisión judicial del contenido del contrato...

diciembre de 1992²³ examina la cláusula de un contrato de *leasing* que, en caso de vencimiento anticipado del crédito por incumplimiento, pretendía el cobro de las cuotas pendientes con inclusión, por así haberse pactado, de los intereses. Comienza la Sentencia con un análisis de la cláusula en cuestión:

«La única causa —y, con ello, naturaleza jurídica— que cabe reconocer en la mencionada estipulación es la de una cláusula penal. Como ocurre con la cláusula que permite al vendedor que resuelve una compraventa retener la parte del precio ya recibida, en nuestro caso, la parte de las cuotas anticipadamente reclamadas correspondiente a los intereses pierde tal naturaleza para convertirse en una pena o sanción civil».

No basta, sin embargo, con engarzar el acuerdo contractual aludido en una figura tipificada como es la cláusula penal: «Debe examinarse si dicha cláusula penal supera o no los límites intrínsecos y extrínsecos de la autonomía de la voluntad». Respecto de los primeros, que son los que ahora nos interesan, afirma la SAP:

«En cuanto a los límites intrínsecos y, en particular, en cuanto al control de la causa, la estipulación examinada satisface plenamente la finalidad legalmente típica de toda cláusula penal cual es la de servir de garantía de un crédito mediante la imposición al deudor de una obligación accesoria para caso de incumplimiento que precisamente le disuade de desarrollar tal conducta infractora. No se aprecia en la presente cláusula penal exceso respecto de dicha finalidad, pues no cabe considerar abusivo que, cuando, como ocurre en este caso, se produce un temprano incumplimiento, deba abonarse en concepto de cláusula penal una cantidad equivalente aproximadamente a 1/4 del capital prestado. Al contrario, esta cláusula penal, en cuanto decrece conforme va desarrollándose el pago de las sucesivas cuotas, permite que la pena resultante sea proporcionada al grado de incumplimiento, lo que le confiere especial legitimidad».

En esta línea se ha pronunciado recientemente la STS 530/2016 (Pleno), de 13 de septiembre:

«[...] es claro para esta sala que dicha posibilidad de estipular cláusulas penales con función punitiva está sujeta a los límites generales de la autonomía privada que el artículo 1255 CC establece: pueden considerarse contrarias a la moral o al orden público las penas convencionales cuya cuantía exceda extraordinariamente la de los daños y perjuicios que, al tiempo de la celebración del contrato, pudo razonablemente preverse que se derivarían del incumplimiento contemplado en la cláusula penal correspondiente. No sólo las

²³ Vid. *Actualidad Civil*, núm. 1 (1993), pág. 477.

cláusulas penales “opresivas”, intolerablemente limitadoras de la libertad de actuación del obligado [como en el caso que contempló la STS 26/2013, de 5 de febrero (Rec. 1440/2010)], o las “usurarias”, aceptadas por el obligado a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales; sino también aquéllas en las que el referido exceso de la cuantía pactada de la pena sobre el daño previsible no encuentre justificación aceptable en el objetivo de disuadir de modo proporcionado el incumplimiento que la cláusula contempla; en atención sobre todo a la gravedad del mismo y al beneficio o utilidad que hubiera podido preverse, al tiempo de contratar, que reportaría al deudor incumplidor. Un ordenamiento jurídico que contiene una prohibición como la del artículo 1859 CC no puede no tener límite alguno de proporcionalidad a la libertad de los contratantes de estipular penas privadas».

Y, aunque sea en *obiter dicta*, aclara que «Para ese último tipo de cláusulas, con penalidades desproporcionadas en el sentido descrito, esta sala expresa su disposición a admitir la reducción judicial conservadora de su validez; que, como es evidente, ninguna relación tiene con lo dispuesto en el artículo 1154 CC, por lo que no se opone a nuestra actual jurisprudencia sobre en qué casos cabe, y en cuáles no, la moderación judicial de la pena que dicha norma contempla».

En esa línea, la revisión, incluso de oficio, de la cláusula penal manifiestamente irrisoria o excesiva figura en la reciente reforma del CC francés (art. 1231-5); se declara, además, que el régimen legal de la cláusula penal tiene naturaleza imperativa.

3. Revisión judicial de la cláusula penal por alteración de las circunstancias

Es verdad que el art. 1154 CC establece que «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», pero si la cláusula hubiera previsto precisamente el hecho determinado (el incumplimiento parcial o irregular a que alude el precepto) para sancionar el incumplimiento en principio se rechaza la moderación judicial. Es lógico en tal caso quedar a la particular adecuación del contrato, y así lo confirma la jurisprudencia (STS, Sala Primera de lo Civil, de 18 de junio 2015).

Pero una cláusula penal establecida para un incumplimiento concreto puede ser revisada judicialmente aunque se produzca el hecho determinado contemplado cuando su cuantía es irrisoria o excede extraordinariamente de lo que pudo preverse a la firma del contrato.

La revisión judicial del contenido del contrato...

Así lo afirma el Tribunal Supremo en Sala de lo Civil (Pleno) en la Sentencia 530/2016, de 13 de septiembre. La clave reside, por tanto, en la diferencia entre la cuantía de la penalidad, establecida por acuerdo, y el daño efectivamente producido; diferencia que, si fuera extraordinariamente elevada puede moderarse:

«Hemos dicho que, para justificar la aplicación del artículo 1154 CC, no basta el hecho de que, producido precisamente el incumplimiento contractual que la cláusula penal contempla, la cuantía de la penalidad a pagar resulte ser mayor que la cuantía de los daños y perjuicios efectivamente causados por el referido incumplimiento, ni aun cuando la diferencia entre una y otra cuantía venga a sobrepasar la que era, *ex ante*, proporcionada a la función punitiva de la cláusula penal de que se trate: *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, sí parece compatible con el principio *pacta sunt servanda* que la pena pueda moderarse judicialmente aplicando el artículo 1154 CC por analogía, cuando aquella diferencia sea tan extraordinariamente elevada, que deba atribuirse a que, por un cambio de circunstancias imprevisible al tiempo de contratar, el resultado dañoso efectivamente producido se ha separado de manera radical, en su entidad cuantitativa, de lo razonablemente previsible al tiempo de contratar sobre la cuantía (extraordinariamente más elevada) de los daños y perjuicios que causaría el tipo de incumplimiento contemplado en la cláusula penal. Aplicar, en un supuesto así, la pena en los términos pactados resultaría tan incongruente con la voluntad de los contratantes, como hacerlo en caso de que “la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”».

V. Breve conclusión

Apuntan estas «innovaciones» un Derecho flexible, que resulta del poder creador de la prudencia jurídica. La aplicación en justicia y equidad supone para los jueces la búsqueda del *ius est ars boni et aequi* del Derecho en el caso concreto, de que por oficio son artífices. Sin olvidar que, como dijo WIDSCHEID, se trata de un arte que hay que aprender.

rjib15

ESTUDIS

L'ACCIÓ EXTERIOR DE LES ILLES BALEARS EN EL MARC DE LA LLEI DE L'ACCIÓ I DEL SERVEI EXTERIOR DE L'ESTAT I DE LA LLEI DE TRACTATS

Joan David Janer Torrens

Professor titular de dret internacional públic

Universitat de les Illes Balears

I. Introducció. II. Estatut d'autonomia i acció exterior de les Illes Balears. III. Unitat d'acció de l'Estat i acció exterior de les Illes Balears: el nou marc establert per la Llei de l'acció i del servei exterior de l'Estat. 1. Els viatges dels presidents i consellers autonòmics a l'estranger. 2. L'obertura d'oficines de les comunitats autònomes a l'exterior. 3. L'adopció de mesures per part de l'Estat per promoure la projecció exterior de les comunitats autònomes. 4. L'Estratègia d'Acció Exterior i la nul·la referència a les comunitats autònomes. IV. La Llei de tractats i altres acords internacionals i l'acció exterior de les Illes Balears. 1. La regulació de la participació autonòmica en la celebració de tractats internacionals per l'Estat. 2. Tipologia d'acords que pot celebrar la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. A. Acords internacionals administratius. B. Acords internacionals no normatius. V. Consideracions finals.

RESUM

L'objectiu d'aquest article és analitzar la projecció que la Llei 2/2014, de 25 de març, de l'acció i del servei exterior de l'Estat i la Llei 25/2014, de 27 de novembre, de tractats i altres acords internacionals, tenen en tot allò relatiu a la projecció exterior de les Illes Balears. A partir de l'anàlisi de les disposicions estatutàries, l'article estudia les novetats introduïdes per ambdues lleis i els termes en què el nou marc normatiu informa l'acció exterior de les Illes Balears.

Paraules clau: acció exterior de les Illes Balears. Llei d'acció i servei exterior de l'Estat. Llei de tractats i altres acords internacionals.

RESUMEN

El objetivo de este artículo es analizar la proyección que la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de la Acción y del Servicio Exterior del Estado y la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, tienen en todo lo relativo a la proyección exterior de las Islas Baleares. A partir del análisis de las disposiciones estatutarias, el artículo estudia las novedades introducidas por ambas leyes y los términos en que el nuevo marco normativo informa la acción exterior de las Islas Baleares.

Palabras clave: acción exterior de las Islas Baleares. Ley de Acción y Servicio Exterior del Estado. Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales.

ABSTRACT

The aim of this article is to analyze the role that the Act 2/2014 of 25 march on the Action and External Service of the State and the Act 25/2014 of 27 November, on Treaties and other International Agreements may have in the external action of the Balearic Islands. On the basis of the analysis of the provisions of the Statute of Autonomy, the article examines the innovations introduced by both laws and the terms under which the new regulatory framework informs the external action of the Balearic Islands.

Key words: external action of the Balearic Islands. Act on the Action and External Service of the State. Act on Treaties and other International Agreements.

I. Introducció

L'entrada en vigor, el 2 de març de 2007, de la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears (EAIB),¹ va suposar, entre d'altres qüestions, el reconeixement de la competència de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (CAIB) per dur a terme actuacions amb una clara projecció exterior. Així, en el marc del títol VII de l'EAIB relatiu a les «Relacions institucionals» trobam el capítol I titulat «Acció exterior» (art. 101 a 105) i el capítol II dedicat a les «Relacions amb la Unió Europea» (art. 106 a 113).² Fins aquell moment, i malgrat la CAIB havia desenvolupat un ventall ampli d'activitats amb una projecció exterior (especialment en l'àmbit de la cooperació al desenvolupament, de la cooperació transfronterera i de la presència davant les institucions comunitàries), l'única referència que hi havia en l'Estatut d'autonomia a qüestions internacionals era la relativa a la celebració de tractats internacionals i a l'execució de tractats internacionals en el marc de les competències de la CAIB.

El reconeixement en l'Estatut d'autonomia de la competència de la CAIB per dur a terme actuacions amb una projecció exterior constitueix una novetat destacable ja que es reconeix clarament que aquesta pot desenvolupar una activitat exterior o internacional per a la defensa i promoció dels seus interessos i competències en les seves distintes vessants, essent això perfectament compatible amb el nostre text constitucional.

L'EAIB distingeix, de la mateixa manera que ho fan la resta d'Estatuts d'autonomia anomenats de «darrera generació» aprovats fins ara com el de València, Catalunya, Andalusia, Aragó, o Extremadura entre l'acció exterior (referida més bé a les relacions internacionals de la CAIB, és a dir, a la seva projecció exterior, a la participació amb l'Estat en la celebració de tractats internacionals, a l'establiment de vincles amb regions d'altres països, a la participació en organitzacions internacionals o al disseny d'una política de cooperació al desenvolupament) i les relacions amb la Unió Europea (reconeixent-se no

¹ BOE núm. 52, d'1 de març de 2007 (correccions d'errades BOE núm. 77 i 173, de 30 de març i 20 de juliol de 2007, respectivament) i BOIB núm. 32 Ext., d'1 de març de 2007 (correcció d'errades BOIB núm. 29, de 28 de febrer de 2008).

² Sobre aquesta qüestió, vegeu el nostre comentari d'aquests articles en BLASCO ESTEVE, A. (dir.). *Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Civitas – Parlamento de las Illes Balears, 2008, p. 1173-1215, i també el nostre article «La acción exterior de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares tras la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 14 (2007), p. 1-25.

només la possibilitat d'establir delegacions davant de la UE, sinó també el paper que juga la CAIB tant en la fase ascendent com a descendent d'aplicació del Dret comunitari, en el control del principi de subsidiarietat i l'accés al Tribunal de Justícia). Si bé certament les relacions amb la UE formen part de l'acció exterior de la CAIB, es va optar per regular aquestes qüestions en dos capítols separats.

L'EAIB reconeix, per tant, que la CAIB pot dur a terme acció exterior, sense que això entri en conflicte amb el títol competencial exclusiu de l'Estat en matèria de relacions internacionals previst en l'art. 149.1.3a de la Constitució espanyola (CE). Del fet, cal recordar que, com ha assenyalat recentment el Tribunal Constitucional (TC), «[...] las relaciones internacionales objeto de la reserva contenida en el artículo 149.1.3 CE son relaciones entre sujetos internacionales y regidas por el Derecho internacional, lo que supone, necesariamente, que las actividades con proyección exterior que pueden llevar a cabo las Comunidades Autónomas deben entenderse limitadas a aquellas que no impliquen el ejercicio de un *ius contrahendi*, no originen obligaciones inmediatas y actuales frente a los poderes públicos extranjeros, no incidan en la política exterior del Estado y no generen responsabilidad de éste frente a Estados extranjeros u organizaciones inter o supranacionales»³. Així mateix, forma part de la competència exclusiva de l'Estat en matèria de relacions internacionals, l'adopció de les posicions i prioritats de la política exterior que fixa el Govern de l'Estat (art. 97 CE); nacionalitat, immigració, emigració, estrangeria, dret d'asil (art. 149.1.2a CE); règim duaner i aranzelari i comerç exterior (art. 149.1.10a CE); sanitat exterior (art. 149.1.10a CE) i abanderament de vaixells, control de l'espai aeri i la matriculació d'aeronaus (art. 149.1.20a CE).

Al llarg de l'any 2014, l'Estat, amb l'objectiu de cobrir una sèrie de llacunes i d'organitzar la seva acció exterior (de la qual les comunitats autònomes en són partícips atès que són subjectes de l'acció exterior de l'Estat), va adoptar dues lleis en matèria d'acció exterior que han esdevingut el nou marc normatiu que ha d'informar l'acció exterior, entre d'altres, de la CAIB. En efecte, la Llei 2/2014, de 25 de març, de l'acció i del servei exterior de l'Estat (LASEE)⁴ i la Llei 25/2014, de 27 de novembre, de tractats i altres acords

³ STC 85/2016, de 28 d'abril (BOE núm. 131, de 31 de maig). En aquest mateix sentit, vegeu la STC 31/2010, de 28 de juny (BOE núm. 172, de 16 de juliol); la STC 153/1989, de 5 d'octubre (BOE núm. 267, de 7 de novembre); la STC 80/1993, de 8 de març (BOE núm. 90, de 15 d'abril), i la STC 165/1994, de 26 de maig (BOE núm. 151, de 25 de juny).

⁴ BOE núm. 74, de 26 de març (correccions d'errors BOE núm. 117, de 14 de maig i BOE núm. 155, de 26 de juny). Aquesta Llei ha estat modificada puntualment (en darrer terme i sense rellevància

internacionals (LTOAI)⁵ introdueixen importants canvis en la realització de l'acció exterior autonòmica tal com fins ara s'havia dut a terme i en el procediment de celebració d'acords internacionals per part de les comunitats autònomes (CA). En efecte, la LASEE introdueix condicionants importants a l'acció exterior de les CA ja que arbitra distints mecanismes en mans del Ministeri d'Afers Exteriors i de Cooperació (MAEC) que impliquen una coordinació de l'activitat exterior de les CA i assenyalen que aquesta acció exterior haurà de respectar les directrius que fixi el Govern de l'Estat a través del disseny de l'Estratègia d'Acció Exterior. Per altra banda, la LTOAI preveu que les CA podran celebrar acords internacionals administratius i acords internacionals no normatius, però s'estableix un mecanisme de control per l'Estat en la seva tramitació i registre. En aquest context, l'objectiu d'aquest article és analitzar la projecció que poden tenir ambdues lleis en la acció exterior de la CAIB.

II. Estatut d'autonomia i acció exterior de les Illes Balears

L'EAIB dedica, en el marc del títol VII («De les relacions institucionals»), el capítol I (art. 101 a 105) a regular distintes qüestions relatives a l'acció exterior de la CAIB, mentre que el capítol II (art. 106 a 113) se centra en una dimensió concreta i específica d'aquesta acció exterior com són les relacions amb la Unió Europea. Al marge d'aquesta regulació també trobam en altres articles de l'Estatut referències a qüestions que incideixen en la projecció internacional de la CAIB. Així, l'art. 11 (dedicat a les comunitats illenques fora del territori) assenyalen que la Comunitat Autònoma podrà demanar a l'Estat la celebració de tractats internacionals per tal de facilitar el reconeixement de la personalitat de les comunitats illenques a l'exterior.⁶ Per altra banda, l'art. 30.11 (dedicat a les competències

per a aquest estudi) per la Llei 29/2015, de 30 de juliol, de cooperació jurídica internacional en matèria civil (BOE núm. 182, de 31 de juliol).

⁵ BOE núm. 288, de 28 de novembre.

⁶ L'existència d'aquestes comunitats a l'exterior està vinculada a l'emigració de ciutadans balears a Sud-Amèrica i, posteriorment, en menor mesura, cap a països europeus, que es va iniciar en el segle XVIII i que va adquirir un caràcter massiu a finals del segle XIX i a principis del segle XX. Actualment, existeixen cases balears a Argentina (Bahía Blanca, Bolívar, Buenos Aires, La Plata, Mar de Plata, Mendoza, Córdoba, Rosario, Santa Fe, San Pedro i Villa María), a Cuba (l'Havana), a Uruguai (Montevideo), a Veneçuela (Caracas), a Puerto Rico (San Juan), a Xile (Santiago), a República Dominicana (Santo Domingo), a Mèxic (DF) i a Alemanya (Berlín). La CAIB ha adoptat normativa interna dirigida a reconèixer i recolzar aquestes comunitats. Cal esmentar la Llei 3/1992, de 15 de juliol,

exclusives) fa referència a la competència de la CAIB per obrir oficines de promoció turística a l'exterior.⁷

Una primera qüestió que cal tenir present a l'hora d'avaluar l'impacte de la LASEE i de la LTOAI en l'acció exterior de la CAIB és que aquestes dues lleis no fan esment a les diferents qüestions relatives a la participació de les CA en els afers relacionats amb la UE tant en la seva fase ascendent (participació en la voluntat de l'Estat en l'establiment de la seva posició en relació amb una qüestió relacionada amb la UE) com descendent (execució del dret de la UE en l'àmbit de les competències atribuïdes a les comunitats autònomes). Per ambdues lleis, en línia amb la jurisprudència del TC que distingeix entre el plànol propi de l'acció exterior de les CA vinculat amb la Unió Europea i el de les relacions internacionals,⁸ les relacions de les CA amb la Unió Europea tenen una dimensió específica diferent a l'acció exterior. Certament, la UE esdevé un marc supranacional bàsic per a l'acció exterior de les comunitats autònomes, les quals han estat molt actives en aquest àmbit. En aquest sentit, s'ha assenyalat, de forma crítica, que la LASEE ha desaprofitat «[...] una ocasión propicia para intentar simplificar y racionalizar los mecanismos actualmente vigentes sobre esta área de actuación

de comunitats balears assentades fora del territori de la Comunitat Autònoma (BOCAIB núm. 98, de 15 d'agost); el Decret 129/1993, de 16 de desembre, pel qual es regulen l'organització i el funcionament del Registre de Comunitats Balears Assentades fora de les Illes Balears (BOCAIB núm. 156, de 25 de desembre de 1993; correcció d'errades BOCAIB núm. 18, de 10 de febrer de 1994), i el Decret 77/1995, de 3 d'agost, pel qual es regula el funcionament del Consell de Comunitats Balears Assentades fora del territori balear (BOCAIB núm. 101, de 12 d'agost). Aquest darrer Decret fou modificat posteriorment pel Decret 116/1997, de 6 de setembre (BOCAIB núm. 117, de 18 de setembre) i pel Decret 18/2007, de 16 de març (BOIB núm. 45, de 24 de març).

⁷ Cal recordar que la CAIB, abans del seu reconeixement en l'Estatut, va disposar durant la legislatura 1999-2003 d'una oficina d'informació turística a Berlín que es va tancar l'any 2003 i els seus serveis es varen integrar dins de les oficines de Turisme d'Espanya en aquesta ciutat.

⁸ Així, el Consell d'Estat en el seu Dictamen 808/2013, de 3 d'octubre de 2013, sobre l'Avantprojecte de Llei de Tractats i altres Acords internacionals assenyala que «en el ámbito concreto de la actuación exterior de las Comunidades Autónomas, éstas pueden desarrollar una actividad con cierta relevancia exterior y distinto alcance en función del ámbito en que aquélla se desarrolle. En este sentido el Tribunal Constitucional (SSTC 258/1988, 79/1992 y 165/1994) ha diferenciado dos planos diversos de acción exterior de las Comunidades Autónomas, el propio de la Unión Europea (en el que España actúa en una estructura jurídica diversa de la tradicional de las relaciones internacionales y que determina la configuración del ordenamiento jurídico comunitario como “interno” a ciertos efectos) y el amplio y general de las relaciones internacionales» (p. 6).

[la participació de les comunitats autònomes en els afers vinculats a la UE] lo que constituye [...] una carencia inexplicable de esta ley, tan reglamentista en otros ámbitos».⁹ Així doncs, el contingut d'aquest estudi s'ha de centrar necessàriament en l'anàlisi de les qüestions relatives a l'acció exterior de la CAIB (art. 101 a 105), excloent tot allò relatiu a les relacions amb la Unió Europea (art. 106 a 113).

Com hem assenyalat, la reforma de l'EAIB duta a terme el 2007 va tenir la virtualitat de reconèixer de forma expressa la competència de la CAIB per dur a terme actuacions amb una clara projecció exterior i va establir de forma expressa la manera de realitzar aquesta acció exterior. Així mateix, li va atorgar un tractament diferenciat del que podien ser les relacions amb la Unió Europea.

De l'anàlisi dels art. 101 a 105 EAIB podem extreure els següents principis relatius a l'acció exterior de la CAIB: a) es reconeix la competència de la CAIB per impulsar la projecció exterior de les Illes Balears i promoure directament accions amb projecció exterior que es derivin directament de les seves competències; b) la CAIB té potestat per subscriure «acords de col·laboració» per a la promoció dels seus interessos; c) el Govern de l'Estat té l'obligació d'informar la CAIB sobre els tractats que tenguí intenció de concloure en el cas que afectin de forma directa i singular les competències de la Comunitat Autònoma i aquesta podrà participar en la delegació espanyola que negociï aquests tractats; d) la CAIB pot sol·licitar a l'Estat que subscrigui tractats en els àmbits que afectin la Comunitat Autònoma; e) la CAIB ha d'adoptar les mesures necessàries per donar compliment, en l'àmbit de les seves competències, als tractats celebrats per Espanya; f) la CAIB pot dur a terme accions de cooperació amb regions (i no Estats) d'altres països; g) la CAIB pot participar en les representacions de l'Estat davant organitzacions internacionals quan la seva activitat incideixi en les competències autonòmiques i afecti a matèries del seu interès específic, i h) la CAIB podrà dur iniciatives en matèria de cooperació al desenvolupament.¹⁰

⁹ GARCÍA PÉREZ, R. «La proyección internacional de las Comunidades Autónomas en la Ley de la Acción y del Servicio Exterior del Estado (LAESE): autonomía territorial y unidad de acción de la política exterior». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 27 (2014), p. 29.

¹⁰ Juntament amb aquests àmbits d'actuació, cal assenyalar que la Proposta de Reforma de l'Estatut d'Autonomia de les Illes Balears que va aprovar, el 13 de juny de 2006, el Parlament de les Illes Balears (BOPIB núm. 137, de 15 de juny de 2006) preveia un article 101 que duia per títol «Delegacions i oficines a l'exterior» i que fou eliminat en la versió final de l'Estatut aprovada per les Corts Generals. No s'acaba d'entendre perquè les Corts Generals varen eliminar aquest article quan altres Estatuts d'autonomia sí preveuen en el seu articulat la possibilitat que les CA tinguin delegacions i oficines a

La regulació prevista en l'EAIB sobre l'acció exterior de la CAIB és semblant a la prevista en altres Estatuts d'autonomia¹¹ i el seu contingut es circumscriu clarament a la interpretació feta pel TC del títol competencial exclusiu de l'Estat en matèria de relacions internacionals previst en l'art. 149.1.3a CE. En aquest sentit, la projecció exterior de la CAIB (art. 101), allò relatiu a la celebració de convenis i a la participació en les delegacions que els negocin (art. 102) i la participació de la CAIB en organitzacions internacionals (art.104), com a qüestions específiques que afecten l'essència de la competència estatal en matèria de relacions internacionals, s'haurà de dur a terme necessàriament respectant la competència exclusiva de l'Estat i la legislació de desenvolupament que pugui existir.

Dins l'organigrama de la CAIB,¹² el gruix de les competències en matèria d'acció exterior corresponen a la Direcció General de Relacions Institucionals i Acció Exterior,¹³ adscrita a la Conselleria de Presidència, i en menor mesura, en allò relatiu a la política de cooperació al desenvolupament (que té una clara dimensió exterior), a la Direcció General

l'exterior. A més, cal tenir present que, segons l'art. 30.11 EAIB, la CAIB té competència exclusiva per obrir oficines de promoció turística a l'exterior i que l'art. 107 EAIB sí permet que la CAIB pugui establir delegacions o oficines davant la UE per «millorar l'exercici de les seves competències i promoure adequadament els seus interessos».

¹¹ Les reformes dutes a terme dels distints Estatuts d'autonomia des de 2007 (podem citar, entre d'altres, l'Estatut d'Andalusia, d'Extremadura, de Castella-Lleó, de Catalunya, de València o d'Aragó) han incorporat articles o títols dedicats de forma específica a l'acció exterior de les comunitats autònomes i se li ha donat un tractament diferenciat respecte de les relacions amb la Unió Europea. En termes generals, la regulació de l'acció exterior en tots aquest Estatuts és semblant a la prevista en l'EAIB. Certament, hi ha estatuts com el de Catalunya que tenen un contingut una mica més detallat i ambiciós ja que es fa referència també al dret de la CA a dur iniciatives de cooperació transfronterera i interregional, a obrir oficines a l'exterior, a promoure l'acció exterior dels ens locals, organismes i ens públics de Catalunya i també de les organitzacions culturals, socials i esportives radicades en el seu territori. Sobre aquesta qüestió, vegeu PONS RÀFOLS, X.; SAGARRA TRÍAS, E. «La acción exterior de la Generalitat en el nuevo Estatuto de Autonomía de Cataluña». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12 (2006).

¹² *Vid.* Decret 24/2015, de 7 d'agost, de la presidenta de les Illes Balears, pel qual s'estableixen les competències i l'estructura orgànica bàsica de les conselleries de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 120, de 8 d'agost).

¹³ Segons el Decret 24/2015 a aquesta Direcció General li correspon, entre d'altres competències, la «[...] projecció exterior dels interessos autonòmics, participació en la política internacional de l'Estat, relacions amb la Unió Europea; oficines de representació; comunitats balears a l'exterior [...]».

de Cooperació, adscrita a la Conselleria de Serveis Socials i Cooperació.¹⁴ En relació amb les competències atribuïdes a la Conselleria d'Innovació, Recerca i Turisme i, particularment, a la Direcció General de Turisme, no es fa cap referència a la seva competència en matèria d'oficines de promoció turística a l'exterior que sí preveu l'art. 30.11 EAIB com a competència exclusiva de la CAIB i que té una clara dimensió exterior. Al marge de les competències atribuïdes a aquestes dues direccions generals, la mateixa CAIB entén que les distintes conselleries, organismes de l'Administració autonòmica i les entitats que formen el sector públic instrumental també poden dur a terme funcions i actuacions amb rellevància i incidència internacional, tasca que serà coordinada per la Comissió Interdepartamental d'Acció Exterior.¹⁵

III. Unitat d'acció de l'Estat i acció exterior de les Illes Balears: el nou marc establert per la Llei de l'acció i del servei exterior de l'Estat

Fins l'entrada en vigor, el mes de març de 2014, de la LASEE no hi havia cap llei que definís el marc de l'acció exterior de l'Estat i del seu servei exterior. Certament, l'art. 149.1.3a CE afirmava la competència exclusiva de l'Estat en matèria de relacions internacionals el que no impedia, a partir de la interpretació d'aquest precepte feta pel TC i de les previsions dels distintes Estatuts d'autonomia, que les CA poguessin dur a terme accions

¹⁴ El Decret 24/2015 atribueix a aquesta Direcció General unes competències que es projecten cap a l'exterior com són la «cooperació social i econòmica de caràcter exterior; polítiques de solidaritat i desenvolupament humà a pobles i països no desenvolupats o en via de desenvolupament».

¹⁵ Aquesta Comissió, entre d'altres qüestions (la majoria relatives a les relacions de la CAIB amb la UE previstes en el capítol II —art. 106 a 113— del títol VII de l'EAIB), tindrà tres àmbits d'actuació que incideixen clarament en l'acció exterior de la CAIB: l'esmentada coordinació, seguiment i anàlisi «[...] de les funcions i actuacions amb rellevància i incidència internacional» de les diverses conselleries, organismes de l'Administració autonòmica i del sector públic instrumental; «el debat i anàlisi d'iniciatives adreçades a l'impuls i al desenvolupament d'actuacions de cooperació interregional que incideixin en les diferents àrees d'acció del Govern» i «el tractament de la participació de l'Administració de la CAIB en l'elaboració i negociació dels tractats internacionals que afectin els interessos de les Illes Balears, mitjançant els canals que estableix a aquest efecte l'Administració General de l'Estat». Vegeu Decret 9/2016, de 19 de febrer, pel qual es regula la Comissió Interdepartamental d'Acció Exterior (BOIB núm. 24, de 20 de febrer).

amb projecció internacional. Amb l'objectiu de fer front a «l'enorme desordre»¹⁶ existent en la direcció de la política exterior espanyola (motivada no només per l'existència de distints actors en l'acció exterior de l'Estat, sinó també per la manca de coordinació entre els distints ministeris i del seu personal a l'exterior), es va aprovar, només amb el suport parlamentari del partit del Govern, la LASEE que té com a objectiu «regular l'Acció Exterior de l'Estat, enumerar-ne els principis rectors, identificar-ne els subjectes i els àmbits, establir els instruments per a la seva planificació, seguiment i coordinació i ordenar el Servei Exterior de l'Estat, per assegurar la coordinació i la coherència del conjunt d'actuacions que la constitueixen i la seva adequació a les directrius, fins i objectius de la política exterior» (art. 1). Així, un dels objectius essencials d'aquesta Llei és preservar la unitat d'actuació de l'Estat a l'exterior, tot i reconèixer la coexistència d'una pluralitat de subjectes que desenvolupen actuacions amb repercussió a l'exterior i, en aquest sentit, es pretén ordenar i coordinar l'acció exterior de l'Estat en la qual també participen les CA.¹⁷

La LASEE reconeix clarament i per primera vegada en l'art. 5 que les CA, com a administracions públiques que actuen i es projecten a l'exterior, són subjectes de l'acció exterior de l'Estat. Per tal de garantir la unitat d'acció de l'Estat, s'estableix la subjecció de l'actuació de les CA als instruments de planificació de l'acció exterior de l'Estat amb l'objectiu que tota l'acció que duguin a terme els distints subjectes que participen en l'acció exterior de l'Estat s'adapti, des de la lleialtat institucional i la cooperació (art. 3) a les directrius, finalitat i objectius de la política exterior que fixi el Govern de l'Estat (art. 11.1).¹⁸

¹⁶ Compareixença parlamentària de dia 15 d'octubre de 2013 del Sr. García-Margallo Áfil, ministre espanyol d'Afers Exteriors, en el plenari de les Corts Generals per presentar el Projecte de Llei de l'acció i del servei exterior de l'Estat (*Diari de Sessions del Congrés dels Diputats*, núm. 146/2013, p. 7).

¹⁷ A la compareixença parlamentària del ministre espanyol d'Afers Exterior ja citada en la nota anterior aquest va assenyalar que «[...] la acción exterior es el conjunto ordenado de actuaciones de todos aquellos sujetos que para cumplir las funciones que tienen encomendadas, las competencias que tienen asumidas, tienen que actuar en el exterior. Actúan aquí los órganos constitucionales, todas las administraciones públicas, todos los departamentos ministeriales, las comunidades autónomas, las corporaciones locales y una miríada de organizaciones e instituciones que de ellos dependen. Acción exterior que debe ser coordinada, ejercida dentro de las competencias de cada uno, porque estamos en un Estado de derecho, y que no contradiga los principios generales de la política exterior que define el Gobierno» (p. 6).

¹⁸ Catalunya ha estat l'única Comunitat Autònoma que ha adoptat una llei específica en matèria d'acció exterior i de relacions amb la UE, desenvolupant allò previst en el seu Estatut d'autonomia. La Llei 16/2014, de 4 de desembre, d'acció exterior i de relacions amb la Unió Europea (DOGC núm. 6768,

La LASEE preveu també distints mecanismes que permeten controlar les actuacions de les CA a l'exterior per tal de garantir que aquesta acció no entri en contradicció amb l'acció exterior de l'Estat. Certament, l'art. 11 reconeix clarament el dret de les CA (i també de les entitats que integren l'Administració local) a dur a terme, en el marc de la Constitució i dels Estatuts d'autonomia, activitats que suposin una projecció a l'exterior de les seves competències. Ara bé, aquesta projecció exterior s'ha de dur a terme respectant els principis que s'estableixen a la LASEE i s'ha d'ajustar a les directrius, finalitats i objectius de la política exterior que defineixi el Govern de l'Estat. Sembla, pel to de la pròpia norma, que el que es pretengui sigui limitar i condicionar l'acció de les CA a l'exterior, malgrat el seu reconeixement en la doctrina constitucional i en els Estatuts d'autonomia, amb l'argument que cal garantir la unitat d'acció de l'Estat i la coherència i coordinació de la seva acció exterior.¹⁹

De fet, el Govern de les Illes Canàries va interposar el recurs d'inconstitucionalitat núm. 7774/2014 contra la LASEE amb l'argument central que la subjecció de l'acció exterior de les CA a les finalitats i objectius de la política exterior de l'Estat i altres disposicions de la llei suposaven un pèrdua d'autonomia, una ingerència i una intervenció desproporcionada en l'exercici de les competències autonòmiques que es veien

d'11 de desembre; BOE núm. 309, de 23 de desembre), estableix els principis, àmbits, actors, instruments i altres qüestions relatives a l'acció exterior de Catalunya sense esmentar la LASEE (Llei que ja existia en el moment de l'aprovació de la Llei catalana d'acció exterior). L'11 de març de 2015, el Govern de l'Estat va interposar el recurs d'inconstitucionalitat núm. 1442/2015 contra determinats preceptes d'aquesta Llei per considerar que vulneraven la competència exclusiva de l'Estat en matèria de relacions internacionals de l'art. 149.1.3a CE. Mitjançant la STC 228/2016, de 22 de desembre, el TC va avalar la constitucionalitat de la majoria de preceptes impugnats i va declarar contraris a la Constitució la referència al reconeixement al dret a decidir com un dels principis rectors de la política exterior catalana (previst en l'art. 3), la regulació de l'establiment de relacions amb el cos consular present a Catalunya (art. 26 (e)) i les referències que feia la Llei a la diplomàcia pública de Catalunya (art. 2 (apartats i) a l)), rúbrica del capítol I del títol IV i art. 38).

¹⁹ En aquest sentit, PONS RÀFOLS, X., referint-se a la LASEE, afirma que «[...] al consagrar normativamente unos límites negativos al alcance de la acción exterior autonómica, que el mismo Tribunal Constitucional en ningún caso ha querido considerar como exhaustivos y completos, lo que acaba haciendo es cosificar normativamente aspectos potencialmente dinámicos en la práctica política y en la misma jurisprudencia constitucional» (PONS RÀFOLS, X. «La acción exterior de la Generalitat, los recientes desarrollos legislativos estatales y la nueva Ley catalana de Acción Exterior y de Relaciones con la Unión Europea», en *Acción exterior y Comunidades Autónomas*. Barcelona: Institut d'Estudis Autonòmics, 2015 (Col·lecció Institut d'Estudis Autonòmics; 93, p. 66 i 67).

condicionades per l'establiment de directrius fixades per l'Estat. L'art. 149.1.3a CE no preveu expressament cap tipus de coordinació vinculada a la competència exclusiva de l'Estat en matèria de relacions internacionals ni tampoc ho fan els Estatuts d'autonomia, facultat que introdueix la LASEE que no forma part del bloc de constitucionalitat.

El TC, en una Sentència de 28 d'abril de 2016, no accepta cap dels arguments exposats pel Govern de Canàries i entén que la LASEE és perfectament constitucional.²⁰ Fins aquesta Sentència, el TC no s'havia pronunciat sobre el contingut específic de les facultats de coordinació que, en l'àmbit de les relacions internacionals, assumeix l'Estat. En essència, el TC considera que el Govern de l'Estat, com a director de la política exterior de l'Estat i a l'empara dels art. 97 i 149.1.3a CE, té competència per ordenar i coordinar les actuacions amb projecció internacional de les CA. En aquest sentit, el TC fa referència a «[...] la competencia estatal para establecer medidas que regulen y coordinen las actividades con proyección externa de las Comunidades Autónomas, a fin de evitar o remediar eventuales perjuicios sobre la dirección y puesta en ejecución de la política exterior que corresponde en exclusiva al Estado [...]». Si bé Canàries al·lega que l'ús que pugui fer el Govern de l'Estat d'aquesta potestat de coordinació pot entrar en contradicció amb l'exercici de competències autonòmiques, el TC afirma que això no afecta la constitucionalitat de la llei ja que «No proceden [...] pronunciamientos preventivos a través de los cuales se pretenda evitar una posible y no producida aplicación del precepto en contradicción con la Constitución».²¹

²⁰ Prèviament a aquesta Sentència, el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya havia emès, a instància del Govern de la Generalitat de Catalunya, el Dictamen núm. 14/2014, de 17 de juny, en el qual considerava que la LASEE no era contrària ni a la Constitució ni a l'Estatut de Catalunya (Dictamen disponible a la web: www.cge.cat).

²¹ STC 85/2016, de 28 d'abril (BOE núm. 131, de 31 de maig). Resulta interessant destacar el vot particular de dos magistrats a aquesta Sentència en el qual, si bé estan d'acord en desestimar el recurs d'inconstitucionalitat plantejat, consideren que la Sentència respon a una visió «omnímoda» de la facultat de l'Estat en l'àmbit de les relacions internacionals. En aquest sentit, XIOL RÍOS y VALDÉS DAL-RÉ afirmen que «El Estado puede coordinar las distintas acciones exteriores autonómicas con la suya propia, pero no de forma omnímoda y siempre con la precaución de que el ejercicio de esta facultad estatal, radicada en el ejercicio de sus propias competencias materiales, no limite la gestión en el exterior de los intereses autonómicos y del ejercicio de sus competencias exclusivas».

1. Els viatges dels presidents i consellers autonòmics a l'estranger

Per tal de donar coherència a l'acció de l'Estat (o potser per controlar el que fan les CA), la LASEE introdueix la novetat que les comunitats autònomes estan obligades a informar el MAEC de les propostes de viatges, visites, intercanvis i actuacions amb projecció exterior que duguin a terme els presidents i consellers autonòmics per tal que el MAEC pugui informar i emetre recomanacions motivades sobre l'adequació de la proposta d'actuació a les directrius i objectius de la política exterior definits pel Govern (art. 5.2).²² Aquesta obligació no és aplicable «[...] quan es tracti d'actuacions en l'àmbit de la Unió Europea i de viatges o visites a les seves institucions». També queden fora d'aquesta obligació d'informació els contactes oficials, de caràcter polític o protocol·lari, que també se duen a terme i que podrien afectar la unitat d'acció exterior de l'Estat que pretén la LASEE. Així, cal esmentar les recepcions i reunions oficials amb dignataris, ambaixadors i delegacions estrangeres²³ o els viatges oficials a l'estranger d'alts càrrecs i de funcionaris autonòmics.

Així doncs, la previsió establerta en l'art. 5.2 no abasta la totalitat de la pràctica desenvolupada per les CA i es circumscriu als viatges i visites a l'estranger de presidents i consellers autonòmics (potser es fa amb l'objectiu d'evitar que es pensi que aquests puguin dur actuacions de representació de l'Estat). El seu contingut denota una clara voluntat de controlar l'acció de les CA que, cal recordar-ho, poden dur a terme aquests viatges a l'empara de les previsions estatutàries i, en aquest sentit, la seva aplicació pràctica de l'exigència establerta a la LASEE pot ser més aviat irrellevant atès que només imposa una obligació d'informació al MAEC, però res succeirà (i, per tant, no es podrà impedir el viatge) si la CA no segueix la recomanació motivada emesa pel Ministeri, doncs no té caràcter vinculant.

²² A la seva compareixença parlamentària per exposar el Projecte de Llei d'acció i servei exterior de l'Estat ja citada, el ministre d'Afers Estrangers va assenyalar que, fins a la pressa de possessió del Govern, es tenia constància que «[...] se habían producido en el ámbito de las comunidades autónomas 931 viajes o intercambios» (p. 7).

²³ És pràctica freqüent que la presidenta de les Illes Balears es reuneixi amb ambaixadors de països acreditats a Espanya (molts d'ells, de països emissors de turistes) i amb delegacions oficials (que compten amb l'assistència de diplomàtics) per tal de potenciar la presència d'empreses estrangeres a les Illes Balears.

2. L'obertura d'oficines de les comunitats autònomes a l'exterior

Un altre àmbit que regula la LASEE fa referència a l'obertura d'oficines a l'exterior per part de les CA.²⁴ L'art. 12.1 reconeix implícitament que es podran obrir oficines a l'exterior, però les comunitats autònomes estaran obligades, amb caràcter previ a la seva obertura, a informar el Govern de l'establiment d'aquestes oficines. El MAEC haurà d'informar la proposta i determinar si l'obertura d'aquestes oficines s'ajusta a la directriu i a la planificació de l'acció exterior de l'Estat. Correspondrà també al Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques determinar si la proposta s'ajusta al principi d'eficiència en la gestió dels recursos públics i el d'Economia haurà d'informar quan es tracti d'una oficina dedicada a la promoció comercial (art. 12.2). Com succeeix també en el cas dels viatges oficials de presidents i consellers autonòmics, els informes previs, encara que siguin preceptius i que no es precisa la seva naturalesa, cal entendre, a l'empara de l'art.80.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques,²⁵ que no tenen valor vinculant. No s'estableix tampoc cap tipus de mecanisme coercitiu en cas d'incompliment d'aquesta obligació.

Si bé la proposta de reforma de l'Estatut aprovada pel Parlament de les Illes Balears el 13 de juny de 2006 feia referència expressa al dret de la CAIB a «establir delegacions i oficines de representació a l'exterior», la versió final aprovada per les Corts Generals va eliminar l'art. 101 que regulava aquesta qüestió. Això doncs, i salvant la referència expressa a la competència exclusiva de la CAIB prevista en l'art. 33.11 EAIB a l'hora de tenir oficines de promoció turística a l'exterior, l'Estatut, a diferència d'altres, no parla de la possibilitat d'obrir oficines a l'exterior. Sí fa referència, en l'art. 107, al dret de la CAIB de crear delegacions i oficines de representació davant la UE.²⁶ En tot cas, aquest tipus d'oficines són oficines a l'exterior.

²⁴ El ministre d'Exteriors també va apuntar l'existència de 166 oficines de les CA a l'exterior durant la seva compareixença parlamentària (p. 7).

²⁵ BOE núm. 236, de 2 d'octubre.

²⁶ Des de 2001, i a l'empara de distintes sentències (com la STC 165/1994, de 26 de maig) en què el TC va afirmar que l'obertura d'oficines de les CA davant les institucions europees no era contrari al contingut de l'art. 149.1.3a CE, la CAIB compta amb una Delegació del Govern de les Illes Balears a Brussel·les (Decret 144/2001, de 21 de desembre (BOIB núm. 156 Ext., de 31 de desembre). Resulta curiós que a la Proposta de reforma de l'EAIB aprovada pel Parlament de les Illes Balears no es feia referència a la creació d'aquestes oficines davant la UE i fou durant el tràmit a les Corts Generals quan es va inserir aquest article.

L'acció exterior de les Illes Balears...

Ara bé, malgrat el silenci de l'Estatut i la manca de sentit que va tenir l'eliminació durant la seva tramitació a les Corts de la possibilitat d'obrir oficines a l'exterior, es pot afirmar que res no impedeix que la CAIB pugui, si ho considera oportú per tal de promoure la defensa i promoció de les seves competències a l'exterior previstes en l'art. 101, obrir delegacions a l'exterior, essent d'aplicació allò que preveu l'art. 12 LASEE.

3. L'adopció de mesures per part de l'Estat per promoure la projecció exterior de les comunitats autònomes

El mateix principi d'unitat d'acció, de coordinació i coherència i el fet que les comunitats autònomes es configuren com a subjectes de l'acció exterior de l'Estat fa que la LASEE, com a novetat, estableixi distintes mesures dirigides a promoure per part del mateix Estat l'acció exterior de les CA. Així, s'estableix en l'art. 5.3 que el MAEC donarà informació i suport a les CA per promoure la seva acció exterior, sempre en el marc de les seves competències i dels principis rectors de la política exterior i l'Acció Exterior de l'Estat. El Govern de l'Estat, segons l'art. 14.3, estarà obligat a informar de les seves iniciatives i propostes a les CA quan afectin les seves competències i aquestes podran sol·licitar dels òrgans del Servei Exterior de l'Estat (missions diplomàtiques i consolats) el suport necessari per dur a terme iniciatives dirigides a promoure l'acció exterior de les CA. En darrer terme, l'art. 12.4 assenyala que el Govern de l'Estat impulsarà que les oficines a l'exterior de les CA s'integrin (segurament per raons d'eficiència econòmica i per fer més fàcil el control) físicament en els locals del Servei Exterior de l'Estat (oficines diplomàtiques).

4. L'Estratègia d'Acció Exterior i la nul·la referència a les comunitats autònomes

L'element central per garantir la coherència és que totes les actuacions que duguin a terme els subjectes de l'acció exterior de l'Estat s'ajustin a l'Estratègia d'Acció Exterior (art. 35), l'instrument central de planificació de l'acció exterior introduït per la LASEE. Aquest document estratègic, que li correspon aprovar al Consell de Ministres amb una vigència de 4 anys, «[...] conté l'expressió ordenada, sectorial i geogràfica de les prioritats i els objectius a mitjà termini de l'Acció Exterior, i recull el conjunt d'actuacions dels òrgans, organismes i entitats públiques a l'exterior, les quals dota de coherència interna». El 26 de desembre de 2014, el Consell de Ministres, a l'empara de l'art. 35 LASEE, va aprovar la primera Estratègia d'Acció Exterior que consta de dos documents: l'Estratègia d'Acció Exterior que recull les grans línies i els objectius que orienten l'acció exterior i el Pla d'Acció Exterior 2015-2018

amb les propostes d'actuació exterior del conjunt dels departaments ministerials, òrgans constitucionals, de les comunitats i ciutats autònomes i dels ens locals.²⁷

Una anàlisi detallada d'aquest instrument de planificació posa de manifest que l'Estat ha definit clarament les seves línies, objectius i prioritats en la seva acció exterior, però el document no fa cap referència ni pren en consideració l'acció exterior i àmbits d'actuació que poden dur a terme les CA. En la definició de les prioritats de l'Estratègia d'Acció Exterior hauria estat lògic, d'acord amb la distribució de poder territorial i competencial que duu a terme la Constitució i els Estatuts d'autonomia, una referència clara i expressa a les CA en el disseny de l'acció exterior de l'Estat si realment hi hagués una voluntat de configurar-les com a subjectes actius de l'acció exterior de l'Estat. Malauradament, l'Estratègia no en fa esment, qüestió que és molt criticable i sembla respondre a una visió de l'acció exterior de l'Estat centrada únicament en el títol competencial exclusiu de l'Estat en relacions internacionals previst en la Constitució que no té en compte ni els Estatuts d'autonomia ni la pràctica en matèria d'acció exterior desenvolupada per les CA. Si la LASEE pretén coordinar l'acció exterior de les CA amb la de l'Estat hauria estat lògic una mínima referència a les CA (només s'esmenten amb relació al paper a desenvolupar per l'Instituto Cervantes i les llengües cooficials i la política de cooperació al desenvolupament) i també als hipotètics àmbits d'actuació de les CA a l'exterior i la seva relació amb els àmbits i preferències de l'acció exterior de l'Estat recollits en aquest document estratègic.

IV. La Llei de tractats i altres acords internacionals i l'acció exterior de les Illes Balears

Un dels aspectes centrals de la competència exclusiva de l'Estat en matèria de relacions internacionals de l'art. 149.1.3a CE és la celebració d'acords internacionals amb altres Estats i organitzacions internacionals que impliquin, directa o indirectament, la generació d'obligacions o responsabilitats internacionalment exigibles a l'Estat. El *ius ad tractatum* és competència exclusiva de l'Estat i abasta la integritat del procés de la seva celebració (des de l'inici de les negociacions fins a la prestació del consentiment en obligar-se).

Ara bé, la competència exclusiva de l'Estat en la celebració d'acords jurídicament vinculants sotmesos al dret internacional no impedeix que les CA, com a manifestació de la

²⁷ Vegeu nota de premsa del Consell de Ministres de dia 26 de desembre de 2014 que informa de l'adopció d'aquest document estratègic.

seva competència per dur a terme actuacions amb projecció internacional, celebrin acords de naturalesa política. Aquests acords difícilment seran exigibles des del punt de vista jurídic, ja que això queda reservat a l'Estat.

En aquest context és en el qual cal situar l'art. 101 EAIB que atorga competència a la CAIB per «subscriure acords de col·laboració per promoure els seus interessos en el marc de les competències que té atribuïdes». Abans que el nou EAIB de 2007 fes esment a aquests tipus d'acords, la CAIB va adoptar normativa autonòmica en què, a manca de previsió estatutària, es feia referència a la competència del president de la CAIB per firmar d'acords de col·laboració i de cooperació.²⁸ A l'empara de la jurisprudència constitucional i de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (LRJCAIB), aquesta Comunitat va celebrar distints acords polítics de col·laboració amb entitats d'altres estats. La participació de les Illes Balears a IMEDOC (iniciativa de cooperació amb les illes de Còrsega i Sardenya) o la firma de protocols generals de col·laboració amb els governs regionals xinesos de Nankin i Hankou constitueixen exemples d'aquests tipus d'acords i, al mateix temps, esdevenen antecedents clars del que disposa l'art. 101 EAIB.

Tenint present la pràctica desenvolupada per les CA en relació amb la celebració d'acords de naturalesa política amb projecció internacional, la LASEE, en l'art. 11.4, sistematitza la tipologia d'acords que poden celebrar les CA i reconeix de forma expressa que aquestes poden celebrar «acords internacionals administratius» i «acords no normatius». Si bé la LASEE descriu de forma genèrica el contingut de cada un d'aquests acords (el primers tenen com a objectiu executar i concretar en l'àmbit de les competències d'una CA allò previst en un acord internacional previ celebrat per l'Estat i els segons són simplement acords jurídicament no vinculants adoptats per les CA en l'àmbit de les seves competències), la LTOAI s'encarrega de regular i desenvolupar de forma més precisa el contingut de cada un d'aquests acords. Així mateix, la nova Llei de tractats i altres acords internacionals també fa especial esment a la participació de les CA en la celebració de tractats per part de l'Estat.

²⁸ Així, l'art. 80.3 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 44, de 3 d'abril) disposa que «[...] correspon al president la firma d'aquells instruments de col·laboració o cooperació que versen sobre matèries de projecció exterior i de cooperació al desenvolupament que pertoqui subscriure amb institucions públiques d'altres països, sense perjudici que, excepcionalment, la pugui delegar en un altre membre del Govern».

En relació amb la participació de les CA en la celebració de tractats, tal com preveu l'art. 102 EAIB, la majoria d'Estatuts d'autonomia estableixen el deure de l'Estat d'informar la CA sobre la negociació de tractats que afectin la CA, preveuen que aquestes proposin a l'Estat la celebració de tractats, la possibilitat de participar en les delegacions que negociïn tractats que afectin de forma singular les competències de la CA o la capacitat de celebrar determinats acords internacionals. La LTOAI regula totes aquestes qüestions i, en la mateixa direcció de la LASEE, aspira «[...] en los términos fijados por el TC, a establecer únicamente medidas de coordinación de la actividad de las CCAA con potencial efecto exterior para evitar consecuencias irreparables en la adecuada ejecución de la política exterior por parte del Estado».²⁹

En aquest sentit, la LTOAI dedica el títol V de forma específica a regular, per una banda, la participació de les CA en la celebració de tractats internacionals (capítol primer, art. 49 a 51) i, per altra, la celebració d'acords internacionals administratius i no normatius per les CA — i també per les ciutats autònomes de Ceuta i Melilla i els ens locals— (capítol II, art. 52 i 53).

1. La regulació de la participació autonòmica en la celebració de tractats internacionals per l'Estat

La regulació que fa la LTOAI en els art. 49 a 51 de la participació de les CA en la celebració de tractats internacionals suposa una concreció d'allò previst en l'art. 102 EAIB i aporta algunes novetats a destacar.

L'art. 49 permet que una CA sol·liciti al Govern l'obertura de negociacions per celebrar un tractat internacional que afecti matèries de la seva competència o interès específic o que afectin de manera especial el seu àmbit territorial. El Govern haurà de respondre a aquesta sol·licitud de forma motivada. L'apartat 3 de l'art. 102 EAIB només fa referència a que la CAIB podrà demanar a l'Estat que subscrigui tractats en matèries que l'afectin. D'aquesta manera, la redacció de l'art. 49 LTOAI és molt més precisa que la redacció estatutària, essent destacable el deure del Govern de respondre motivadament a la sol·licitud.

²⁹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. «La Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 67, núm. 1 (2015), p. 26. Vegeu, també, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P.; Díez-Hochleitner, J.; MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.). *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*. Madrid: Civitas, 2015.

L'acció exterior de les Illes Balears...

L'art. 50 regula distintes qüestions relacionades amb el deure de l'Estat respecte de les CA en el procés de celebració de tractats internacionals. Així, l'apartat primer, assenyala que el Govern ha d'informar a les CA sobre la negociació d'aquells tractats internacionals que afectin matèries que sigui competència o d'interès específic de la CA o afectin de forma especial el seu àmbit territorial. La redacció d'aquest article és més precisa que el contingut de l'apartat primer de l'art. 102EAIB. El segon apartat de l'art. 50 estableix que les CA podran remetre al MAEC les observacions que considerin oportunes sobre les negociacions i el Ministeri haurà de motivar i comunicar la decisió adoptada en relació amb aquestes observacions. L'apartat primer de l'art. 102 EAIB preveu que el Govern i el Parlament de les Illes Balears podran presentar observacions al tractats que s'estiguin negociant, però assenyala que aquestes s'enviaran al Govern de l'Estat i a les Corts Generals. Resulta lògic que les observacions s'enviïn al MAEC com preveu l'art. 50. Un aspecte a destacar és el deure de motivar i comunicar a la CAIB la decisió que s'adopti sobre les al·legacions formulades, aspecte que no preveu l'EAIB. En darrer terme, l'apartat tercer de l'art. 50 estableix el dret de les CA a ser informades dels tractats ja conclusos que afectin les seves competències, ja siguin del seu interès específic o que incideixin de manera especial en el seu àmbit territorial. Aquest apartat no té un reflex a l'EAIB i suposa una novetat important.

Per acabar la regulació de la participació de les CA en la celebració de tractats internacionals, l'art. 51 assenyala que les CA podran sol·licitar al Govern formar part de la delegació espanyola que negociï un tractat internacional que tenguin per objecte matèries de la seva competència o interès específic o que afectin de manera especial el seu àmbit territorial. El Govern haurà de respondre a la sol·licitud de forma motivada i s'haurà de comunicar a la CA. El contingut d'aquest article aclareix i complementa el contingut de l'apartat segon de l'art. 102EAIB. Aquest preveu que la CAIB podrà participar en les delegacions de l'Estat que negociïn tractats que l'afectin de manera directa i singular en els termes, però, que determini la legislació de l'Estat. Fins l'entrada en vigor l'any 2014 de la LTOAI no existia cap normativa que regulàs aquesta qüestió. Ara, per tant, es deixa clar en quins termes i condicions podrà participar la CAIB en les delegacions estatals que negociïn tractats internacionals.

2. Tipologia d'acords que pot celebrar la Comunitat Autònoma de les Illes Balears

Si bé només l'Estat pot celebrar tractats internacionals, la LTOAI assenyala, com ja apuntava la LASEE, que les comunitats autònomes, tenint present la pràctica existent fins al moment, podran celebrar «acords internacionals administratius» (AIA) i «acords

internacionals no normatius» (AINN). L'art. 52.1 diu que «Les comunitats autònomes poden subscriure acords internacionals administratius en execució i concreció d'un tractat internacional quan tinguin per àmbit matèries pròpies de la seva competència i amb subjecció al que disposi el mateix tractat internacional [...]», mentre que l'art. 53.1 reconeix que «Les comunitats autònomes poden establir acords internacionals no normatius en les matèries que siguin pròpies de la seva competència [...]». Per tant, i malgrat l'art. 101.3 EAIB només parli de la possibilitat que la CAIB pugui subscriure acords de col·laboració, aquesta, segons el nou marc normatiu en matèria d'acords internacionals previst en la LTOAI, pot celebrar tant AIA com AINN.

A. Acords internacionals administratius

Els AIA es configuren com un tipus d'acord internacional que, al igual que els tractats internacionals, es regeixen pel dret internacional (art. 2.b), són susceptibles de generar obligacions jurídiques internacionals i, un cop publicats en un butlletí oficial (sigui el BOE o el butlletí autonòmic), formen part de l'ordenament intern espanyol (art. 41.4). La peculiaritat d'aquests acords rau en el fet que la seva celebració exigeix cobertura formal i material en un tractat previ (art. 38.3) i que podran ser celebrats per òrgans, organismes i ens de les administracions públiques, incloses les CA, ciutats autònomes i ens locals (art. 52.1) sempre que afectin els seus àmbits competencials. La LTOAI, en l'art. 38, exigeix que siguin redactats en castellà (essent possible la redacció en una altra llengua cooficial de l'Estat), s'ha de fer una referència expressa al «Regne d'Espanya» a la vora de la CA que el celebri i la firma del representant autonòmic (en el cas de la CAIB, el president segons el que disposa l'art. 80.3 LRJCAIB) serà suficient per a la seva conclusió.

La LTOAI dóna llibertat en la tramitació dels AIA per part de les CA que només hauran de respectar allò establert en el tractat que li doni cobertura (art. 40.1). El que sí s'imposa és l'obligació de remetre al MAEC tots els projectes d'AIA abans de la seva firma perquè l'Assessoria Jurídica Internacional del Ministeri emeti un informe preceptiu (però no vinculant) sobre la seva naturalesa i formalització i que determini si la proposta d'acord s'ha de formalitzar com un tractat internacional o com un AINN. Si la proposta d'acord suposa l'assumpció de compromisos financers serà necessari també un informe del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques (art. 39).

La signatura per part de les CA d'acords de cooperació transfronterera són l'exemple més clar de la pràctica existent fins ara en relació amb la celebració d'AIA. Efectivament, a l'empara del Conveni-Marc Europeu sobre Cooperació Transfronterera entre Comunitats i

Autoritats Territorials, fet a Madrid el 21 de maig de 1981³⁰ i dels distints acords de cobertura adoptats,³¹ les comunitats autònomes frontereres amb França i Portugal han celebrat distints acords específics que reuneixen les característiques pròpies dels AIA definits en la LTOAI.

Si bé s'ha defensat (sense gaire argumentació) que la celebració per part de les CA dels convenis i dels estatuts relatius a la creació i participació en Agrupacions Europees de Cooperació Territorial (AECT) també són un exemple d'AIA,³² sorgeixen una sèrie de dubtes que ens duen a pensar que la participació de les Illes Balears en AECT (actualment, participen formalment en l'AECT Pirineus Mediterrània i l'AECT Archimed)³³ no es pot reconduir a la figura dels AIA. Així, el conveni que crea una AECT té una naturalesa tècnica, el seu contingut no respon estrictament a l'execució d'un tractat internacional ja que l'AECT té la seva base en l'art. 175.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (cohesió econòmica, social i territorial) i és una figura jurídica creada per un reglament de la Unió.³⁴ Per altra banda, les AECT no es regeixen exactament, com s'exigeix als AIA, «pel dret internacional», sinó per un reglament europeu i per l'ordenament del país en el qual la AECT tingui la seva seu que és el que s'aplica al conveni que crea l'agrupació. A més, el Reial decret 23/2015,³⁵ dirigit a fer efectiva la figura de l'AECT en el nostre ordenament jurídic,

³⁰ BOE núm. 248, de 16 d'octubre de 1990.

³¹ En relació amb la cooperació entre ens espanyols i francesos, cal fer esment al Tractat entre Espanya i França sobre Cooperació Transfronterera entre Entitats Territorials, signat a Baiona el 10 de març de 1995 (BOE núm. 59, de 10 de març de 1997) i, en relació amb les iniciatives de cooperació entre ens espanyols i portuguesos, cal fer referència al Tractat entre el Regne d'Espanya i la República Portuguesa sobre cooperació transfronterera entre entitats i instàncies territorials, fet a València el 3 d'octubre de 2002 (BOE núm. 219, de 12 de setembre de 2003).

³² Comentari de MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. a l'art. 52 LTOAI en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, op. cit., p. 917.

³³ Per una anàlisi més detallada de la figura de les AECT i de la participació de les Illes Balears a les dues AECT esmentades, vegeu el nostre estudi «La participación de entes regionales y locales españoles en las Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 35 (2010), p. 117-142.

³⁴ La figura de l'AECT està regulada en el Reglament 1082/2006, de 5 de juliol (DOUE núm. 210, de 31 de juliol) en la versió modificada pel Reglament 1302/2013, de 17 de desembre (DOUE núm. 347, de 20 de desembre).

³⁵ Reial decret 23/2015, de 23 de gener, pel qual s'adopten les mesures necessàries per a l'aplicació efectiva del Reglament 1082/2016 modificat del Reglament 1302/2013 (BOE núm. 27, de 31 de gener; correcció d'errades BOE núm. 45, de 21 de febrer).

preveu el procediment a seguir per crear o passar a formar part d'una AECT, el qual difereix del procediment previst pels AIA en els art. 38 a 42 LTOAI. La naturalesa i configuració pròpia de les AECT fa que aquestes tinguin una naturalesa peculiar i això implica que no sigui possible qualificar els convenis que creen una AECT com a AIA en els termes establerts per la LTOAI.

B. Acords internacionals no normatius

La CAIB, a l'empara de la LTOAI, també podrà celebrar AINN. Aquests acords es troben definits en l'art. 2.c) i desenvolupats en els art. 43 i 48 d'aquesta Llei. Els AINN són un tipus d'acords que no es troben regits pel dret internacional ni poden ser font d'obligacions internacionals que les CA poden celebrar amb òrgans, organismes, ens i administracions i altres personificacions de subjectes de dret internacional i que contenen declaracions d'intencions o estableixen compromisos d'actuació de tipus polític, tècnic o logístic. Són, així, acords de caràcter internacional que tenen un contingut no normatiu, no estan sotmesos ni al dret internacional ni a cap altre ordenament jurídic i no impliquen obligacions jurídiques. Per tant, no poden generar responsabilitat jurídica de l'Estat en cas d'incompliment.

L'art. 53 LTOAI es dedica de forma específica a la celebració d'AINN per part de les CA, a les que reconeix el dret a subscriure aquests tipus d'acord en els àmbits de les seves competències. Tenint present que el contingut d'aquests acords seran essencialment de caire polític (declaracions d'intencions) no serà senzill constatar jurídicament una extralimitació de les competències autonòmiques i, per tant, serà difícil iniciar qualsevol tipus d'acció judicial contra la CA signatària de l'acord.³⁶

Les CA tendran autonomia per decidir el procediment a seguir en la tramitació de l'acord (art. 46). Sí serà obligatori que es faci una referència expressa al «Regne d'Espanya» a la vora de la CA signatària (art. 47) i que, prèviament a la seva signatura, s'envii el projecte d'AINN a l'Assessoria Jurídica Internacional del MAEC per tal que informi sobre la seva naturalesa, procediment i instrumentació més adequada segons el dret internacional (art. 47). Un cop signat, les CA han de remetre una còpia al MAEC a efectes del seu corresponent registre. A diferència dels AIA i, com a mostra que són un tipus d'acords que no impliquen obligacions jurídiques, la LTOAI no exigeix la seva publicació en un butlletí oficial. Per tant, no necessàriament les CA han de donar publicitat oficial als

³⁶ Comentari de MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J. a l'article 53 LTOAI en *Comentarios a la Ley de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, op. cit., p. 939.

AINN celebrats. Res impedeix, però, que les comunitats autònomes li donin publicitat si ho consideren adient. La LTOAI permet, per tant, que les CA signin acords de caràcter no normatiu en qualsevol àmbit que sigui de la seva competència.

L'art. 101.3 EAIB fa referència a la competència de la CAIB per celebrar «acords de col·laboració per promoure el seus interessos en el marc de les competències que té atribuïdes», mentre que l'art. 80.3 LRJCAIB parla de la competència del president de les Illes Balears per signar «instrumentes de col·laboració o cooperació que versen sobre matèries de projecció exterior i de cooperació al desenvolupament». Segurament, per la pròpia naturalesa i configuració dels AINN, tant el acords de col·laboració com de cooperació esmentats es podran reconduir a aquesta figura atès que són acords de naturalesa política.

La pràctica de la CAIB a l'hora de celebrar acords d'aquest tipus ha estat molt pobre. La signatura a Palma, el 9 de maig de 1995, de l'acord constitutiu de l'IMEDOC (acrònim d'«Illes de la Mediterrània Occidental») com a estructura de cooperació interregional entre les Illes Balears, Còrsega i Sardenya seria un primer exemple d'acord de col·laboració.³⁷ Així mateix, cal fer esment a la signatura pel Govern de les Illes Balears l'any 2005 de dos protocols de col·laboració amb els governs de les regions xineses de Nanquín i Hankou. En el BOIB es va publicar el Decret 12/2005, de 30 de setembre, del president de les Illes Balears de delegació de la firma dels dos protocols en el conseller de Comerç, Indústria i Energia,³⁸ però (com també va succeir amb l'acord constitutiu d'IMEDOC) no es va publicar el contingut dels protocols. En matèria de cooperació al desenvolupament no es té constància de la signatura d'acords per part de la CAIB amb altres ens.

Com ja hem assenyalat, la CAIB forma part de dues AECT (Archimed i Euroregió Pirineus Mediterrània) que, jurídicament, s'articulen sobre la base d'un conveni. Aquests convenis, al nostre parer, no es poden reconduir a la figura dels AINN (ni tampoc com hem argumentat a la dels AIA) ja que els convenis que creen una AECT no suposen una simple «declaració d'intencions» de les parts que integren l'AECT i tampoc no suposen l'establiment de «compromisos d'actuació de contingut polític, tècnic o logístic». Un altre aspecte central dels AINN que no és aplicable a les AECT és la voluntat de les parts de no generar obligacions jurídiques ni sotmetre's a cap ordenament jurídic, ja sigui internacional o intern. El conveni que crea una AECT genera obligacions jurídiques i està sotmès, per una part, a la

³⁷ Sobre aquesta qüestió, vegeu el nostre estudi «L'acord IMEDOC com a experiència de cooperació entre regions insulars mediterrànies». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 24 (1999), p. 257-268.

³⁸ BOIB núm. 146, de 4 d'octubre de 2005. Prèviament, el Consell de Govern de 30 de setembre de 2005 va autoritzar la firma d'ambdós protocols de col·laboració.

regulació prevista en el reglament que crea aquesta figura i a l'ordenament del país on té la seva seu. Finalment, el reglament europeu que configura les AECT preveu un procediment per a la signatura del conveni de creació que no té res a veure amb el procediment establert en la LTOAI per tramitar un AINN. Per tant, els convenis de participació de la CAIB en aquestes dues AECT, tenint en compte la normativa europea i interna específica que els regula, no serien exemples d'AINN.

V. Consideracions finals

Tant la LASEE com la LTOAI són dues normes que, sens dubte, han ajudat a posar ordre i a clarificar tant la projecció exterior de les CA com la tipologia d'acords que aquestes poden celebrar. En aquest sentit, són dues lleis molt rellevants que era necessari adoptar vista la falta de coordinació que hi havia tant en la pròpia projecció exterior de l'Estat com de les comunitats autònomes i la pràctica existent en l'àmbit de la celebració d'acords amb altres ens per part de les CA.

Certament, els art. 101 a 105 EAIB regulen distintes qüestions relacionades amb l'acció exterior de la CAIB que, en determinats casos, calia regular per tal que aquesta acció exterior fos ordenada i coherent amb la pròpia acció exterior de l'Estat atès que les CA són subjectes d'aquesta acció exterior. El repte de la LASEE era trobar un equilibri entre la unitat d'acció i la coherència de l'acció exterior de l'Estat i l'autonomia política que gaudeixen les CA en l'exercici d'una acció exterior que té reconeixement estatutari i l'aval del propi TC. La LASEE preveu distintes mesures dirigides a garantir la coordinació de l'acció exterior de l'Estat, les quals no suposen una pèrdua d'autonomia en l'exercici de les competències autonòmiques en aquest àmbit. Si bé el TC (i el propi Consell de Garanties Estatutàries de la Generalitat de Catalunya) han reconegut que la LASEE és constitucional perquè no suposa una intromissió de l'Estat en àmbits competencials de les comunitats autònomes ja que aquest ha de poder regular i coordinar les activitats amb projecció exterior de les autonomies (que segurament havia proliferat de forma excessiva creant certes duplicitats entre les distintes administracions públiques), el cert és que del contingut de la LASEE i de les seves concrecions a través de l'Estratègia d'Acció Exterior i de declaracions públiques del ministre d'Afers Exteriors es desprèn una clara voluntat per part de l'Estat de controlar i ingerir-se en l'acció exterior de les CA a través del paper de preeminència que li confereix la LASEE. No és una tasca fàcil trobar un equilibri entre la projecció d'exterior de les dues administracions

L'acció exterior de les Illes Balears...

quan cada una d'elles respon a determinats i diversos interessos polítics i quan no sempre són lleials una a l'altra.

La celebració d'acords amb altres ens era també una qüestió específica prevista en l'EAIB que era necessari concretar. En aquest sentit, la sistematització per la LTOAI de la tipologia d'acords que poden celebrar les comunitats autònomes en acords internacionals administratius i en acords internacionals no normatius suposa un avenç molt important que calia regular per la gran quantitat d'acords celebrats formalment o informalment per les CA. Així s'aclareix i es posa ordre no només en la tipologia i naturalesa d'acords que poden subscriure les comunitats Autònomes, sinó també en la seva tramitació interna.

Si bé és cert que les actuacions de la CAIB amb projecció exterior han estat més bé minses i que aquestes s'ha centrat essencialment en les relacions amb la Unió Europea, tant la LASEE com la LTOAI introdueixen una sèrie de qüestions que cal tenir present si les Illes Balears demostren en el futur una voluntat política de projectar-se a l'exterior i desenvolupar al màxim allò previst en el nostre Estatut d'autonomia.

rjib15

ESTUDIS

EL ACREEDOR ANTE LA RENDICIÓN DE CUENTAS DE LA ADMINISTRACIÓN CONCURSAL

Rafael Lara González

Catedrático de Derecho Mercantil

Universidad Pública de Navarra

Juan Martín Armendáriz Íñigo

Abogado del Estado-Jefe

Servicio Jurídico Regional en Illes Balears

I. Introducción: la rendición de cuentas en la fase de liquidación. II. La actuación de la administración concursal. 1. *Notas de aproximación.* 2. *La diligencia exigible en el cargo.* 3. *Las funciones en la fase de liquidación.* 4. *El criterio de pago de los créditos contra masa.* 5. *La controvertida determinación de la fecha de vencimiento de la retribución de la administración concursal en la práctica judicial.* 6. *Algunas cuestiones relacionadas con las Administraciones Públicas y los créditos que titula.* A) *La comunicación de créditos.* B) *La posición del acreedor hipotecario en relación con el concurso de acreedores cuando el concursado ostenta la condición de hipotecante no deudor.* **III. La rendición de cuentas de la administración concursal.** 1. *Objeto.* 2. *Tramitación procesal.* 3. *Pretensión.* 4. *Decisión: aprobación y desaprobación, sus consecuencias.* 5. *Una variante de la rendición de cuentas prevista en el artículo 176 bis 3 LC: la SAP de Palma de Mallorca (Secc. 5.ª) núm. 1/2017, de 11 de enero.* **IV. Conclusiones.**

RESUMEN

Es objeto del presente trabajo la figura de la rendición de cuentas que debe llevar a cabo la administración concursal. El análisis de la rendición de cuentas, circunscrito a la fase de liquidación, se realiza tanto desde la perspectiva del instrumento que es de justificación de la actuación desarrollada por la administración concursal en el procedimiento judicial de insolvencia, como, a su vez, desde la realidad del medio de revisión por los acreedores, que también es, y especialmente de la labor de revisión por los acreedores públicos.

Palabras clave: rendición de cuentas, administración concursal, acreedores públicos, fase de liquidación.

RESUM

És objecte del present treball la figura de la rendició de comptes que ha de dur a terme l'administració concursal. L'anàlisi de la rendició de comptes, circumscrit a la fase de liquidació, es realitza tant des de la perspectiva de l'instrument que és de justificació de l'actuació desenvolupada per l'administració concursal en el procediment judicial d'insolvència, com, al seu torn, des de la realitat del mitjà de revisió pels creditors, que també és, i especialment de la tasca de revisió pels creditors públics.

Paraules clau: rendició de comptes, administració concursal, creditors públics, fase de liquidació.

ABSTRACT

The aim of this paper is to analyse the issue of the balance-accountability which must be carried out by the insolvency administration. The examination of the accountability limited to the liquidation phase has to be done from two perspectives. On one side, taking into consideration that accountability is an instrument to justify the action of the insolvency administration within the bankruptcy proceeding. On the other side, taking into account that balance-accountability is also the instrument which permits creditors to review the action of the insolvency administration, particularly regarding the work of reviewing that concerns public creditors.

Key words: Balance-accountability, insolvency administration, public creditors, liquidation phase.

I. Introducción: la rendición de cuentas en la fase de liquidación

La rendición de cuentas es la última actuación que realiza la administración concursal en los autos antes de la conclusión del proceso concursal. A través de este informe, distinto del inicial previsto en el art. 75 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, «LC»),¹ se trata de justificar por el citado órgano de forma completa y pormenorizadamente la actividad desarrollada durante el proceso, tanto en lo que a la realización del activo se refiere como a su reparto entre los acreedores de la masa y en la masa, si bien estos últimos pueden incluso tener vedada su participación en esta fase.²

Aunque aludimos a la rendición de cuentas en la liquidación para acotar nuestro estudio, es menester advertir que la conclusión del concurso y el cese de la administración concursal no van a coincidir siempre.³ De acuerdo con esta premisa de análisis, según el art. 181 LC, se debe proceder a la rendición de cuentas junto con el informe de conclusión del concurso donde puede suceder que medie o no oposición. De no mediar oposición, se declaran aprobadas las cuentas y concluido el concurso pero, de formularse la misma, puede discutirse solamente la rendición de cuentas, que provoca que la conclusión del concurso se demore a la finalización del incidente de oposición a la aprobación de cuentas, o la rendición de cuentas y la conclusión del concurso decidiéndose conjuntamente en una

¹ BLANCO SARALEGUI, J. M. «Conclusión y reapertura del concurso», en PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (Dirs.). *Tratado Judicial de la Insolvencia*. T. II. Cizur Menor; Aranzadi, 2012, pág. 792; en idénticos términos, la SAP de Madrid (Sección 28.ª) núm. 307/2008, de 12 de diciembre (Rollo de Apelación 61/2008).

² La STS —Sala 1.ª, Sección 1.ª— núm. 390/2016, de 8 de junio, por ejemplo, limita la legitimación activa en esta sede a aquellos acreedores que titulen créditos contra masa en el caso de que la administración concursal haya comunicado la insuficiencia activa del art. 176 bis 2 LC para cuestionar la retribución de la administración concursal.

³ HÖLDERL FRAU, H. A. «El momento de la resolución de la rendición de cuentas de la administración concursal tras la aprobación judicial del convenio». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 14 (2008), consultado en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>

misma sentencia,⁴ y siendo obligado con carácter previo el examen de la pretensión a la conclusión del concurso.⁵

De esta forma, surgen dos cuestiones que van a ser objeto de análisis. De un lado, el contenido de esta rendición de cuentas comprendiendo aquellos aspectos que debe detallar sobre la ejecución del activo, realmente mermado, y los pagos realizados, con especial referencia a aquellos de carácter prededucible, pues estos van a ser la medida de la legítima esperanza de cobro de los acreedores; y, por otra parte, la capacidad de reacción que tienen los acreedores en relación con esta gestión desarrollada para la protección de su derecho, como es la atención que deberán prestar a los pagos realizados y, en el supuesto del art. 176 bis 3 LC, se añaden otros como los remedios de recuperación del activo así como de tutela de la seguridad del tráfico mercantil⁶ frente a terminaciones fraudulentas del concurso.⁷

En todo caso, nunca se debe olvidar que el proceso judicial de insolvencia en nuestro Derecho se halla concebido como un proceso universal donde la postulación de intereses

⁴ SHAW MORCILLO, L. «La administración concursal», en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; E. SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Dirs.) *El Derecho de la Insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, págs. 382 y 383.

⁵ Vid. SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 1/2017, de 11 de enero (Rollo de Apelación 492/2016): «Alterando el orden en que la recurrente ha planteado los motivos nos pronunciaremos en primer término sobre la procedencia o no de la conclusión del concurso, puesto que la eventual estimación del motivo planteado en segundo lugar haría innecesario el pronunciamiento sobre el primero de los motivos planteados.» (FJ 2).

⁶ Cfr. SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 1/2017, de 11 de enero (Rollo de Apelación 492/2016): «La revocación de la conclusión por insuficiencia de masa conduce a continuar un proceso concursal que genera créditos contra la masa pero tal previsión fue tenida en cuenta por el legislador al excluir a los concursos previsiblemente culpables de esta posible conclusión.

En este caso, revisados los hechos indiciariamente acreditados por la recurrente, no estimamos procedente una interpretación restrictiva y limitadora del precepto que haría imposible a los acreedores el ejercicio de los demás armas procesales para la recuperación de activo y/o la seguridad del tráfico mercantil.» (FJ 3).

⁷ En la SAP de Alicante (Sección 8.ª) núm. 27/2014, de 11 de febrero (Rollo de Apelación 24/2014) y, en el mismo sentido, la SAP de Sevilla (Sección 5.ª) núm. 327/2013, de 25 de junio (Rollo de Apelación 2906/2013) no se ordena la elaboración del «plan de liquidación» si bien no se comparte por cuanto la realización del activo se diseña a través de este instrumento procesal y es medida de la diligencia desarrollada por la administración concursal, como pone de manifiesto la SAP de Lugo (Sección 1.ª) núm. 717/2009, 13 de octubre (Rollo de Apelación 465/2009).

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

individuales, por muy loables que sean, en ningún momento deben frustrar la consecución del interés del concurso.⁸

II. La actuación de la administración concursal

1. Notas de aproximación

La insolvencia de un deudor que actúa en el tráfico jurídico se encauza legalmente a través de un proceso jurisdiccional.⁹ La condición eminentemente patrimonial de los problemas causados por la crisis económica y la necesidad de administrar o de supervisar la administración de una masa de bienes son tareas para las que el Juez no está en disposición técnica de abordar en solitario la misma: de ahí la intervención y nombramiento de la administración concursal.¹⁰ Dejando de lado en estos momentos la innecesaria polémica acerca de la designación,¹¹ su nombramiento originariamente ha correspondido a la libérrima decisión del Juez del Concurso con base en los criterios que ya adelantara el art. 27.4 LC en

⁸ «Luego [...] parece meridiano que se fomenta la venta en bloque de la empresa o de sus unidades productivas y, con ello, la continuidad de la actividad empresarial y de los empleos, poniéndose el acento en el interés de los trabajadores, aunque también en el de los acreedores, ya que normalmente reportará mayor beneficio para la masa la venta de la empresa en su conjunto que la de sus elementos aisladamente considerados». Sic SERRA RODRÍGUEZ, A. «Consideraciones en torno al concepto de “interés del concurso”». *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 30 (2013), consultado en <http://aranzadi.aranzadigital.es>

⁹ Empero, las últimas reformas con la figura del mediador concursal como medio de solución extrajudicial de las mismas según FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.; BLANCO GARCÍA-LOMAS, L.; DÍAZ REVORIO, E. *El concurso de acreedores de la persona física. Con especial atención a la mediación concursal y a la Ley de Segunda Oportunidad*. Madrid: La Ley, 2016, pág. 41. Para un estudio de los postulados en que se asienta la figura de la mediación, vid. TORRES LANA, J. Á. «Principios rectores de la mediación», en LÓPEZ SIMÓ, F.; GARAU SOBRINO, F. F. (Coords.). *Mediación en Materia Civil y Mercantil: Análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52 CE, Ley 5/2012 y RD 980/2013)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, págs. 122-160.

¹⁰ Cfr. TIRADO MARTÍ, I. «Condiciones subjetivas para el nombramiento de administradores concursales» en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Coord.) [et al.]. *Comentario de la Ley Concursal*. T. I. Madrid: Civitas, 2004, págs. 572 y 573.

¹¹ Como bien se rebate por FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.; BLANCO GARCÍA-LOMAS, L.; DÍAZ REVORIO, E. *El concurso de acreedores de la persona física...*, cit., pág. 122.

su redacción otorgada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre y, tras la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, el Legislador lo cambia por un criterio que combina el sorteo y el orden de lista previsto en el art. 27.5 LC,¹² si bien aún no vigente.¹³

Así, la administración concursal es un órgano único —con la excepción hecha del Juez— de actuación, bien individual, bien colegiada, que desempeña tanto funciones de gestión, como de intervención o sustitución en la actividad del deudor, según los casos, y también de defensa de los acreedores, sin olvidar la función auxiliar y de cooperación judicial.¹⁴ Se trata de un órgano necesario dentro del concurso.¹⁵ Los administradores concursales son, pues, algo muy distinto de lo que su denominación sugiere: no siempre son «administradores» de la masa activa del concurso,¹⁶ porque en ocasiones tan sólo intervienen los actos del concursado, y, desde luego, su función no se limita a administrar la masa activa del concurso.

¹² En vigor para los concursos en que antes del 1 de enero de 2012 aún no se haya nombrado la administración concursal (DT 2.ª.1 de la Ley 38/2011, de 10 de octubre).

¹³ Se supedita su vigencia a la del desarrollo reglamentario de esta reforma (DT 2.ª de la Ley 17/2014, de 30 de septiembre), que, en teoría, debía aprobarse a los seis meses de la entrada en vigor de la Ley 17/2014, a iniciativa de los Ministerios de Justicia y de Economía y Competitividad. Este último sistema introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley 17/2014 es criticado por la doctrina ya que esconde una cierta desconfianza a la designación judicial más flexible del modelo anterior que, si bien evita prácticas de designación interesadas o condicionadas, o de escasa transparencia, no garantiza en absoluto que las designaciones recaigan en las personas adecuadas ni que se aproveche la experiencia o la formación de candidatos a administrar concursos de especiales características o que requieran de una prestación cualificada para la gestión de complejas actividades empresariales afectadas por el concurso. Cfr. QUIJANO GONZÁLEZ, J., en PULGAR ESQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*. Madrid: La Ley, 2016, págs. 470-476.

¹⁴ AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 32/2008, de 31 de marzo (Rollo de Apelación 51/2008).

¹⁵ Vid. YANES YANES, P. «La administración concursal», en GARCÍA VILLAVERDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR ESQUERRA, J. (Dirs.). *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*. Madrid: Dilex, SL, 2003, págs. 182-194; así como STS (Sala 1.ª, Sección 1.ª) núm. 390/2016, de 8 de y AAAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 32/2008, de 31 de marzo (Rollo Apelación 51/2008) y núm. 35/2015, de 9 de marzo (Rollo de Apelación 461/2014).

¹⁶ Sin que, en ningún caso, se acote su legitimación para actuar respecto a bienes y derechos no publicados, sea en el informe inicial, sea en los textos definitivos, como advierte la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 475/2015, de 11 de septiembre.

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

La naturaleza jurídica de la administración concursal ha suscitado vivas polémicas derivadas principalmente del hecho de que, de modo simultáneo, represente o asista al deudor concursado, a los acreedores concursales y al propio concurso¹⁷ y que la compleja redacción del art. 27 LC, lejos de aclarar, aún hace más enrevesada la aproximación a esta figura.¹⁸ Pero, en definitiva, la administración concursal aúna la tutela de los intereses del concursado y acreedores para una mejor solución del concurso, eso sí, bajo la supervisión del Juez de lo Mercantil.

2. La diligencia exigible en el cargo

La administración concursal se configura en nuestra Ley como un órgano gestor de intereses ajenos que se concretan en el «interés del concurso», y que tiene como pilar la confianza que debe generar este órgano necesario en el procedimiento judicial de insolvencia, tanto por razón de su debida imparcialidad (art. 28 LC) como por la exigible objetividad en sus actuaciones y decisiones que han de ser siempre diligentes (art. 35.1 LC). Se trata así de contemplar el desempeño del cargo de administrador concursal conforme al modelo de conducta que se define para la institución, modelo para cuyo cumplimiento la Ley organiza la administración concursal alrededor de un conjunto de funciones de diversa naturaleza, pero de unitario y sólido fundamento en la consecución del interés del concurso.¹⁹

Desde esta perspectiva, lo que exige la Ley a los administradores concursales es el cumplimiento de sus tareas conforme a un determinado parámetro de conducta, explicitado en el art. 35.1, y desde luego ese mismo parámetro de conducta se halla entreverado también en el desarrollo de los deberes específicos encomendados a la administración concursal, dispersos a lo largo del articulado de dicha norma (hoy en una gran parte concretado en el nuevo art. 33 LC).²⁰

¹⁷ Por todos, AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 32/2008, de 31 de marzo (Rollo de Apelación 51/2008).

¹⁸ QUIJANO GONZÁLEZ, J., en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., págs. 460 y 461.

¹⁹ LARA GONZÁLEZ, R. «La diligencia exigible en el ejercicio del cargo», en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; E. GALLEGUO SÁNCHEZ, E.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (Coords.). *La administración concursal. VII Congreso español de Derecho de la Insolvencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, págs. 303 y 304.

²⁰ JUAN Y MATEU, F. «Artículo 35. Ejercicio del cargo», en BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Coord.) [et al.]. *Comentario de la Ley Concursal*, op. cit., págs. 707-709; GALLEGUO SÁNCHEZ, E.

En este sentido, el ejercicio del cargo de administrador concursal se halla presidido por una básica norma de conducta que impone un tipo específico de diligencia en el desempeño del cargo, diligencia sustentada a su vez en dos modelos complementarios de comportamiento: el de un «ordenado administrador» y el de un «representante leal». Por ello, los caracteres de la diligencia requerida son, por un lado, la objetividad, y, por otro, la elasticidad.²¹

Comenzaremos por la objetividad, al igual que sucede con los módulos del «buen padre de familia» o del «ordenado empresario y representante leal», el patrón del «ordenado administrador y representante leal» tiene un carácter «objetivo». Ello supone que el comportamiento exigible a los administradores concursales no se determina de acuerdo con sus concretas aptitudes personales, sino con arreglo a un modelo abstracto y externo a su persona, un modelo profesional.

No se exige de ellos el grado de diligencia que permiten las singulares capacidades y conocimientos que poseen, sino el que desplegaría un administrador concursal prototípico. Por eso también, la fórmula de diligencia hay que ponerla en relación adecuada con los requisitos de acceso al cargo que establece el art. 27; a lo que hay que añadir que, en ciertos nombramientos, el texto legal permite u obliga a considerar especiales circunstancias de cualificación técnica, experiencia y formación que deben contribuir a intensificar si cabe el grado de diligencia exigible.²²

«Artículo 36. Responsabilidad», en GALLEGO SÁNCHEZ, E. (Dir.). *Ley Concursal. Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*. T. I. Madrid: La Ley, 2005, págs. 440 y ss., y TIRADO, I. «Interés del concurso», en BELTRÁN SÁNCHEZ, E.; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A. [et al.]. *Enciclopedia de Derecho Concursal*. T. II. Pamplona: Aranzadi, 2012, págs. 1875 y ss.

²¹ LARA GONZÁLEZ, R. «La diligencia exigible en el ejercicio del cargo», *cit.*, págs. 310-312.

²² Vid. SAP de Barcelona (Sección 15.ª) núm. 202/2013, de 15 de mayo al señalar que «este patrón o modelo arquetípico elegido por la LC para medir la justificación y legalidad de su conducta, implica el mantenimiento del grado de dedicación y atención exigible, en función de las puntuales y concretas necesidades e intereses del concurso en cada momento, y, así mismo, la obligación de actuar primando siempre el interés del concurso, por encima de cualquier interés personal o de un tercero. También, adoptar y ejecutar las decisiones que cabe esperar de un *ordenado* administrador [...], lo que se traduce en una pauta constante de actuación *organizada y prudente*, en cada momento más o menos relevante en que su intervención sea requerida o necesaria, de acuerdo con las funciones atribuidas por la LC, de cara al concurso».

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

En cuanto a la elasticidad, se configura como un mecanismo de equilibrio o, si se prefiere, de corrección de aquél. En efecto, la elasticidad implica que en la valoración de la conducta debida hay que atender a las circunstancias en que ésta se produce. El «ordenado administrador» y el «representante leal» son conceptos indeterminados que requieren una concreción en cada supuesto específico. Por esta misma razón, también la diligencia exigible a los administradores concursales habrá de fijarse atendiendo a las características del concurso de que se trate, teniendo presentes circunstancias como, por ejemplo, la clase de actividad profesional o empresarial que desarrolle el deudor, la dimensión de la empresa, el estado en que se encuentren la contabilidad y la documentación, el número de acreedores, etcétera.²³

En todo caso, el deber de diligencia de los administradores concursales expresa la forma en que deben cumplir los deberes impuestos por la Ley. A ello luego volveremos al abordar la rendición de cuentas.

3. Las funciones en la fase de liquidación

Las funciones que debe desempeñar la administración concursal dependen en buena parte del régimen de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su patrimonio²⁴ y, en cualquier caso, pueden ser calificadas como de administración del patrimonio del concursado, de representación en juicio de la masa del concurso, de saneamiento de la masa concursal y de ordenación del proceso concursal.²⁵

Como hemos anticipado en la introducción, nos vamos a centrar en las relativas a la fase de liquidación y, para ello, conviene adentrarse en las llevadas a cabo en este momento procesal a través de dos vehículos capitales, como son el «plan de liquidación» y los «informes trimestrales», pero sin olvidar que la función se ha de referir necesariamente tanto a la realización del activo sobre el pasivo como a la aplicación de ese numerario en la atención

²³ En especial, habrá que tener en cuenta el momento del proceso en el que actúan, ya que puede ocurrir que una determinada acción u omisión al poco de asumir el cargo no deba considerarse negligente (porque todavía no han podido conocer suficientemente el funcionamiento o la situación de la empresa), pero que deba calificarse como culpable si se produce en un momento posterior (cuando lleven ya un cierto tiempo al frente de la administración del concurso) como ya ha abordado la STS (Sala de lo Civil) núm. 669/2013, de 11 de noviembre.

²⁴ PAU PEDRÓN, A. *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2004, págs. 11-21.

²⁵ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2012, págs. 350-352.

de los créditos tanto de la masa como en la masa y que, como tales, sí que pueden tener influencia en la rendición de cuentas.²⁶ Así del lado de los pagos surge la cuestión del abono de los créditos contra masa donde, inexcusablemente, se debe aludir a la retribución de la administración concursal y, por el lado del activo, a la realización del mismo, haciendo hincapié en el caso de la transmisión de la unidad productiva (ya recogido en el art. 146 bis LC tras ser introducido por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal).

Pues bien, la apertura de la fase de liquidación del concurso de acreedores produce el efecto de que las operaciones de liquidación hayan de ser realizadas por la administración concursal.²⁷ La Ley Concursal lo regula en los arts. 148 a 153 si bien las diligencias propiamente de carácter liquidativo se ordenan en el art. 148 LC, referido al denominado «plan de liquidación», cuyo objeto consiste, precisamente, en disciplinar las actuaciones que integran la realización de la masa activa del concurso, con respeto al cúmulo de garantías fijadas por el Legislador, en particular, las garantías hipotecarias,²⁸ así como en el art. 149 LC, que recoge las reglas legales supletorias como una alternativa de carácter subsidiario a lo no previsto en él,²⁹ si bien este carácter supletorio, tras la amplia reforma del mismo por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, ha mutado en imperativo en buena medida

²⁶ NAVARRO LÉRIDA, M.^a S. «El ámbito competencial de la administración concursal en caso de suspensión de facultades de la sociedad concursada (y otras cuestiones). A propósito de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de febrero de 2008 y demás resoluciones emanadas en el caso de FÓRUM FILATÉLICO, SA». *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 32 (2009), consultado en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>; asimismo queremos dejar constancia que con ello no pretendemos restar en ningún caso importancia a la función desarrollada antes como, por ejemplo, a través del informe de valoración de la propuesta de convenio y su participación en la Junta de acreedores como destaca PORFIRIO CARPIO, L. J. *La Junta de acreedores (Su especial consideración como órgano del concurso)*. Madrid: Thomson-Civitas, 2008, págs. 239-241.

²⁷ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. «La liquidación de la sociedad y el concurso de acreedores», en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.; Beltrán SÁNCHEZ, E. (Dirs.). *La liquidación de sociedades mercantiles* (3.^a ed.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pág. 507.

²⁸ Vid. STS (Sala 1.^a) de 23 de julio de 2013; también RIFÁ, A. «La ejecución de garantías reales en el marco del concurso de acreedores», en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. [et al.]. *Las ejecuciones en el concurso de acreedores. VIII Congreso español de Derecho de la Insolvencia*. Cizur Menor: Aranzadi, 2016, págs. 617 y 618.

²⁹ HUALDE LÓPEZ, I. *La fase de liquidación en el proceso concursal. Apertura, efectos y operaciones de liquidación*. Cizur Menor: Aranzadi, 2013, pág. 385.

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

reduciendo, de este modo, extraordinariamente la discrecionalidad de la administración concursal a la hora de elaborar el «plan de liquidación», particularmente, en el caso de venta de la unidad productiva.³⁰

En el «plan de liquidación», asimismo, suele ser habitual la inclusión de cláusulas que habilitan a la administración concursal para contratar servicios de otros profesionales de la liquidación³¹ planteando la conflictiva cuestión de quién asume el gasto de tal intervención, si la masa o, por el contrario, el propio administrador concursal.³² La práctica judicial,

³⁰ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C., en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 1647; particularmente interesante es el estudio de esta figura por PERDICES HUETOS, A. B. «La no responsabilidad del adquirente por las deudas anteriores a la transmisión». *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 34 (2015), consultado en <http://aranzadi.aranzadigital.es>, cuya aplicación de la doctrina del fraude de ley es asumida sin fisuras en el AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 166/2015, de 9 de octubre (Rollo de Apelación 264/2015). Cfr. asimismo LEÓN SANZ, F. J. «La transmisión de unidades productivas como objeto de aportación», en DÍAZ MORENO, A.; LEÓN SANZ, F. J. (Dirs.). *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*. Cizur Menor: Thomson Reuters- Aranzadi, 2015, págs. 459-461, así como una propuesta de *lege ferenda* de ALEJOS GARMENDIA, B. *Una propuesta para la continuidad de las empresas viables en el concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, págs. 111-146.

³¹ AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 32/2008, de 31 de marzo (Rollo de Apelación 51/2008): «Y, por último, están los acreedores concursales y el propio concursado, deseosos, lógicamente, de que el ámbito de la actuación material *ex lege* de los administradores concursales sea el máximo posible, pues de esa forma se reducirá el coste económico del concurso [...]».

³² Hay un caso muy curioso resuelto por el AAP de Navarra (Sección 3.ª) núm. 43/2016, de 7 de marzo de 2016 (Rollo de Apelación 653/2016): «En nuestro caso, el apelante propuso inicialmente un Plan que contemplaba la venta de activos inmobiliarios no mediante la actividad directa del liquidador/administrador concursal, sino a través de una entidad dedicada al comercio inmobiliario, la cual en todo o en parte le pertenecía y pretendiendo que la misma percibiera por ello una jugosa comisión a pagar por la masa (16.400 euros, caso de conseguir la venta de los inmuebles a los precios previstos por el propio administrador concursal).

Ese mismo hecho es suficiente a nuestro juicio para apreciar justa causa de separación porque, al proponer una forma de liquidación contraria a las normas señaladas, con previsión de obtención de un beneficio indirecto para el administrador concursal (por medio de la comisión a percibir por su empresa inmobiliaria), se quiebra ya el deber de actuación leal que se le impone genéricamente como regla de conducta en el desempeño del cargo. El deber de lealtad no solo se infringe con la consumación de un acto que lo contraría sino también con la mera tentativa frustrada de llevarlo a cabo.»; de este modo, la práctica judicial se mantiene alerta ante posibles abusos amparándose en una finalidad no prevista en la norma.

consciente del sobre coste que representa tal servicio, diferencia en función de si la intervención de estos profesionales es para suplir conocimientos técnicos específicos que desconoce la administración concursal o, por el contrario, son propios de la pericia técnica y profesional de la administración concursal.³³ La modificación operada por la Ley 9/2015, aprovechando la reforma de la unidad productiva, establece la asunción de gastos por la intervención de la entidad especializada en liquidación por parte de la administración concursal, si bien no faltan voces en la doctrina que postulan su carácter dispositivo ya que, precisamente, ese es el carácter del art. 149 LC en que se inserta tal previsión.³⁴

³³ AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 2/2017, de 17 de enero (Rollo de Apelación 600/2016): «En este sentido en resolución de 30 de junio de 2016 rollo 248/2016 resolvimos “Esta Sala ya ha resuelto en numerosas resoluciones que no está justificado que, quien percibe honorarios durante la fase de liquidación por ésta y otras tareas propias traslade el coste de una parte de las mismas a terceros salvo que, excepcionalmente, lo que sea objeto de enajenación requiera de unos conocimientos específicos que no deba poseer la administración concursal.”» y en el caso de autos era para liquidar un numerario que ascendía a 7.600 euros.

³⁴ Así, tras alabar la precisión, critica esta previsión ya que «al estar ésta [por la retribución de la administración concursal] tasada, y aquella no, puede dar lugar a situaciones injustas, especialmente si se analiza en conexión con el resto de cambios introducidos en 2014 y 2015 relativos a la retribución de la administración concursal» GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 1664; también se critica tal previsión en los AAJM núm. 1 de Palma de Mallorca 6 de octubre de 2016 (Concurso Ordinario 693/2013) y de 21 de diciembre de 2016 (Concurso Ordinario 6/2015) si bien declara «Reitero que este Tribunal aplicaba un criterio diverso, pero el mismo se hacía en aquellos planes de liquidación propuestos y elaborados antes de la reforma referida, bajo la ausencia de regulación sobre este parecer. Una vez que existe una regla específica la misma es directa e inmediata aplicación, como concreta el auto de la Audiencia Provincial de Palma de 3 de diciembre de 2014. Por todo ello procede estimar las observaciones efectuadas al efecto, declarando que los abonos de los honorarios de APIs así como de entidades especializadas en liquidación serán sufragados con cargo a los honorarios de la administración concursal». Y en idéntica posición sobre el carácter imperativo del art. 149 LC cfr. CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. «El procedimiento de transmisión de la empresa en el concurso de acreedores», en *Acuerdos de refinanciación, convenio y reestructuración. Las reformas de 2014 y 2015 de la Ley Concursal*, op. cit., pág. 373.

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

En nuestro criterio, se plantean problemas más acusados y graves³⁵ en el supuesto de la declaración del concurso con solicitud de apertura de liquidación del art. 191 ter LC³⁶ donde la intervención de los acreedores es meramente formal recayendo el protagonismo exclusivamente en la administración concursal,³⁷ pues la celeridad impuesta por el precepto dificulta enormemente su intervención;³⁸ por ello, se impone una suerte de articulación de procedimiento para formular observaciones alternativas que, si son inadmitidas, podrán dar pie a su discusión como modificación al «plan de liquidación» para evitar indeseables y proscritas situaciones de indefensión ante el Juez del Concurso, en primera instancia y, en su caso, ante la Audiencia Provincial.³⁹ Eso sí, sin que pueda suponer una avalancha de alegaciones, al impedirlo las exigencias no sólo de la buena tramitación del proceso sino, fundamentalmente, de la buena fe.

³⁵ Si bien anterior al art. 146 bis LC, el AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 166/2015, de 9 de octubre de 2015 (Rollo de Apelación 264/2015), que analiza un supuesto de venta de unidad productiva en fraude de ley resumido en la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que tanto la mercantil transmitente como la adquirente sean los mismos —AJM núm. 6 de Madrid de 7 de octubre de 2013— o, al menos, estén ligados por vínculos de parentesco —AJM núm. 3 de Vigo de 15 de abril de 2014—; b) precio módico —AJM núm. 3 de Vigo de 15 de abril de 2014—, y, finalmente, c) inhabilidad de la adquirente para continuar con la actividad de la empresa concursada —AJM núm. 5 de Barcelona de 6 de mayo de 2014—.

³⁶ Téngase presente el art. 191 ter LC «2. Abierta la fase de liquidación el secretario judicial dará traslado del plan de liquidación presentado por el deudor para que sea informado en plazo de diez días por el administrador concursal y para que los acreedores puedan realizar alegaciones».

³⁷ AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 75/2015, de 30 de abril (Rollo de Apelación 120/2015): «La Sala concuerda con la recurrente y la administración concursal —en este punto están de acuerdo— respecto a la imposibilidad material del traslado del plan con el auto de la declaración del concurso y apertura de la liquidación».

³⁸ Vid. CORDÓN MORENO, F., en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 1996, si bien no aborda expresamente esta problemática.

³⁹ AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 75/2015, de 30 de abril (Rollo de Apelación 120/2015): «Si presentadas alegaciones al mismo en cualquier momento desde febrero a julio se le hubiera denegado la posibilidad de presentarlas y/o hubieran sido inadmitidas por extemporáneas procedería analizar la indefensión. Pero, en este caso, el auto desestimando la oferta vinculante —que al parecer coincide en sus razonamientos con los que motivaron el auto del Juzgado de mercantil núm. 2 en un supuesto similar— no apreciamos, pese a la infracción procesal, la existencia de indefensión material vulneradora de los derechos de los acreedores».

Junto a ello, surge el informe trimestral por operaciones de liquidación previsto en el art. 152 LC⁴⁰ donde la labor de la administración concursal como «liquidador concursal» obliga a un especial deber de información⁴¹ que, junto con una indudable proyección de transparencia, implica una presión indirecta sobre la administración concursal para actuar con la diligencia debida, ya que la eventual incuria o lenidad quedará evidenciada en dichos informes.⁴² De esta forma, se muestra como un vehículo ideal para poder habilitar a los acreedores el examen de la actuación de la administración concursal.⁴³

Empero, su objeto es claro, a saber, informar de las operaciones de liquidación que, a medida que avance el proceso de liquidación, los informes se referirán no sólo a las operaciones de liquidación en sentido estricto (enajenaciones de bienes y derecho, estado de los contratos pendientes, etc.), sino también, en su caso, al estado de pago de los créditos —tanto de la masa como concursales—, con el detalle que sea necesario (pago de los créditos condicionales, pago anticipado de los créditos aplazados, los repartos realizados con antelación, etc.) así como a las acciones que puedan ejercitarse durante la fase de liquidación (acciones de reintegración de la masa; acciones de responsabilidad contra administradores, liquidadores y auditores; acciones contra los socios ilimitadamente responsables), tanto ya realizados como pendientes.⁴⁴ En ningún caso esta obligación se relaja si la liquidación tiene lugar conforme al «plan de liquidación» o, en su caso, con base en el régimen legal del art. 149 LC.⁴⁵

⁴⁰ La Ley 9/2015, de 25 de mayo, ya posibilita la remisión telemática a los acreedores personados cuya dirección electrónica se tenga conocimiento.

⁴¹ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Coord.) [et al.]. *Comentario de la Ley Concursal*, op. cit., T. I., pág. 2415.

⁴² GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., págs. 1702 y 1703; y HUALDE, I. en CORDÓN MORENO, F. (Dir.). *Comentarios a la Ley Concursal*. T. II. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, pág. 484.

⁴³ HUALDE, I. en CORDÓN MORENO, F. *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 486; SAP de Álava (Sección 1.ª) núm. 1/2013, de 9 de enero; SAP de Murcia (Sección 4.ª), de 3 de mayo de 2012.

⁴⁴ BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M. (Coord.) [et al.]. *Comentario de la Ley Concursal*, op. cit., Concursal, cit. pág. 2416.

⁴⁵ MORALES IMBERNÓN, I. en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. [et al.]. *Comentarios a la Ley Concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*. T. II. Madrid: Tecnos, 2004, pág. 1636.

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

4. El criterio de pago de los créditos contra masa

El criterio de pago de los créditos contra masa es a vencimiento, con la sola excepción de los créditos laborales como reza el art. 84.3 LC y como antes de la reforma provocada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, ya decía el art. 154 LC. Así fue entendido también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2012 y, posteriormente, lo reiteró nuestro Alto Tribunal en numerosos pronunciamientos⁴⁶ que zanjaron el debate de la forma de pago de los créditos contra masa,⁴⁷ aclarando definitivamente que el pago es conforme al criterio de vencimiento, salvo que medie la comunicación del art. 176 bis 2 LC en cuyo caso se pagan según ese nuevo orden de vencimiento.⁴⁸

5. La controvertida determinación de la fecha de vencimiento de la retribución de la administración concursal en la práctica judicial

El análisis acerca de la determinación de la fecha de vencimiento de la retribución de la administración concursal halla su sentido tanto por ser un caso en el que la propia administración debe poner de manifiesto en la rendición de cuentas, como por la disparidad que sobre ello se ha observado en la práctica judicial.

⁴⁶ SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 305/2015, de 10 de junio; núm. 310/2015, de 11 de junio; núm. 311/2015, de 11 de junio; núm. 306/2015, de 9 de junio; núm. 424/2015, de 22 de julio y núm. 152/2016, de 11 de marzo.

⁴⁷ Fue un debate excesivamente animado donde al existir una única Sentencia, los pronunciamientos de la llamada jurisprudencia menor fue vacilante, así, por ejemplo, en contra de esa Sentencia, se pronunció la SAP de Soria (Sección 1.ª) núm. 4/2014, de 9 de enero y, de forma contradictoria, la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4.ª) donde en el Auto de 26 de octubre de 2011, manifiesta que los créditos contra la masa deben ser satisfechos a su vencimiento, si bien dice lo contrario en su Sentencia de 3 de mayo de 2012 justificado en la oscuridad de los preceptos implicados, aunque tampoco faltaban Audiencias Provinciales que no abrigaban duda alguna al respecto en relación con la vigencia sin fisuras del criterio de vencimiento hasta la comunicación del art. 176 bis 2 LC como son los AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 28/2015, de 23 de febrero; núm. 152/2015, de 25 de septiembre; núm. 157/2015, de 30 de septiembre; núm. 160/2015, de 5 de octubre y núm. 174/2015, de 19 de octubre de 2015.

⁴⁸ La excepción son los créditos reclamados por un acreedor a través de un incidente concursal y la administración concursal comunique la insuficiencia como reacción a tal demanda y, por ello, reserva a este acreedor el pago a vencimiento según ha aclarado la STS núm. 187/2016, de 18 de marzo, matizando la doctrina contenida en las SSTs (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 305/2015, de 10 de junio; núm. 310/2015, de 11 de junio; núm. 311/2015, de 11 de junio y núm. 306/2015, de 9 de junio.

Es preciso señalar que la cuantificación de la retribución de la administración concursal tiene lugar a través de un arancel aprobado por el Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, en la que el activo presenta un papel más importante que el pasivo a la hora de determinar el monto de los sumandos que configuran este crédito contra masa. Y además, no debe olvidarse que incluso su propia configuración ha sido objeto de crítica judicial.⁴⁹

La prelación para el cobro de los créditos contra la masa en concepto de retribución de la administración concursal fue objeto de controversia judicial y dio lugar a debates en la literatura científica sobre el particular, incluido su régimen tributario.⁵⁰ Al respecto cabe distinguir dos supuestos, uno, es el relativo a los casos en que no haya comunicación de la insuficiencia de la masa activa para pagar los créditos contra la masa previsto en el art. 176 bis 2 LC y desde ese concreto momento que, derogado el criterio de pago a vencimiento del art. 84.3 LC, se hace con arreglo al orden de prelación que el art. 176 bis 2 LC diferenciando uno de carácter privilegiado, y otros que sólo se pagarán de haber remanente conforme al orden de los números 1 a 5 del tantas veces repetido art. 176 bis 2 LC.⁵¹ De acuerdo con esta distinción, se analizará, por un lado, su régimen conforme al orden de pago a vencimiento del art. 84.3 LC y, por otro lado, en caso de la crisis del concurso que ya regula el art. 176 bis 2 LC.

⁴⁹ Es conveniente la cita del AAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 32/2008, de 31 de marzo de 2008 (Rollo Apelación 51/2008) que expone muy bien su problemática: «La ya anunciada magra retribución de los mismos que les mueve a tratar de economizar esfuerzos, pues no se ven económicamente incentivados a desplegar actuaciones que excedan de lo exigido por la Ley.

Pero al mismo tiempo su posible incursión en responsabilidad les lleva a tratar de evitar incurrir en la misma por omisión de actuaciones exigidas por la Ley, que puedan causar daños a la masa, a los acreedores o a terceros».

⁵⁰ Se anuncian y exponen por ORDIZ FUERTES, C. «*Varias cuestiones pendientes sobre la retribución y tributación de la administración concursal*». *Tribuna Fiscal: Revista Tributaria y Financiera*, núm. 223 (2009), págs. 8-17, y, asimismo, se aborda en GONZÁLEZ GARCÍA, I. «La retribución de la administración concursal», en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. J.; E. GALLEGOS SÁNCHEZ, E.; CAMPUZANO LAGUILLO, A. B. (Coords.). *La administración concursal. VII Congreso español de Derecho de la Insolvencia*., op. cit., consultado en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>

⁵¹ ARMENDÁRIZ ÍÑIGO, J. M. «¿Cuándo cobro? Sobre la tormentosa relación entre la Ley Concursal (art. 34 y 35) y el Reglamento que fija el arancel de la administración concursal (art. 8 y 10) en relación con la retribución de la administración concursal “Will we ever be set free?”». *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, núm. 35, (2014), consultado en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

Comenzando por el primer supuesto, esto es, el pago a vencimiento, es obligado advertir que esta controvertida contienda ha sido ya resuelta por el Tribunal Supremo en sus SSTs (Sala 1.ª, Sección 1.ª) núm. 391/2016, de 8 de junio, núm. 392/2016, de 8 de junio y núm. 629/2016, de 25 de octubre, dirimiendo el debate existente entre las que distinguían hasta tres tesis: una, la de si el crédito vencía con la declaración del concurso,⁵² con la aceptación del cargo por la administración concursal⁵³ o, finalmente, conforme a los hitos temporales señalados en el Real Decreto 1860/2004, salvo que por el Auto que fije la retribución de la administración concursal o se determine otro criterio temporal diferente;⁵⁴ siendo esta última la que, finalmente triunfa.⁵⁵

En cuanto al pago en el supuesto de insuficiencia de la masa activa para hacer frente a los créditos contra la masa del concurso previsto en el art. 176 bis 2 LC,⁵⁶ también se ha dirimido por el Tribunal Supremo en su Sentencia (Sala 1.ª, Sección 1.ª) núm. 390/2016, de 8 de junio, y

⁵² SJM núm. 1 de Oviedo de 12 de febrero de 2008.

⁵³ SSAP de Jaén núm. 395/2015, de 24 de septiembre; núm. 185/2015, de 4 de mayo; núm. 211/2012, de 24 de julio; núm. 168/2013, de 19 de noviembre y núm. 177/2013, de 27 de noviembre, y SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 44/2016, de 22 de febrero.

⁵⁴ SAP de Álava (Sección 1.ª) núm. 156/2013, de 27 marzo; SAP de Almería (Sección 1.ª) núm. 290/2014, de 4 de noviembre; SAP de Almería (Sección 1.ª) núm. 185/2015, de 2 de junio; SAP de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 124/2014, de 4 marzo; SAP de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 105/2014, de 4 marzo; SAP de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 106/2014, de 4 marzo; SAP de Cádiz (Sección 5.ª) núm. 155/2014, de 24 marzo; SAP de Mérida (Sección 3.ª) núm. 244/2015, de 28 de octubre; SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 616/2014, de 30 octubre; SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 355/2015, de 25 de junio; SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 449/2015, de 30 de julio; SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 695/2015, de 26 de noviembre; SAP de Navarra (Sección 3.ª) núm. 21/2012, de 5 marzo; SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 314/2012, de 7 junio; SAP de Salamanca (Sección 1.ª) núm. 538/2011, de 19 diciembre; SAP de Valencia (Sección 9.ª) núm. 309/2012, de 26 de julio; SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 811/2009, de 6 de noviembre de 2009; SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 396/2013, de 28 de junio, y, SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 5/2015, de 8 de enero.

⁵⁵ Así, por ejemplo, citamos las SSAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 321/2016, de 10 de noviembre (Rollo de Apelación 437/2016) y núm. 396/2016, de 30 de diciembre (Rollo de apelación 435/2016) que reproducen la doctrina de nuestro Tribunal de Casación, si bien la última de las citadas añade un pormenorizado análisis de la cuestión en la jurisprudencia menor hasta su resolución por el Tribunal Supremo.

⁵⁶ GONZÁLEZ NAVARRO, B. A. «Los honorarios de la administración concursal en caso de conclusión anticipada por insuficiencia de masa». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4 (2013), consultado en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>

como acontecía en el anterior caso, se diferenciaban dos posiciones básicas. Por un lado, la que estima que la retribución de la administración concursal no es un crédito imprescindible para la liquidación, debiéndose subsumir en su totalidad bien en el art. 176 bis 2.5 LC⁵⁷ bien en el art. 176 bis 2.4 LC;⁵⁸ y, por otro lado, la que proclama que parte de los créditos sean imprescindibles para la liquidación y el resto se subsuma bien en el art. 176 bis 2.4 LC o, en su caso, en el art. 176 bis 2.5 LC que, a su vez, diferencia otras subdivisiones como la que declara que parte es imprescindible, siempre que la administración concursal concrete y especifique qué particulares operaciones de liquidación han sido imprescindibles para la liquidación que, ante su silencio o insuficiencia probatoria, debe conducir a subsumir la totalidad o parte de su retribución en el art. 176 bis 2.5 LC;⁵⁹ y la que, igualmente, postula que parte de la retribución es imprescindible y consiste en la que es devengada desde la comunicación de la insuficiencia de la masa activa ex art. 176 bis 2 LC hasta la presentación del informe del art. 176 bis 3 LC, mientras que el resto se subsume en el art. 176 bis 2.4 LC,⁶⁰ o, finalmente, la que estima que toda la retribución percibida en fase de liquidación es imprescindible para la liquidación con independencia del momento en que la administración concursal efectuó la comunicación del art. 176 bis 2 LC.⁶¹

En este caso de insuficiencia de la masa activa previsto en el art. 176 bis 2 LC, el Alto Tribunal ha diseñado un procedimiento complejo⁶² que ilustra en la STS (Sala 1.ª, Sección 1.ª) núm. 390/2016, de 8 de junio (FJ 3.3)⁶³ y que, a través del cauce procesal del art. 188 LC, el

⁵⁷ SSAP de Guipúzcoa (Sección 2.ª) núm. 96/2012, de 12 de marzo, núm. 22/2014, de 18 de febrero y núm. 128/2014, de 17 de julio; y, voto particular a la SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 76/2015, de 3 de marzo.

⁵⁸ SAP de Murcia (Sección 4.ª) 6/2016, de 8 de enero y SAP de Valladolid (Sección 3.ª) núm. 109/2015, de 25 de mayo; con carácter *obiter dicta* lo asume la SAP de Valencia (Sección 9.ª) núm. 379/2014, de 29 de diciembre.

⁵⁹ SAP de Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 76/2015, de 3 de marzo.

⁶⁰ SAP de Jaén (Sección 1.ª) núm. 168/2013, de 19 de noviembre.

⁶¹ SAP de Lugo (Sección 1.ª) núm. 302/2015, de 29 de julio, con un argumento de autoridad tal que «sin necesidad de mayor fundamentación».

⁶² SJM núm. 1 de Palma de Mallorca núm. 355/2016, de 24 de noviembre.

⁶³ «Ahora bien, el art. 176 bis 2 LC establece un matiz, pues no da tratamiento singular a todos los actos de la administración concursal generadores del derecho a honorarios, sino únicamente a aquellos que tengan el carácter de imprescindibles, una vez que se ha comunicado la insuficiencia de masa activa. Por ello, a falta de identificación legal expresa, resulta exigible que sea la propia administración concursal quien identifique con precisión qué actuaciones son estrictamente imprescindibles para obtener numerario y gestionar la liquidación y el pago, y cuál es su importe, para

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

Juez del Concurso debe concretar, a petición de la administración concursal y tras oír a los acreedores que titulan créditos contra masa, qué actos son imprescindibles para la liquidación. Hay que estar por tanto al caso concreto.

6. Algunas cuestiones relacionadas con las Administraciones Públicas y los créditos que titula

El concurso de acreedores para las Administraciones Públicas implica un desapoderamiento de sus tradicionales prerrogativas⁶⁴ y la aplicación de principios de actuación que chocan frontalmente con su tradicional posición de preeminencia,⁶⁵ en

que el juez del concurso, con audiencia del resto de acreedores contra la masa (art. 188.2 LC), valore aquellas circunstancias que justifiquen un pago prededucible».

⁶⁴ En este sentido se ha argumentado que «La propia idea del concurso, como proceso judicial en el que acreedores concurrentes —en aspirada situación de igualdad— tratan la insolvencia de un deudor común, bajo la dirección de un Juez del concurso todopoderoso resulta extraña, incómoda, casi alérgica, a una Administración Pública que gusta ejercer unilateralmente su poder y a la que el ordenamiento jurídico español reconoce secularmente su propia autotutela, respaldada por nuestro Tribunal Constitucional en la eficacia, primero de los principios conforme a los cuales la Constitución española sujeta el servicio objetivo del interés general por las Administraciones Públicas. Dicha posición de supremacía —potentior persona— alcanza su paroxismo cuando la Administración Pública actúa como Administración Tributaria, a la que se encomienda específicamente el logro de la justicia tributaria». *Sic* LINARES GIL, M. I. «Jurisdicción del juez del concurso y autotutela administrativa». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 8 (2008), págs. 163 y 164).

⁶⁵ De hecho se ha objetado que «No cabe extrapolar la regulación del Derecho privado, civil o mercantil, para resolver cuestiones relativas a los sujetos, objeto y contenido de la relación jurídico tributaria, pues, en la medida en la que su origen se encuentra en la ley y no en la autonomía de la voluntad, será la ley especial —fundamentalmente la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en adelante LGT, y la Ley 47/2003, de 23 de noviembre, General Presupuestaria, en adelante LGP— la que determine su origen, contenido y causas de extinción y no la voluntad de las partes contratantes». *Vid.* ORDIZ FUERTES, C. «La posición de la Hacienda Pública en el concurso a la luz de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 14 (2011), pág. 206; y, de manera resignada, LAGO MONTERO, J. M. «Los contratos ante el concurso de acreedores (1)» en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.). *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias*. Vol XVIII. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pág. 126, «tampoco tal declaración por auto judicial interfiere demasiado en la vida de las obligaciones tributarias generadas por los hechos

particular, destaca de manera muy especial la presencia de la «Agencia Estatal de Administración Tributaria» en el seno del concurso llegando, por ello, a ser calificado como «acreedor casi necesario».⁶⁶ Veamos a continuación dos cuestiones que entrañan especial significado: la comunicación de créditos y la posición del acreedor hipotecario en relación con el concurso de acreedores cuando el concursado ostenta la condición de hipotecante no deudor.

A. La comunicación de créditos

Se principia por un criterio general de comunicación de los créditos por parte del acreedor a la administración concursal,⁶⁷ pero hay supuestos donde el reconocimiento se debe llevar a cabo *ex officio* por la propia la administración concursal,⁶⁸ si bien éstos no están exentos de polémica.⁶⁹ En todo caso, su reconocimiento forzoso,⁷⁰ incluidos los créditos contra la masa, se impone en la práctica judicial resultando innecesario que, comunicado el crédito a la administración concursal, se interese un pronunciamiento declarativo del certificado comunicado, remitiendo a las partes al correspondiente procedimiento de revisión administrativo, salvo que se discuta su postergación o su diferente calificación y que se debe discutir en el seno del concurso.⁷¹

imponibles que se hubieran producido hasta ese momento, ni excesivamente en las obligaciones tributarias que se generen a partir de él».

⁶⁶ Vid. HERRERO DE EGAÑA Y ESPINOSA DE LOS MONTEROS, J. M. «La Administración Tributaria y la reforma concursal». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 833 (2011), consultado en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>

⁶⁷ Cfr. FRAILE FERNÁNDEZ, R. *La posición del crédito tributario en el concurso de acreedores*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, pág. 65.

⁶⁸ ORDIZ FUERTES, C. «Administraciones Públicas y Concurso». *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, núm. 14 (2011), pág. 77.

⁶⁹ ARMENDÁRIZ ÍÑIGO, J. M. «Sobre fotos fijas, movimientos reflejos y fantasmas. Una reflexión en torno al alcance del art. 97 de la Ley Concursal y sus sucesivas modificaciones ¡“back to basics”!». *Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 7 (2014) consultado en <http://aranzadi.aranzadidigital.es>, en relación con los créditos resultantes de registros públicos.

⁷⁰ CALVO VÉRGEZ, J. *El crédito tributario en el concurso de acreedores*. Valladolid: Lex Nova, 2014, págs. 146-160.

⁷¹ Vid. STS (Sala 1.ª, Sección 1.ª) núm. 46/2015, de 18 de febrero «los créditos contra la masa que pueda ostentar la TGSS pueden acreditarse mediante simples certificaciones del periodo impositivo de que se trate» y, en el mismo sentido, las SSAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 380/2016, de 20

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

El reconocimiento, por tanto, es obligado (art. 86.2 LC)⁷² y su fundamento radica en la prerrogativa de la denominada autotutela declarativa de la Administración Pública (arts. 38 y 39 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) quedando vedado su revisión por la administración concursal en el seno del concurso, más allá, insistimos de la diferente calificación concursal del crédito tributario consignado.⁷³ Esta labor de verificación queda aliviada además por la imposibilidad de ejecución unilateral del crédito contra la masa por parte de la Administración Pública pues se configuraba como elemento distorsionador de la buena marcha del proceso,⁷⁴ de lo que era claro exponente la situación anterior a la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.⁷⁵

de diciembre (Rollo de Apelación 560/2016) y núm. 386/2016, de 22 de diciembre (Rollo de Apelación 548/2016).

⁷² Sin que sea preciso un acto expreso de la Administración Tributaria para cuantificar la deuda bastando su inclusión en el certificado como sostiene AGUILAR RUBIO, M. *Crédito tributario y concurso de acreedores*. Madrid; La Ley-Actualidad, 2009, pág. 306, así como la SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 350/2016, de 24 de noviembre (Rollo de Apelación 473/2016); SAP Teruel núm. 72/2010, de 14 de abril y SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 224/2011, de 28 de abril (Rollo de Apelación 242/2011); en contra, VEIGA COPO, A. B. *La masa pasiva del concurso de acreedores*. Madrid: Civitas, 2012, págs. 362-364.

⁷³ RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J. *La Hacienda Pública y los procesos concursales*. Cizur Menor: Aranzadi, 2006, pág. 64; y, con matices, THOMÀS PUIG, P.M. La posición de la administración tributaria y el crédito tributario en el proceso concursal. Madrid: La Ley-Actualidad, 2010, págs. 116 y 117: «Sin embargo, en relación con este necesario reconocimiento del crédito justificado por certificación administrativa, nos parece adecuado entender que la administración concursal no está obligada a incluir en la lista de acreedores los créditos ya pagados o compensados o aquellos que no han podido nacer por aplicación de la misma LC ya que se trata de conceptos que no debieran constar en la certificación expedida por la Administración o que claramente constan por error».

⁷⁴ THOMÀS PUIG, P. M. “Las ejecuciones singulares de las deudas de la masa”, en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. [et al.]. *Las ejecuciones en el concurso de acreedores. VIII Congreso español de Derecho de la Insolvencia*, op. cit., pág. 540; en idénticos términos la STS (Sala de lo Civil) de 12 de diciembre de 2014.

⁷⁵ SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 294/2016, de 14 de octubre (Rollo de Apelación 436/2016): «En los supuestos anteriores a la reforma introducida por la ley 38/2011 los embargos administrativos trabados antes de la declaración del concurso que subsistan porque el bien no ha sido declarado necesario, continúan. En consecuencia, en este caso la decisión de la Juez a quo debe ser mantenida.

B. La posición del acreedor hipotecario en relación con el concurso de acreedores cuando el concursado ostenta la condición de hipotecante no deudor

Se halla aún no resuelta por el Legislador la situación del acreedor hipotecario en relación con el concursado cuando éste tiene la condición de hipotecante no deudor (art. 1857 CC), y cuya caracterización resulta problemática tanto por la insuficiencia de normas específicas como por la diversidad de opiniones doctrinales⁷⁶ y, más aún, en el ámbito del Derecho de la Insolvencia.⁷⁷ Así pues, el papel de la administración concursal en relación con esta clase de garantías reales torna en un verdadero galimatías.⁷⁸

Si bien los que se tramiten con posterioridad a la reforma citada, necesariamente decaen en la fase de liquidación atendida tanto la jurisprudencia analizada como la dicción literal del precepto. En esta fase de ejecución colectiva no cabe la continuación como si de un procedimiento de ejecución privilegiada especial se tratara».

⁷⁶ RAMOS CHAPARRO, E. J. *La garantía real inmobiliaria. Manual Sistemático de la Hipoteca*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2008, pág. 203.

⁷⁷ RIBELLES ARELLANO, J. M. «Las especialidades de las ejecuciones de las garantías reales constituidas sobre bienes o derechos de la masa activa a favor de terceros que no sean acreedores», en ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A. [et al.]. *Las ejecuciones en el concurso de acreedores. VIII Congreso español de Derecho de la Insolvencia, op. cit.*, página 370: «En definitiva, la declaración del concurso tampoco afectará a la ejecución de la garantía real cuando el concursado tenga la condición de hipotecante no deudor. Todas las consideraciones realizadas en el apartado anterior en relación con el tercer poseedor son extrapolables al hipotecante no deudor»; en contra, ARA, C; CABALLERO, V. «La tutela del hipotecante en el concurso del deudor y del titular de la garantía real en el concurso del hipotecante no deudor», en *Las ejecuciones en el concurso de acreedores. VIII Congreso español de Derecho de la Insolvencia, cit.*, pág. 603: «Si la Ley impone este sacrificio al acreedor hipotecario como mecanismo para paliar el problema de acción colectiva en que consiste la insolvencia, con mayor razón debería hacerse pasar por lo mismo a quien tiene un derecho real de garantía aunque no reúna la condición de acreedor», y ANTÓN GUIJARRO, J. «El crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria en el concurso», en PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (Dirs.). *Tratado Judicial de la Insolvencia, op. cit.*, págs. 116 y 117: «No obstante, y puesto que el bien gravado con la garantía real forma parte integrante de la masa activa del concurso, las facultades de ejecución de dicha garantía se deberán someter en todo caso a las especialidades del régimen concursal contenidas en los art. 56, 57, 1543 (sic) y 155 LC. Si por el contrario la obligación fuera satisfecha por el deudor fuera del concurso, debería acudir a la extinción de la hipoteca mediante la cancelación del correspondiente asiento registral».

⁷⁸ Por ejemplo, sujeta al acreedor hipotecario a los principios concursales el AJM núm. 1 de Palma de Mallorca de 5 de septiembre de 2016 (Concurso Ordinario 277/2014) mientras que no lo hace el AJM núm. 2 de Palma de Mallorca de 30 de septiembre de 2016 (Concurso Abreviado 2/2014).

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

La jurisprudencia denominada menor es unánime en eliminar la condición de acreedor concursal de la concursada, a aquel acreedor hipotecario en relación con la hipoteca constituida en garantía de deuda ajena cuando la concursada ostenta la condición de hipotecante no deudor.⁷⁹

La cuestión también ha sido igualmente planteada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado que se ha ocupado de ello siendo su posición la del respeto de los derechos del acreedor hipotecario, determinando que la Ley Concursal no deroga el sistema hipotecario patrio.⁸⁰

⁷⁹ Así, por ejemplo, la SAP de Murcia núm. 144/2014, de 6 de marzo, razona que «En consecuencia, no procede la inclusión del crédito hipotecario en el concurso del hipotecante no deudor»; la SAP de Pontevedra núm. 476/2011, de 26 de septiembre, cuya tesis acoge parcialmente, además, la SAP de Córdoba núm. 146/2013, de 23 de septiembre, señala que «en rigor, el acreedor con garantía real (hipotecario o prendario) no podrá ser considerado como un acreedor en el concurso» o, finalmente, la SAP de Madrid núm. 67/2015, de 6 de marzo, argumenta que «El tratamiento que a tal situación debe darse en el seno del concurso del hipotecante no deudor (en este sentido, la sentencia de la AP de Pontevedra de 26 de septiembre de 2011) debe ser el siguiente: 1.º) al no ser un deudor del prestamista, pues lo único que hace es vincular bienes concretos de su patrimonio a la satisfacción de un crédito ajeno, no cabe que se incluya un reflejo por este concepto en el listado del pasivo concursal); es más, en la SAP de Burgos núm. 411/2011, de 16 de diciembre, se llega a afirmar que «Incluso este derecho lo puede ejercitar en mejores condiciones que el acreedor que tenga una hipoteca constituida sobre bienes del concurso, pues a nuestro acreedor no le afectará la paralización de la ejecución de garantías reales del artículo 56 LC. Y aunque el propietario del bien hipotecado esté también en concurso, el derecho a la ejecución separada se puede ejercitar sin ninguna limitación por lo dispuesto en el artículo 56 in fine de que “la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de esta”. Quiere ello decir que mientras que el acreedor hipotecario normal tiene que esperar a la aprobación del convenio, o por lo menos un año, para ejecutar su derecho real de hipoteca sobre bienes que estén afectos a la actividad empresarial del concursado, el acreedor que tenga constituida la hipoteca sobre bienes de un tercero, aunque este tercero esté también en concurso, podrá ejecutar la hipoteca sin sujeción a plazo».

⁸⁰ Resolución de 6 de julio de 2015, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador de la propiedad de Salamanca núm. 2, por la que se suspende la cancelación de determinadas cargas registrales, ordenada en un proceso concursal (BOE núm. 193, de 13 de agosto de 2015, Sec. III. págs. 73694-73706): «b) Si se tratara de hipotecas constituidas en garantía de deuda ajena, la cancelación en modo alguno procedería por decisión el juez del concurso en el que el beneficiario de la garantía no figura reconocido como acreedor concursal. Sería ilógico que la hipoteca se cancelara sin conocer si el crédito para cuya garantía se constituyó ese derecho

En lo que no hay duda, por el momento, es en la aplicación a esta garantía hipotecaria del «escudo protector»⁸¹ del art. 71.5.3 LC en el caso de ejercicio de la acción de reintegración por parte de la administración concursal contra el acreedor hipotecario,⁸² si bien en el ámbito del Derecho Comunitario de Insolvencia se plantea la vigencia de este remedio tuitivo para el acreedor hipotecario.⁸³

III. La rendición de cuentas de la administración concursal

1. Objeto

La rendición de cuentas se constituye como un deber que la Ley Concursal impone a la administración concursal, con independencia de su configuración, y tiene por objeto la actividad desarrollada por la administración concursal, como órgano del concurso.⁸⁴

Entendemos que debe comprender, al menos, los siguientes aspectos: en primer lugar, una justificación completa y cumplida del ejercicio de las facultades de administración variable en función del contexto de cada concurso; en segundo lugar, el resultado y saldo final de las operaciones realizadas a través de un balance o vehículo similar que exprese la

real ha sido satisfecho, salvo que lo fuera por purga.»; línea que acoge expresamente la SAP de Granada (Sección 3.ª) núm. 87/2016, de 7 de abril (Rollo de Apelación 96/2016).

⁸¹ Seguimos la terminología empleada por la más autorizada doctrina sobre el particular PULGAR EZQUERRA, J. *Preconcursalidad y reestructuración empresarial. Acuerdos de refinanciación y acuerdos extrajudiciales de pagos*. Madrid: La Ley, 2016, pág. 628.

⁸² SAP de Madrid (Sección 28.ª) núm. 66/2014, de 24 febrero, SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 36/2016, de 16 de febrero y SAP de Córdoba (Sección 1.ª) núm. 569/2016, de 3 de noviembre, y, en idénticos términos, SANCHO GARGALLO, I. «Las acciones de reintegración», en PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (Dirs.). *Tratado Judicial de la Insolvencia*, op. cit., T. I, págs. 1194 y 1195, así como AZNAR GINER, E. *Refinanciaciones de deuda, acuerdos extrajudiciales de pago y concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, págs. 252 y 253.

⁸³ Así el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (art. 5.4) y Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia [texto refundido] (art. 8.4); STJUE (Sala 5.ª) de 26 de octubre de 2016 (Asunto C-195/2015) que analiza el concepto de garantía real a efectos del Reglamento Comunitario de Insolvencias de 2000, transitoriamente vigente.

⁸⁴ JUAN Y MATEU, F. «Artículo 181. Rendición de cuentas», en ROJO, A.; BELTRÁN, E. (Dirs.). *Comentario de la Ley Concursal*. T. II. Madrid: Civitas, 2004, págs. 2694 y 2695.

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

imagen fiel de patrimonio; y, finalmente, la solicitud expresa de aprobación de las cuentas.⁸⁵ De este modo, se facilita una justificación tanto aritmética como escrita de lo realizado sin que ello enerve la posibilidad de acompañar otra documentación complementaria que ayude a ilustrar lo actuado y a una mejor inteligencia del mismo.⁸⁶ Los informes trimestrales de liquidación previstos en el art. 152 LC completan esta información pero no sustituyen a la propia rendición de cuentas.⁸⁷

Con ello, se articula procesalmente la cuenta oportuna para una mayor inteligencia del proceso concursal en lo que a la actividad desplegada por la administración concursal como acto único, que no sucesivo, se refiere, pero sin que impida corregir errores materiales posteriormente a su presentación.⁸⁸

⁸⁵ YANES YANES, P. «Artículo 181. Rendición de cuentas», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 1943.

⁸⁶ JUAN Y MATEU, F. «Artículo 181. Rendición de cuentas», cit., pág. 2698.

⁸⁷ SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 26/2016, de 8 de febrero (Rollo de Apelación 459/2015): «Las cuentas presentadas por la Administración concursal recogen los datos y elementos objetivos tanto del período anterior como del posterior a la apertura de la fase de liquidación, entre tanto la sociedad estaba intervenida; y siendo que la Administración Concursal ejerció sus labores, sustituyendo la Administración Concursal a los que fueron suspendidos de sus facultades, cuyas acciones fueron ejercitadas por la Sociedad Limitada, que gestiona y vende; que los gastos y disposiciones de fondos deben ser reflejados en la rendición de cuentas; que en el caso secundarios eran los correspondientes a cada período, y los datos venían reflejados y, además de en la liquidación, en los informes trimestrales, en el control de ingresos y de gastos en cada fase, según lo dispuesto en el art. 181, 84.3 y 83.1 de la Ley Concursal.» y SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 353/2015, de 25 de junio de 2015 (Rollo de Apelación 289/2015): «En definitiva, la rendición de cuentas es incompleta al no comprender la totalidad de los fondos percibidos (solo hace mención a 1.200.000€) y qué pagos se han realizado, pues no basta con decir que se han atendido los créditos contra la masa, pues es necesario indicar qué importe se ha abonado a cada acreedor, que no se subsana con una lectura de los informes trimestrales, no siendo, finalmente, claro el grado de cumplimiento de los créditos contra la masa, que según se refleja en la rendición de cuentas se han atendido en su totalidad, y ahora en este incidente se justifique la omisión de referencia a los créditos concursales diciendo que no se pudo pagar la totalidad de los créditos contra la masa».

⁸⁸ SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 26/2016, de 8 de febrero de 2016 (Rollo de Apelación 459/2015): «La documental adicional subsana los errores de impresión a través del contenido de tales documentos, cada uno de los cuales va acompañado de transferencia y los movimientos correspondientes. Los errores de imprenta no convierten a la rendición de cuentas sin más, que es un acto múltiple, ni una mera subsanación convierte tal actividad en sucesiva o compleja. Las subsanaciones

En definitiva, se expondrá, en unidad de acto, el resultado del procedimiento y el saldo, positivo o negativo, de las operaciones realizadas junto con la solicitud de la aprobación de la cuenta.⁸⁹

2. Tramitación procesal

La tramitación procesal se diferencia en función de que haya o no oposición, resultando en este último caso su articulación procesal canalizada a través del incidente concursal⁹⁰ y siendo partes, el promotor de la misma como demandante, que puede ser incluso un deudor de la concursada por una incorrecta ejecución del «plan de liquidación»,⁹¹ así como la administración concursal y la concursada.⁹² Tras la tramitación de la misma, finaliza, bien normalmente, a través de Sentencia, bien por el cauce de otras formas de finalización que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁹³ Curiosamente, esta cuestión no ha sido de reformas.⁹⁴

En todo caso, de plantearse de forma acumulada a la oposición de la conclusión del concurso, debe ventilarse antes la de conclusión para, ya, posteriormente, abordar la rendición de cuentas formulada por la administración concursal, al resultar esta última consecuencia de la primera (la finalización de la labor desarrollada).⁹⁵

completan el posible déficit de información, y fue procedentemente completada en la rendición de cuentas, a 20 de marzo de 2015» y, en idénticos términos, la SAP de Navarra (Sección 3.ª) núm. 203/2013, de 20 de diciembre (Rollo de Apelación 71/2013).

⁸⁹ ROSENDE, C. «Artículo 181. Rendición de cuentas», en CORDÓN MORENO, F. *Comentarios a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 711.

⁹⁰ Profusamente estudiado en la doctrina, CORDÓN MORENO, F. «Los aspectos procesales del concurso», en GARCÍA VILLAVARDE, R.; ALONSO UREBA, A.; PULGAR EZQUERRA, J. (Dirs.). *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003 para la reforma concursal*. Madrid: Dilex, 2003, págs. 601-606, y GARNICA MARTÍN, J. F. «Aspectos procesales de la Ley Concursal», en PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (Dirs.). *Tratado Judicial de la Insolvencia*, op. cit., págs. 843 y 864.

⁹¹ SAP de Lugo (Sección 1.ª) núm. 717/2009, de 13 de octubre (Rollo de Apelación 465/2009).

⁹² SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 129/2012, de 23 de febrero (Rollo de Apelación 26/2012).

⁹³ La terminación a través de los supuestos previstos en los arts. 19 a 22 LEC.

⁹⁴ BLANCO SARALEGUI, J. M. «Conclusión y reapertura del concurso», en PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (Dirs.). *Tratado Judicial de la Insolvencia*, op. cit., pág. 789.

⁹⁵ SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 1/2017, de 11 de enero de 2017 (Rollo de apelación 492/2016): «Alterando el orden en que la recurrente ha planteado los motivos nos pronunciaremos en primer término sobre la procedencia o no de la conclusión del concurso, puesto que la eventual

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

3. Pretensión

La información en que se traduce la rendición de cuentas deriva de la obligación que la Ley impone a todo liquidador de patrimonios ajenos,⁹⁶ debiendo ser desterrada cualquier idea de «ajuste de cuentas».⁹⁷ Y, como se ha expuesto anteriormente, sólo comprende los aspectos *ut supra* reseñados, y nada más, quedando, por ello, ajenos al mismo, por ejemplo, reproches que puedan afectar a la escasa o nula observancia del deber del art. 152 LC.⁹⁸

Ahora bien, pese a ello, entendemos que también debe comprender su objeto la fiscalización de los créditos contra masa tanto referidos a su reconocimiento⁹⁹ como a su pago, incluyendo, si procede, la reordenación de pagos, si bien no deja de ser un aspecto controvertido y, por ello, objeto de discusión tanto por la literatura científica como por la práctica judicial.¹⁰⁰ Y es que de no permitirse tal reordenación, se convierte en ilusoria la rendición de cuentas que, innecesariamente, se hace soportar al acreedor diligente en su reclamación a otro posterior pleito para reclamar, otra vez, lo que ya ha sido declarado en la propia Sentencia de desaprobación de la cuenta presentada por la administración concursal.

estimación del motivo planteado en segundo lugar haría innecesario el pronunciamiento sobre el primero de los motivos planteados».

⁹⁶ Vid. STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 424/2015, de 22 de julio.

⁹⁷ Gráficamente así lo aludían diferentes Audiencias Provinciales como lo resume brillantemente la SJM núm. 2 de Palma de Mallorca 183/2016, de 23 de mayo (Concurso Ordinario 75/2013). FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, V.; BLANCO GARCÍA-LOMAS, L.; DÍAZ REVORIO, E. *El concurso de acreedores de la persona física...*, cit., pág. 330.

⁹⁸ SJM núm. 2 de Palma de Mallorca núm. 353/2016, de 14 de noviembre (Concurso Abreviado 328/2010).

⁹⁹ BLANCO SARALEGUI, J. M. «Conclusión y reapertura del concurso», en PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (Dirs.). *Tratado Judicial de la Insolvencia*, op. cit., pág. 793; para el caso exclusivo de declaración de créditos contra masa cfr. SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) núm. 96/2012, de 13 de febrero, SAP de Valencia (Sección 9.ª) de 26 de septiembre de 2006, SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 932/2010, de 2 de diciembre, la SAP de Albacete (Sección 1.ª) núm. 14/2014, de 3 de febrero o la SAP de Barcelona (Sección 15.ª) núm. 242/2009, de 8 de julio; y, en contra, la SJM núm. 1 de Palma de Mallorca, núm. 328/2016, de 25 de octubre (Concurso Ordinario 381/2015) cuando se ciña exclusivamente a la declaración de créditos contra masa.

¹⁰⁰ YANES YANES, P. «Artículo 181. Rendición de cuentas», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 1945; a favor, SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 5/2015, de 8 de enero y SAP de Valladolid (Sección 1.ª) núm. 227/2015, de 13 de noviembre, mientras que se pronuncia en contra la SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 396/2016, de 30 de diciembre.

4. Decisión: aprobación y desaprobación, sus consecuencias

La cuenta puede ser aprobada o desaprobada y, en este contexto, la aprobación conoce dos supuestos distintos en función de que se haya o no formulado oposición. A saber: cuando la oposición a la aprobación queda desierta, el Juez del Concurso debe aprobar la cuenta y, cuando por el contrario, se formula oposición, se debe ventilar a través del oportuno incidente.¹⁰¹

La cuestión controvertida se presenta así en el caso de la desaprobación de la cuenta y que vamos a detenernos en ella que, adelantamos, se ciñe exclusivamente a determinar el alcance de este verbo, a saber, «comportará» empleado en futuro y a modo de imperativo en el art. 181.4 LC. Esta cuestión, como decimos, se encuentra vivamente discutida en la literatura científica, donde se habla tanto del carácter potestativo¹⁰² como del carácter imperativo, excluyendo expresamente su carácter contingente o disponible por parte de los Juzgados y Tribunales¹⁰³ y sin que, como es natural en todo rico debate, falten las posturas eclécticas remitiéndose al caso concreto.¹⁰⁴

Del aludido debate doctrinal, hemos de advertir que, en absoluto, resulta extraño a la práctica judicial, aún a pesar del pronunciamiento claro y contundente sobre el alcance y vigencia del art. 181.4 LC efectuado por el Tribunal de Casación.

En efecto, con base en un primer y básico criterio interpretativo, la exégesis literal del precepto permite inferir la aplicación de la sanción de inhabilitación prescrita en la norma como pronunciamiento necesario e imperativo, como así ya lo ha dicho la STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 424/2015, de 22 de julio: «Por tanto, los efectos de la desaprobación de las cuentas, “que no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales” que establece el art. 181.4 LC, comporta la inhabilitación temporal para ser nombrados en otros concursos, por un periodo que no puede ser inferior a seis meses ni superior a dos años. Al no haberse

¹⁰¹ YANES YANES, P. «Artículo 181. Rendición de cuentas», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., págs. 1944 y 1945.

¹⁰² BLANCO SARALEGUI, J. M. «Conclusión y reapertura del concurso», en PRENDES CARRIL, P.; MUÑOZ PAREDES, A. (Dirs.). *Tratado Judicial de la Insolvencia*, op. cit., págs. 794 y 795; así como LÓPEZ SÁNCHEZ, J. *El proceso concursal*, op. cit., págs. 710 y 711.

¹⁰³ Por todos, JUAN Y MATEU, F. «Artículo 181. Rendición de cuentas», cit., págs. 2694 y sigs.

¹⁰⁴ HURTADO YELO, J. J. «La determinación de la justa causa en la separación de los administradores concursales». *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 8 (2014), consultada en www.aranzadidigital.es

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

solicitado esta expresa y obligada condena, debe imponerse en su grado mínimo, esto es, seis meses». Para el Tribunal de Casación, el precepto es claro y taxativo sin que quepa margen alguno para el intérprete de la norma encaminado a dulcificar o suavizar el rigor de la norma en cuestión —por el art. 181.4 LC—.

Empero, en general, la doctrina de los Juzgados y Tribunales dista de seguir tal pronunciamiento, a pesar de su claridad. De este modo, se puede resolver el debate judicial del siguiente modo: por un lado, la tesis de la inaplicación de oficio la defienden las Audiencias Provinciales de La Coruña,¹⁰⁵ Valencia,¹⁰⁶ Vizcaya¹⁰⁷ y Zaragoza;¹⁰⁸ y tras la reforma de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se inclinan por la misma tanto la Audiencia Provincial de Pontevedra¹⁰⁹ como la de Murcia.¹¹⁰

Dentro de esta línea rogativa también se sitúan las Audiencias Provinciales de Álava¹¹¹ y de Navarra,¹¹² llegando, en este último caso, si el incumplimiento es palmario, al pronunciamiento de inhabilitación, como acontece también en la Audiencia Provincial de Barcelona¹¹³ y, con un matiz especial, en la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, al remitir al acreedor insatisfecho al ejercicio de la acción de responsabilidad del art. 36 LC contra la administración concursal.¹¹⁴

En cuanto a las Audiencias Provinciales que sí se inclinan por tal exégesis literal del art. 181.4 LC —línea de la inhabilitación imperativa— merecen una especial mención dos pronunciamientos de otras tantas Audiencias Provinciales como son la de Valladolid,¹¹⁵ la de Vizcaya,¹¹⁶ que corrige y enmienda su inicialmente acogida tesis de la sanción de

¹⁰⁵ SAP de La Coruña (Sección 4.ª) núm. 188/2016, de 18 de mayo.

¹⁰⁶ SAP de Valencia (Sección 9.ª) núm. 660/2016, de 11 de mayo.

¹⁰⁷ SAP Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 608/2010, de 23 de julio, sin embargo, este pronunciamiento lo corrige en la posterior SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 5/2015, de 8 de enero.

¹⁰⁸ SAP de Zaragoza (Sección 5.ª) núm. 96/2012, de 13 de febrero.

¹⁰⁹ SAP Pontevedra (Sección 1.ª) núm. 104/2016, de 26 de febrero.

¹¹⁰ SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 6/2016, de 8 de enero y SAP de Murcia (Sección 4.ª) núm. 745/2015, de 17 de diciembre.

¹¹¹ SAP Álava (Sección 1.ª) núm. 156/2013, de 27 de marzo.

¹¹² SAP Navarra (Sección 3.ª) núm. 203/2013, de 20 de diciembre.

¹¹³ SAP de Barcelona (Sección 15.ª) núm. 210/2015, de 17 de septiembre.

¹¹⁴ SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 396/2016, de 30 de diciembre.

¹¹⁵ SAP de Valladolid (Sección 3.ª) núm. 319/2016, de 14 de noviembre.

¹¹⁶ SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 5/2015, de 8 de enero, SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 205/2016, de 23 de marzo, así como en la SAP de Vizcaya (Sección 4.ª) núm. 193/2016, de 18 de marzo.

inhabilitación como potestativa por la de la sanción como pronunciamiento imperativo, máxime cuando los pronunciamientos judiciales que se inclinan por la tesis que aquí hemos dado en llamar como «potestativa» (*vid.* Audiencia Provincial de Murcia y Pontevedra), se basan en ella, como la de Huesca¹¹⁷ que es más radical en su posición, pues afirma que existe jurisprudencia al haber ya dos pronunciamientos del Tribunal de Casación sobre este concreto particular que, en parecidos términos, se infiere que es así acogido por la Audiencia Provincial de Alicante.¹¹⁸

5. Una variante de la rendición de cuentas prevista en el artículo 176 bis 3 LC: la SAP de Palma de Mallorca (Secc. 5.ª) núm. 1/2017, de 11 de enero

Conviene recordar que la disposición contenida en el art. 176 bis 3 LC se introdujo por el Legislador en la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, con el fin de colmar una laguna legal que había motivado una viva discusión.¹¹⁹ Asimismo es preciso poner de relieve que esta conclusión del concurso se halla supeditada a la concurrencia de unos requisitos previstos en el citado precepto y que debe acreditar la administración concursal una vez distribuida la masa activa, en un informe justificativo que afirmará y razonará inexcusablemente que a) el concurso no será calificado como culpable, b) que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa sin que la existencia de bienes inembargables o desprovistos de valor hagan desmerecer tal petición.

Propiamente, no es una reordenación de cuentas pero participa de un carácter semejante al exigir a la administración concursal una exposición motivada de la concurrencia de tales requisitos.¹²⁰

En este contexto se dicta la SAP de Palma de Mallorca (Sección 5.ª) núm. 1/2017, de 11 de enero de 2017 (Rollo de apelación 492/2016) cuyos antecedentes resumidamente son resumidos

¹¹⁷ SAP de Huesca (Sección 1.ª) núm. 110/2015, de 18 de septiembre.

¹¹⁸ SAP de Alicante (Sección 8.ª) núm. 222/2016, de 25 de julio, rechazando la inaplicación de la medida de inhabilitación.

¹¹⁹ GADEA SOLER, E; NAVARRO LÉRIDA, M. S.; SACRISTÁN BERGIA, F. *La conclusión del concurso por inexistencia de bienes y derechos y su reapertura*. Madrid: La Ley, 2009, pág. 84.

¹²⁰ YANES YANES, P. «Artículo 181. Rendición de cuentas», en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir.). *Comentario a la Ley Concursal*, op. cit., pág. 1894.

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

en su FJ 2: «La sociedad se constituyó como SLU en el año 2012 y antes de ello la misma actividad era llevada a cabo por quien es socio único y administrador. Para nuestra concursada el local donde desarrollaba su actividad profesional es de alquiler y en el concurso la administración concursal tramitó el expediente de regulación de empleo de las trabajadoras».

A raíz de ello, la controversia se centra en determinar si un acreedor puede fundar la oposición a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa en cuestionar el razonamiento según el cual el concurso no será calificado culpable.

Y, de este modo, deslinda lo que es la pieza de calificación¹²¹ de este trámite para concluir, argumentando que «Es cierto que tiene un encaje procesal difícil como sucede, frecuentemente, en una ley concursal con decenas de reformas desde su promulgación en el año 2003 y a la espera de una necesaria coordinación. Hasta la entrada en vigor de esta reforma, introducida en el año 2012, se han tramitado centenares de concursos con insuficiencia de masa activa. No era una situación deseable por los costes que el propio proceso genera, pero el legislador ha valorado que los concursos previsiblemente culpables no pueden acudir a esta vía de conclusión. Éste es nuestro caso». Además, la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca reconoce a un acreedor legitimación para oponerse a la conclusión del concurso por ser previsible la calificación del concurso como culpable, ya que el archivo puede ser controlado tanto de oficio por el Juez del Concurso como a instancia de un acreedor, máxime cuando no ha intervenido el Ministerio Fiscal emitiendo informe alguno sobre el particular.¹²²

Acto seguido la Sala pasa a analizar los hechos, respetuosa tanto con la administración concursal como con una suerte de presunción de no culpabilidad concursal, a los solos efectos de un posible pronunciamiento de culpabilidad. De este modo, analiza la Sala los argumentos expuestos, de un lado, por la administración concursal que acusa a la Administración Tributaria

¹²¹ Para un estudio completo sobre el particular ORTIZ GONZÁLEZ, M. A. «La calificación del concurso», en CAMPUZANO LAGUILLO, A. B.; SANJUÁN Y MUÑOZ, E. (Coords.). *El Derecho de la Insolvencia. El concurso de acreedores*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, págs. 919-959.

¹²² Transcribimos «Con arreglo a lo razonado, siendo que lo que aquí se discute es si un acreedor puede oponerse a la conclusión del concurso por insuficiencia de masa activa por entender que falta alguno de los requisitos que el legislador ha establecido y más concretamente por entender que, en contra de lo razonado por la AC, el concurso será calificado como culpable, la Sala entiende que el Juez de lo mercantil puede y debe revisar a de oficio o, como en este caso, a solicitud de un acreedor si es cierto que, como ha razonado la AC, el concurso cuya conclusión se solicita sería, en su caso, calificado como fortuito.»; asimismo justifica razones de tutela judicial efectiva resumidas en el principio *pro actione* para apreciar la bondad de la pretensión de reforma postulada por el apelante en la alzada.

de haber ahogado financieramente a la concursada¹²³ y, con ello, haberla abocado al concurso con ocasión de unas Actas firmadas en conformidad; y, por otro lado, por el acreedor-apelante que, tras justificar la inexistente anomia legal en la actividad económica desarrollada por la concursada, justifica con base en las Actas de conformidad firmadas con la Inspección de Tributos acerca de la doble contabilidad de la concursada que indistintamente facturaba servicios como empresario individual y social.

Tales hecho, acertadamente en nuestro criterio, conducen a la Sala a presumir la posible declaración de concurso como culpable reconociendo el derecho del acreedor a formular alegaciones en la Sección de calificación, que no a la calificación del concurso como culpable tras el archivo de la pieza de calificación. Eso sí, sin olvidar el posible ejercicio de la acción de responsabilidad contra la administración concursal del art. 36 LC por no haber solicitado a tiempo la apertura de la pieza de calificación.¹²⁴ Finalmente, la desestimación de la petición de archivo del concurso, impide pronunciarse sobre la oposición a la rendición de cuentas que critica la propia Sala.¹²⁵

IV. Conclusiones

De cuanto se ha expuesto en las páginas precedentes podemos extraer las siguientes conclusiones:

- 1.^a La administración concursal es un órgano necesario del procedimiento de insolvencia cuya actuación está sujeta al control del Juez del Concurso a través de los remedios procesales que prevé la Ley, entre ellos, la rendición de cuentas.

¹²³ Significativamente destaca la Ilma. Sala que el grueso del pasivo corresponde a un crédito titulado por la «Tesorería General de la Seguridad Social».

¹²⁴ Así dice «Ese control lo puede pedir el acreedor toda vez que: a) La LC no limita la legitimación en el art 176 bis ni art 152.2. b) Tiene legítimo interés en la apertura de la sección sexta y poder formular alegaciones ex 168 LC ilustrar a la AC y MF. c) Es la única posibilidad que tiene de poder reclamar después responsabilidad al administrador concursal por causarle daños al no actuar correctamente (no calificar cuando debía, ART 36 LC)».

¹²⁵ Y nuevamente, transcribimos «Sin perjuicio de constatar la discrepancia entre lo afirmado en la rendición de cuentas inicialmente, que en la instancia se consideró pagado y así lo acreditó documentalmente la administración concursal demandada, no resolveremos ahora sobre las consecuencias de la rendición de cuentas final pues, estimado el recurso que revoca la conclusión del concurso no procede pronunciarse sobre ella en este momento».

El acreedor ante la rendición de cuentas de la administración concursal

- 2.^a La rendición de cuentas se articula procesalmente en un acto único donde se debe incluir una parte justificativa y otra numérica de las operaciones desarrolladas por la administración concursal, junto con la documental precisa para acreditar tal actividad; su configuración como acto único no empece la posibilidad de subsanar errores materiales en un ulterior momento procesal.
- 3.^a Si bien el informe trimestral de operaciones de liquidación del art. 152 LC comunica a los acreedores y al resto de partes personadas en los autos la marcha de la fase de liquidación, es un documento informativo que no puede ser objeto de impugnación, menos aún, como sustitutivo de la rendición de cuentas.
- 4.^a El ámbito de la oposición de la rendición de cuentas, que incluso puede ser promovido por un deudor del concursado, comprende el examen de todos los aspectos de la misma, incluyendo la fiscalización de pagos como son los créditos contra masa, tanto en lo referente a su declaración como al orden de su pago.
- 5.^a La existencia de ámbitos controvertidos de actuación como es en relación con la venta de unidades productivas y la situación de hipotecas en el patrimonio del concursado —donde éste asume la posición de hipotecante no deudor— reclaman una clarificación de sus difusos entornos como garantía de éxito del cometido de la administración concursal y, por ende, del buen fin del concurso de acreedores en claro interés de todos los operadores implicados.
- 6.^a La desaprobación de la rendición de cuentas, una vez acreditados incumplimientos legales, como son la infracción del orden de pagos, debe dar lugar a la inhabilitación de la administración concursal, sin que el carácter reciente de reiterados pronunciamientos judiciales eliminen o suavicen tal pronunciamiento imperativo sancionado en el art. 181.4 LC, tal y como lo ha declarado el Tribunal Supremo.
- 7.^a Las Administraciones Públicas, como el resto de acreedores, pueden acudir a tal remedio procesal para la defensa de sus intereses y derechos legítimos debiendo acomodarse la legislación administrativa y la tributaria a las singularidades propias del proceso concursal. En particular, puede discutir el pago de créditos contra masa, tanto si han sido reconocidos como si han sido indebidamente postergados, sea por infracción del art. 84.3 LC, sea por vulneración del orden de prelación del art. 176 bis 2 LC al resultar improcedentemente preterido el crédito público.
- 8.^a Debe entenderse como un mecanismo adicional de justificación como correlativo de control la información que debe facilitar la administración concursal en el supuesto del archivo del concurso previsto en el art. 176 bis 3 LC, sin que, en ningún caso,

quede vedado a los acreedores la posibilidad de oponerse a dicho informe cuyo contenido puede ser examinado incluso de oficio por el Juez del Concurso. Y, además, la falta de solicitud de apertura de la sección de calificación por la administración concursal puede ser constitutiva de responsabilidad a los efectos del art. 36 LC.

rjib15

ESTUDIS

ALGUNES NOTES SOBRE LA LLICÈNCIA URBANÍSTICA DE LEGALITZACIÓ EN LA LLEI 2/2014, DE 25 DE MARÇ, D'ORDENACIÓ I ÚS DEL SÒL, I EN EL SEU DESPLEGAMENT REGLAMENTARI A L'ILLA DE MALLORCA

Jaume Munar Fullana

Doctor en dret públic

I. Consideracions inicials. II. La matisació del concepte jurídic de llicència en el context de la legalització. III. El projecte o documentació tècnica necessaris per instar el procediment de legalització de l'actuació. IV. Precisions necessàries a les regles de sol·licitud, tramitació i resolució. V. La qüestió del planejament i normativa aplicable a la resolució del procediment de la llicència urbanística de legalització. 1. La regulació expressa de l'opció a considerar. 2. Incidència de les innovacions de planejament. VI. Els contextos de possible concurrència de la llicència de legalització. 1. Llicència de legalització voluntària instada al marge de les potestats administratives de protecció, restabliment o sanció, o fora del termini del requeriment administratiu. 2. Llicència de legalització instada en el si dels procediments de protecció i restabliment de la legalitat.

RESUM

Aquest treball analitza les notes més característiques del règim de la llicència urbanística especial de legalització, d'acord amb la legislació urbanística pròpia de les Illes Balears i, més concretament, amb el seu desplegament reglamentari dut a terme per a l'àmbit de l'illa de Mallorca. S'efectua en primer lloc una contextualització general d'aquesta institució, i seguidament es destaquen les peculiaritats del procediment que s'ha d'aplicar, així com els distints contextos de fet en els quals pot operar aquesta mesura.

Paraules clau: llicències urbanístiques, procediment administratiu, restabliment de la legalitat urbanística.

RESUMEN

El presente trabajo analiza las notas más características del régimen de la licencia urbanística especial de legalización, de acuerdo con la legislación urbanística propia de las Illes Balears y, más concretamente, con su desarrollo reglamentario efectuado para el ámbito de la isla de Mallorca. Se efectúa inicialmente una contextualización general de esta institución, y seguidamente se destacan las peculiaridades procedimentales aplicables, así como los diferentes contextos de hecho en los que puede operar esta medida.

Palabras clave: licencias urbanísticas, procedimiento administrativo, restablecimiento de la legalidad urbanística.

ABSTRACT

This paper analyzes the characteristics notes of the system that rules the special urban legalization license in accordance with planning legislation proper to the Balearic Islands and, more specifically, with its regulatory deployment carried out in Majorca. First place in a general context of this institution, and then highlights the peculiarities of the procedure to be applied, as well as the different contexts in that this measure can operate.

Key words: planning licenses, administrative procedure, restoration urban planning legality.

I. Consideracions inicials

L'estudi de la figura de la llicència urbanística de legalització afronta tradicionalment una dificultat de partida, com és la manca d'una regulació bàsica del seu règim jurídic en les normes de rang legal, dèficit que no ha estat abordat directament en la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl (LOUS), tot i que hi trobarem una menció directa entre les seves disposicions relatives a la protecció de la legalitat urbanística i el restabliment de l'ordre jurídic pertorbat. Així, per tal de restablir aquest ordre jurídic, i en cas de compatibilitat amb l'ordenació vigent, s'ha de dur a terme la legalització dels actes o usos realitzats de manera irregular; per a tal efecte l'art. 151.4 de la norma preveu que per a la sol·licitud, la tramitació i la resolució de la legalització regeixen les mateixes regles establertes per a les aprovacions o llicències que hagin de ser atorgades.

En conseqüència, la LOUS segueix en la pràctica la tendència de la majoria de les normes autonòmiques de rang legal que esmenten aquest tipus especial de llicència entre les regles de disciplina urbanística, però sense fixar-ne un règim bàsic més enllà d'establir una norma de remissió a les llicències ordinàries que, en alguns aspectes, no confereix una resposta adient a les peculiaritats del cas. Això ha provocat que en alguns desplegaments reglamentaris s'hagin introduït unes precisions necessàries tant d'ordre material com procedimental per tal de donar una resposta a l'especialitat de la situació, com ha estat el cas del recent Reglament insular de desplegament de la LOUS per a l'Illa de Mallorca, que serà objecte d'aquest breu estudi en concordança a les determinacions de la norma de superior jerarquia.

D'altra banda, ens trobam igualment amb una dificultat addicional en l'estudi d'aquesta figura i que deriva dels distints significats que pot tenir el propi terme «legalització», i que ha posat de manifest la doctrina que ha estudiat en profunditat aquesta institució en el marc més general dels processos de regularització urbanística. Així, la tècnica de legalització en sentit ample pressuposa l'existència d'irregularitats en actuacions urbanístiques, i que segons la seva tipologia fa que ens puguem trobar davant dos escenaris, seguint la distinció bàsica que proposa MORENO LINDE:¹

- a) El supòsit d'il·legalitat merament formal d'un acte que s'ha executat sense llicència o contravenint les seves condicions, però que s'ajusta materialment a l'ordenació urbanística, context que és el que pretén ser objecte d'aquest treball i

¹ MORENO LINDE, M. *El régimen jurídico de la regularización urbanística*. València: Tirant lo Blanch, 2016. Assenyalam que aquesta doctrina descriu altres possibles situacions d'operativitat de la legalització, però a l'efecte del nostre treball agafarem estrictament la distinció bàsica que hem indicat.

en el qual la legalització és el resultat de substanciar un procediment que, essencialment, conté els mateixos tràmits que els de concessió de la llicència que no es va obtenir en el seu moment, o bé consisteix a ajustar les obres o usos a les condicions de la llicència atorgada.

- b) El supòsit d'il·legalitat material, quan l'actuació comporta disconformitat amb l'ordenació urbanística a la qual s'ha d'ajustar, independentment que s'executi o no a l'empara de llicència urbanística, context en el qual la legalització requereix una innovació del planejament urbanístic a fi que l'ordenació s'adeqüi a la realitat de l'actuació il·legal. Encara que com hem avançant no és aquest el supòsit que volem tractar, el nostre ordenament urbanístic l'admet implícitament tot i que assenyalarem la restricció que perfilen els òrgans judicials en la utilització d'aquestes mesures d'alteració del planejament quan tenen com a finalitat exclusiva la legalització d'irregularitats específiques.

Per tant, centrarem l'objecte d'aquest breu estudi en la figura i procediment de la llicència de legalització entesa des de la perspectiva de legalització d'actuacions que incorren en irregularitat formal; bé perquè s'han dut a terme sense l'obtenció prèvia del títol administratiu que habilita la seva execució o contravenint les condicions d'aquest títol, quan l'acte se sotmeti a un règim d'intervenció preventiva; o bé per subjectar-se a un règim de comunicació prèvia sense que aquesta no s'hagi dut a terme; però que en ambdós casos es puguin considerar com a actuacions compatibles materialment amb l'ordenació urbanística d'aplicació.

Com hem indicat igualment, seguirem la regulació de la figura que ha introduït el Reglament general de la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl, per a l'illa de Mallorca (RLOUSM), aprovat definitivament el 16 d'abril de 2015, i per tant, aparentment només aplicable a aquesta illa, tot i que podem avançar que la regulació esmentada, continguda en el seu art. 386, en realitat duu a terme una funció de precisió tant de les escasses normes legals com més especialment de concreció estricta dels requisits que ha anat construint la jurisprudència amb relació a aquest tipus especial de llicència urbanística. En aquest sentit la pretensió del Reglament, més que pròpiament de desplegar la LOUS, que la desplega, ha estat la sintetització dels trets bàsics d'aquesta figura, motiu pel qual entenem que són regles que poden ser agafades com a referents sense cap més problema a les altres illes.

II. La matisació del concepte jurídic de llicència en el context de la legalització

El fet que, com ja hem apuntat inicialment i d'acord amb la LOUS, s'assenyali que s'apliquen a les llicències de legalització les regles establertes per a les llicències ordinàries, no pot evitar de cap manera que per la funció que té assignada no sigui un tipus especial de llicència per tal com té, des d'aquesta perspectiva funcional, unes característiques que la diferencien de la llicència general, o en paraules de la Llei de «les aprovacions o llicències que hagin de ser atorgades».

Per això s'explica la inserció sistemàtica que ha dut a terme el RLOUSM en la secció 6a del capítol II del seu títol VII, que inclou precisament aquells tipus de llicència singular que deriven de distintes possibilitats admeses en la norma legal; com ho són també per exemple les d'edificació simultànies a les obres d'urbanització, o la d'usos i obres provisionals. La norma reglamentària reinserteix així materialment la figura de la llicència de legalització allà on li correspon, doncs l'única menció a la legalització en la LOUS es produeix en el seu art. 151, sense que l'arribi a denominar «llicència». Certament, aquest precepte legal indica que, amb relació a l'acte o ús il·legal, neix una obligació de les persones responsables a «instar-ne la legalització», concretant en el seu apartat 4, com ja sabem, que «regiran per a la sol·licitud, la tramitació i la resolució de la legalització les mateixes regles establertes per a les aprovacions o llicències que hagin de ser atorgades».

Notem que la llei no utilitza o associa a dita legalització la seva articulació expressa mitjançant una llicència, és a dir, no arriba a qualificar la resolució de legalització com a llicència, encara que implícitament és la que hem de deduir, precisió que vendrà a efectuar l'art. 415.3 RLOUSM quan, una vegada que reproduïx la prescripció legal en termes bastants similars, remet després als «termes prevists a l'art. 386 d'aquest Reglament», que regula així la «llicència» de legalització com a tipologia específica i amb una funcionalitat sistemàtica concreta.

D'aquesta manera, hi ha una certa redundància en les regles contingudes en els art. 415.3 i 386 del Reglament, encara que s'explica precisament en el fet que el segon d'aquests preceptes expressats insereix la llicència de legalització com a tipologia especial, tot establint algunes singularitats, però reiterant com no podia ser d'altra manera, que la seva sol·licitud, i la tramitació i la resolució del seu procediment es regeix per les regles definides per a la llicència ordinària.

Estam davant una modalitat de llicència urbanística, per bé que el primer tret característic que la diferencia de la llicència ordinària és justament que es tracta d'un acte que, tenint la

mateixa funció i naturalesa de verificar el compliment en una determinada actuació d'allò que estableix la LOUS, els plans generals, els de desenvolupament i resta de normativa d'aplicació, dita funció es realitza amb caràcter posterior a l'actuació, i que per aquest simple fet d'haver-se dut a terme sense llicència o títol habilitant esdevé una actuació il·legal.

S'ha de dir que el concepte de llicència urbanística definit en l'art. 133.1 LOUS² no exclou la seva aplicació a la modalitat de legalització posterior, per bé que resulta evident que per ser considerat un acte d'intervenció preventiva pur, la comprovació dels extrems d'adequació a la legislació i planejament urbanístic vigent de l'actuació ho hauria de ser de manera prèvia a la seva execució material, com així ha precisat l'art. 363 del Reglament.³ Tanmateix, la precisió reglamentària no exclou que si es tracta d'una llicència de legalització l'acte d'intervenció ja no es conforma com a preventiu o previ, sinó estrictament de verificació del compliment de la legislació i el pla vigent amb relació a l'actuació ja materialitzada o en curs de materialització sense prèvia llicència ordinària, encara que no perdi un cert component d'intervenció preventiva si considerem que, en darrer terme, el procediment comprova la possibilitat d'atorgar un acte posterior de legalització.

Aquesta funció pot explicar com, així mateix, la llicència de legalització ha d'operar igualment en el supòsit d'actuacions subjectes al règim de comunicació prèvia dutes a terme sense el compliment d'aquest deure de comunicació. En aquest sentit, SOCÍAS FUSTER⁴ destaca, tot analitzant la figura jurídica de la comunicació prèvia prevista en la

² «1. La llicència urbanística és l'acte administratiu mitjançant el qual s'adquireix la facultat de dur a terme els actes de transformació o utilització del sòl o del subsòl, de parcel·lació, edificació, demolició de construccions, ocupació, aprofitament o ús relatiu a un terreny o immoble determinat, prèvia concreció del que estableixen i possibiliten al respecte aquesta llei, els plans generals municipals i els de desenvolupament, i la resta de legislació i normativa d'aplicació.»

³ «La llicència urbanística és l'acte administratiu mitjançant el qual la persona interessada adquireix la facultat de dur a terme els actes de transformació o d'utilització del sòl o del subsòl, de parcel·lació, d'edificació, de demolició de construccions, d'ocupació, d'aprofitament o d'ús relatiu a un terreny o a un immoble determinat, prèvia concreció i comprovació per l'administració competent, *abans de la seva execució material*, del que estableixen i possibiliten la LOUS i aquest Reglament, els plans generals municipals i els de desenvolupament i la resta de legislació i de normativa d'aplicació. Quan la legislació sectorial ho prevegi expressament, a través de les llicències urbanístiques també se'n comprova l'adequació als requisits que s'hi estableixen.»

⁴ SOCÍAS FUSTER, F. «La intervención previa en la edificación y uso del suelo», en ESTEVE BLASCO, A.; MUNAR FULLANA, J. (dir.). «Comentarios a la Ley de Ordenación y Uso del Suelo de las Illes Balears». València: Tirant lo Blanch, 2015.

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

LOUS en l'art. 136 per a determinades actuacions, com precisament ha de ser «prèvia» a l'inici de les obres, per la qual cosa no es pot entendre que dita comunicació serveixi per legalitzar a posteriori obres ja realitzades sense llicència prèvia ni comunicació.⁵

L'apartat 3 de l'art. 386 RLOUSM ha incorporat expressament aquesta regla,⁶ que tanmateix i per derivació de la lògica sistemàtica de la Llei era tal vegada l'única admissible. De fet, a banda de la manca de previsió en la norma de rang legal del ressort de la comunicació posterior com a figura de legalització, i encara que és cert que en el seu art. 151.1 en al·ludir a la legalització es refereix només a actes «subjectes a aprovació o llicència preceptives executats sense aquestes», també ho és el fet que l'article precedent, el 150, determina la mesura cautelar de suspensió davant dels actes que estiguin subjectes «a qualsevol aprovació o llicència urbanística o comunicació prèvies» que es realitzen, s'executin o desenvolupin sense aquests títols habilitants o, si n'és el cas, sense ordre d'execució, o contravenint les condicions d'aquestes.

Evidentment, el procediment de restabliment de l'ordre jurídic pertorbat s'inicia de manera simultània o un cop adoptada la mesura cautelar de suspensió que, com s'ha dit, parteix de la manca dels títols habilitants que siguin preceptius, i no només els de les aprovacions o llicències. En definitiva, la legalització dels actes subjectes a comunicació prèvia realitzats sense aquesta, casa més per tant amb la llicència que no amb una comunicació posterior, d'altra banda i com s'ha exposat, no prevista en la LOUS com a fórmula de legalització i en conseqüència proscriuint aparentment que es prevegi en una norma reglamentària diferent a la norma de superior rang.

⁵ Afegeix que «En consecuencia, debe entenderse que si las obras —que por su naturaleza sólo precisarían de comunicación previa— ya se han realizado, su legalización debe realizarse por medio de solicitud de licencia. En este punto, la LRJPAC (art. 71, bis, b) prevé la posible comunicación posterior si expresamente la ley lo contempla al precisar que “no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente”. Pero ya se ha indicado que la LOUS no prevé expresamente la posibilidad de una comunicación previa tardía.»

⁶ «3. Les actuacions que, d'acord amb la LOUS i amb aquest Reglament, estiguin sotmeses al règim de comunicació prèvia, i que s'haguessin realitzat sense haver efectuat dita comunicació, es legalitzen amb la llicència regulada en aquest article. En aquests casos, la sol·licitud de llicència s'ha d'acompanyar amb la documentació que s'exigeix per a les comunicacions prèvies en aquest Reglament i amb la documentació addicional que es determini en el pla general o en l'ordenança municipal, així com amb la documentació a què es refereix l'apartat 2 d'aquest article que sigui necessària en funció de l'actuació que es legalitza.»

III. El projecte o documentació tècnica necessaris per instar el procediment de legalització de l'actuació

La regulació reglamentària preveu la documentació tècnica exigible per a l'obtenció d'una llicència urbanística de legalització, però estrictament a l'efecte de determinar algunes especialitats, atès que es pot dir que regeixen les normes generals quant a exigència de projecte tècnic o, si l'actuació no el requereix, quant a la presentació de determinada documentació de caràcter tècnic i, finalment, l'exigida per efectuar les comunicacions prèvies, tal com exposarem.⁷

S'ha d'indicar que, com en altres aspectes, la regulació d'aquest punt específic també resulta una concreció normativa de les regles ja definides prèviament per via jurisprudencial. Així, en la STS de 7 de novembre de 1991 (reiterada en la posterior de 24 d'abril de 1992), ja es perfilava com en els casos d'actuacions d'edificació el projecte de legalització havia de ser idèntic al que resultaria necessari per a l'obtenció de la llicència municipal prèvia a dita edificació. El raonament parteix d'estar en presència de la mateixa finalitat en el supòsit de llicència prèvia o en el supòsit de legalització posterior, com és la certificació per tècnic competent a través d'aquest projecte, de la idoneïtat i habilitat tècnica de l'obra projectada.

En l'esmentada Sentència, el TS ja advertia com el projecte tècnic associat a la llicència supera l'àmbit de la mera formalitat per convertir-se igualment en una mesura de garantia per a l'adequada realització de l'obra o instal·lació i, des d'aquesta perspectiva, «debe señalarse que si el proyecto técnico, en cuanto medida de garantía, supone un compromiso técnico de que la obra de que se trata reúne unas determinadas condiciones y responde, además, a la necesidad de que la Administración pueda contar con todos los datos precisos para valorar si la obra se ajusta o no a la normativa aplicable, resulta evidente que el contenido de aquel

⁷ En aquesta línia, quant a exigència documental requerida, BLASCO ESTEVE, A., en *Comentarios a la Ley de Ordenación y Uso del Suelo...*, op. cit., assenyala: «Según el art. 151.4 LOUS, el procedimiento para la legalización ha de seguir las mismas reglas que el seguido para las aprobaciones, licencias u órdenes de ejecución que deban ser otorgadas. .../... Eso significa, por ejemplo, que si no existía título jurídico, habrá que presentar el oportuno proyecto de obras y demás documentación exigible en cada supuesto; así, por ejemplo, en el caso de que las actuaciones sometidas a licencia o aprobación precisen de evaluación de impacto ambiental, habrá que tramitar y obtener esta evaluación adecuadamente, sin que basten informes sustitutivos emitidos *ad hoc* para justificar la obra ya terminada e implantada. También habrá que presentar las autorizaciones o informes que sean necesarios de otras Administraciones con competencias sectoriales.»

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

documento técnico y la titulación profesional de su redactor no pueden reducirse por el hecho de que aquél se acompañe en el inicial momento de solicitud de la licencia o en el posterior trámite de legalización, pues en ambos obedece a la misma finalidad ya indicada, de la que, en definitiva, depende el acto de autoridad reglado en que la licencia consiste.»

Dita Sentència apunta així mateix un raonament interessant en el context de l'art. 184.2 del Reial decret 1346/1976, de 9 d'abril, que aprova el text refós de la Llei sobre règim del sòl i ordenació urbana, i que regulava el deure de sol·licitar la llicència en el termini de dos mesos a partir de la suspensió d'actes d'edificació sense llicència, assenyalant que aquesta sol·licitud de llicència emparada en aquest precepte no permetia deixar d'exigir un requisit que s'havia de complir inicialment si s'hagués executat l'obra amb llicència, com era justament la presentació d'un projecte tècnic: «tal subsanación sólo podrá tener lugar cuando se acredite el cumplimiento en su integridad de ese mismo requisito que con carácter previo resultaba obligado. Entender lo contrario posibilitaría el fraude de ley, pues bastaría posponer la petición de licencia a la terminación de la obra para eludir un requisito legalmente establecido.»

En aquest sentit l'art. 386 RLOUSM, en la pràctica, concreta o aclareix la necessitat d'aquesta exigència de documentació en els mateixos termes que s'exigeixen a les actuacions sotmeses a llicència o a comunicació prèvia.⁸ Així, si l'actuació requereix projecte, aquest s'exigeix per l'art. 386.2, que a manca d'especificació s'ha de redactar d'acord amb les precisions de la LOUS desplegades en els art. 374 a 376 del Reglament, sens perjudici d'algunes especialitats derivades de la seva naturalesa i funció, com la necessitat d'aportar alguna documentació addicional o fer alguna especificació, de conformitat amb el paràgraf segon de l'art. 386.2 esmentat del Reglament.

⁸ «2. Els projectes tècnics que es redactin per a l'obtenció d'una llicència urbanística de legalització d'actuacions, o si l'actuació no requereix projecte, la documentació tècnica que s'acompanyi amb la sol·licitud, han de contenir la memòria urbanística a què fa referència l'apartat 2 de l'article 374 d'aquest Reglament, així com una memòria constructiva i de materials, i la planimetria corresponent.

S'ha d'aportar qualsevol plànol o documentació gràfica que sigui necessària per a la definició correcta de l'expedient de legalització i, en qualsevol cas, el plànol de l'estat actual de l'edificació o la construcció amb indicació de les obres que són objecte de possibilitat de legalització i dels elements o les obres que s'han de demolir, si escau, i s'hi ha d'incorporar el cost d'execució material de l'obra o de l'actuació que es legalitza. Així mateix, les sol·licituds han d'incorporar un certificat de personal tècnic competent sobre el compliment de les condicions de seguretat i d'higiene exigides per la normativa d'aplicació i les fotografies actualitzades de l'actuació que s'ha de legalitzar.»

Igualment, cal entendre que alguns mecanismes prevists en els articles generals no podran ser aplicables (o només ho seran parcialment en les obres que encara s'estiguin executant i hagin estat objecte de precisió), com pugui ser la impossibilitat de presentar el projecte amb la modalitat de bàsic, si la completa actuació està subjecta a projecte tècnic i ja es troba totalment acabada.

Pel que fa a actuacions que inicialment se sotmetien a llicència, que s'han dut a terme sense aquesta i es pretenen legalitzar, les regles sobre l'exigència de projecte tècnic o la presentació d'una altra documentació tècnica alternativa són exactament les mateixes que operen en règim ordinari; i pel que fa a les actuacions sotmeses a comunicació prèvia que s'haguessin realitzat sense haver-la efectuada, la sol·licitud de llicència de legalització s'ha d'acompanyar en els termes que indica l'apartat 3 de l'art. 386, és a dir, amb la documentació que s'exigeix per a les comunicacions prèvies en el mateix Reglament i amb la documentació addicional que es determini en el pla general o en l'ordenança municipal, així com amb la documentació a què es refereix l'apartat 2 de l'article que sigui necessària en funció de l'actuació que es legalitza.

Un supòsit extrem seria el de la legalització d'actuacions d'urbanització, que poden tenir dos procediments diferents. Si es tracta d'una urbanització integral duta a terme il·legalment en execució d'un àmbit d'actuació, en principi s'hauria de reconduir mitjançant el procediment establert legalment i reglamentàriament per a l'aprovació d'aquests projectes, amb l'exigència de la documentació que es determina. Si, contràriament, es tracta d'obres puntuals d'urbanització o de dotació de serveis, atès que l'art. 134.1.c) LOUS i l'art. 364.c) RLOUSM subjecta a llicència les «obres d'urbanització que s'hagin de realitzar al marge de projectes d'urbanització degudament aprovats», pertocaria aplicar el règim de llicència de legalització de l'art. 386 de la norma reglamentària.

En tot cas, sigui quina sigui l'actuació a legalitzar, l'exigència o no de projecte, o el procediment específic aplicable, interessa destacar la regla ineludible que determina el primer incís del segon paràgraf de l'apartat 2 de l'art. 386 RLOUSM, d'acord amb la qual «S'ha d'aportar qualsevol plànol o documentació gràfica que sigui necessària per a la definició correcta de l'expedient de legalització i, en qualsevol cas, el plànol de l'estat actual de l'edificació o la construcció amb indicació de les obres que són objecte de possibilitat de legalització i dels elements o les obres que s'han de demolir, si escau, i s'hi ha d'incorporar el cost d'execució material de l'obra o de l'actuació que es legalitza.»

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

S'estableix així una determinació lògica i inherent aplicable en aquests procediments de legalització, perquè hi poden concórrer situacions variades: des de la possible legalització en tota la seva integritat de l'edificació o actuació, o només parcialment, havent-se en aquests casos de dur a terme les previsions oportunes. Com deim, aquesta és una exigència lògica, ja que com posa de relleu SOCÍAS FUSTER,⁹ el supòsit específic de llicència de legalització no ho és respecte a una edificació futura, i amb això es vol indicar que no es pot presentar a llicència un projecte d'edificació que parteixi d'una situació fàctica que no és la real, com ocorre quan ja s'ha construït al marge de llicències i s'inicia un procediment de sol·licitud d'una de nova sense descriure allò que s'ha construït prèviament.¹⁰

⁹ Obra citada en la nota 4.

¹⁰ Posa de manifest, en aquest context, les precisions que efectua el TSJIB en la seva Sentència núm. 672/2009, de 2 d'octubre: «La actividad de evaluar un proyecto técnico a efectos de concesión de licencia es improcedente, si la edificación ya se ha ejecutado de forma contraria al contenido de ese proyecto, como es el supuesto de autos, ya que se ha abierto un expediente de infracción urbanística por detectar un exceso notable de edificabilidad que la parte afectada y hoy apelante no ha desvirtuado que sea cierta, ya que la pericial practicada en autos nada dice sobre este trascendental punto. En consecuencia, nada puede hacerse en ella más que su legalización, de forma que, obviamente la parte deberá presentar un proyecto que contemple todas esas innovaciones al objeto de legalizarlas si así fuere posible, o en caso contrario, se proceda en ese nuevo proyecto técnico, a demoler todos aquellos excesos que fueran contrarios a la legalidad del planeamiento. Y ello con carácter previo a poder evaluar el proyecto original.

Pero lo que es improcedente es pretender la obtención de la licencia de obras conforme a aquel proyecto técnico primigenio, cuando ya se ha descubierto y se constata por la administración, la ejecución de unas obras sin licencia, que no concuerdan con el proyecto presentado. La finalidad de la licencia de obras es evaluar el sometimiento a la legalidad urbanística de una construcción futura, pero si se realizan obras sin licencia de forma que lo construido no se ajusta al proyecto técnico presentado, para poder evaluarlo, es menester clarificar la legalidad de las obras ya ejecutadas y que no se adaptan a aquel proyecto técnico presentado inicialmente. Solamente cuando las obras ejecutadas sean conformes con el ordenamiento jurídico será posible evaluar la legalidad del proyecto técnico inicial, porque de ser incompatibles, solamente será posible la restauración de la legalidad con el alcance y efectos que fueren menester.

Por ello es muy importante en el debate ese exceso de edificabilidad de 252'80 metros, que impiden que la administración pueda evaluar el proyecto técnico presentado, porque la realidad es notablemente diferente a la petición inicial, y solamente cuando se constate si ese exceso construido es o no legalizable y en caso de no serlo se adopten las medidas necesarias para adecuar la construcción a la realidad urbanística, será posible evaluar el contenido del proyecto redactado por el Ingeniero Sr. P.».

IV. Precisions necessàries a les regles de sol·licitud, tramitació i resolució

Com bé diu l'art. 386.1 del Reglament com a correlat de l'art. 151.4 de la LOUS, s'apliquen a la sol·licitud, a la tramitació i a la resolució de les llicències de legalització les mateixes regles establertes per a les llicències ordinàries. Això no obstant, com hem avançat, per la seva pròpia naturalesa, la de legalització esdevé una llicència amb certes especialitats o matisacions amb relació no tant a les regles de competència, forma de sol·licitud, tramitació o resolució, com amb referència a determinats continguts materials dels projectes o de la mateixa resolució que posi fi al procediment.

Evidentment, aquests factors específics no han d'implicar que en el procés més habitual de legalització municipal s'hagin d'exigir l'emissió dels informes o aportació d'autoritzacions concurrents i prèvies amb la llicència municipal, tal com determina l'art. 139.2 LOUS i en els termes que concreta l'art. 369 RLOUSM, com hem vist que així ha precisat la doctrina.¹¹

En essència, els continguts de les seccions 2a (competència i procediment), 3a (determinacions dels projectes tècnics) del capítol II del títol VII del Reglament esdevenen aplicables gairebé en la seva integritat. En canvi, el contingut d'altres seccions com la 4a, sobre efectes generals, vigència i caducitat de llicència, no esdevenen aplicables per improcedents en una llicència que no té com a efecte bàsic legitimar la realització dels actes de transformació, d'ús del sòl o d'edificació autoritzats prèviament (art. 377.1 del Reglament), sinó la legitimació a posteriori de la seva realització. Així, el contingut d'aquesta secció 4a pot tenir incidència en els casos de legalitzacions parcials, és a dir, en casos en què en part es legalitza una actuació i simultàniament s'autoritzen actuacions encara per executar en el mateix cos edificatori, per posar-ne un exemple.

Tanmateix, a l'efecte que ara interessa cal destacar que les singularitats específiques que té la llicència de legalització esdevenen en el nivell formal, i més concretament en el moment de la resolució que posi fi al procediment administratiu si aquesta és d'atorgament. Així, a partir de l'art. 373 RLOUSM, que estableix el llistat de requisits formals que ha de consignar expressament l'acte administratiu d'atorgament de la llicència urbanística, caldria matisar els

¹¹ Aquesta exigència seria tal vegada un factor diferencial amb altres «procediments extraordinaris» prevists en la LOUS, denominats d'«incorporació a l'ordenació», que se substancien íntegrament en seu municipal, per bé que aquesta no exigència implícita d'informes o autoritzacions concurrents caldria considerar que aparentment només es pot predicar de les que tinguin naturalesa estrictament urbanística de concurrència amb l'autorització municipal, sense que fos raonable considerar l'exempció d'autoritzacions previstes en la legislació ambiental o sectorial no urbanística.

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

extrems de les lletres g), j) i k) del seu apartat 1 que es refereixen, respectivament a la consignació de:

«g) Els terminis d'inici i d'execució d'obres, en els termes assenyalats en l'article 379 d'aquest Reglament, i l'avertiment de les condicions de caducitat, en els termes que es preveuen en l'apartat 1 de l'article 380 d'aquest Reglament.

[...]

- j) La indicació a la persona promotora del deure de comunicar l'inici de l'actuació o de l'obra objecte de llicència, amb una antelació mínima de deu dies.
- k) La indicació expressa, si escau, del deure de presentació en termini del projecte d'execució, amb avertiment d'extinció d'efectes d'acord amb l'apartat 5 de l'article 376 d'aquest Reglament.»

Evidentment, si es tracta d'una legalització íntegra i en sentit estricte, és a dir, la d'una actuació ja acabada en la seva totalitat i que pot aconseguir la llicència pertinent per adaptar-se plenament a la legislació i planejament aplicable, els anteriors extrems o punts a consignar en l'acte d'atorgament no esdevenen exigibles per la mateixa funció d'aquesta llicència especial. Ara bé, sí que poden concórrer si es tracta del supòsit en què, a partir de l'expedient de legalització, hi hagi part de l'edificació amb possibilitat de legalització, i altres elements o obres s'hagin de demolir; com també continuar amb les obres restants que no s'hagin de demolir. En aquestes condicions, els requisits formals abans expressats hauran de figurar en l'acte d'atorgament de la llicència, amb les especificacions oportunes.

El mateix podem indicar respecte de la previsió continguda en el punt 2 de l'art. 373, quan es refereix al fet que, «Així mateix, l'acte de concessió de la llicència ha d'indicar qualssevol altres especificacions que requereixin les disposicions vigents o aquells condicionaments de dret que l'òrgan competent consideri necessari incloure-hi d'acord amb el planejament i amb la resta de disposicions aplicables.» Certament, si es tracta d'una legalització en sentit estricte, difícilment es pot parlar de fixar condicionaments pensats per ser complets abans o durant l'execució de les actuacions, motiu pel qual en aquest context totes les especificacions o condicionaments de dret necessaris s'haurien d'exigir de manera prèvia i s'haurien d'integrar en el projecte de legalització.

Quant a l'atribució de competència per a la resolució de les llicències de legalització, a partir del principi genèric establert en l'art. 151.4 LOUS, cal entendre que també opera la mateixa regla d'atribució quant a l'administració titular de la funció de resolució de la llicència ordinària, com és l'ajuntament i òrgan municipal corresponent. Fins i tot aquesta atribució institucional sembla mantenir-se igualment en els casos d'atribució als consells

insulars de competències en matèria de protecció de l'ordenació urbanística, als quals es refereix l'art. 157 LOUS, atès que el seu apartat 4 remarca la reserva de la «competència municipal per a la legalització, mitjançant llicència, dels actes i usos, quan sigui procedent» (en termes concordants, l'art. 410 RLOUSM).

L'única excepció a aquest règim general seria la prevista en l'incís segon de l'art. 138 LOUS, en els supòsits en què l'actuació a realitzar («pel que fa al cas, l'actuació ja realitzada a legalitzar») s'ubiqui en una finca situada a dos o més municipis, cas en el qual l'assignació de la competència per a l'atorgament de la llicència urbanística de legalització correspondria al consell insular corresponent.

El règim de resolució per silenci en principi tampoc no tendria especialitats respecte del que s'aplica a les llicències ordinàries, ja que en aquest sentit regeix la regla establerta en l'art. 139.4 LOUS.¹² Així, operaria el silenci administratiu negatiu en els supòsits de les sol·licituds de llicència de legalització dels actes que relaciona l'apartat 4 de l'art. 11 del Reial decret legislatiu 7/2015, de 30 d'octubre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de sòl i rehabilitació urbana;¹³ i per a la resta d'actuacions operaria la presumpció d'atorgament;

¹² «4. La resolució expressa s'ha de notificar en el termini màxim de tres mesos, sens perjudici de la procedència de la interrupció del termini en els termes que fixa l'article 42.5 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú. Transcorregut aquest termini es podrà entendre atorgada la llicència sol·licitada, sens perjudici del que estableix l'apartat 2 de l'article 5 d'aquesta llei, tret dels casos en què una norma amb rang de llei estatal o autonòmica prevegi expressament el caràcter negatiu de la manca de resolució en termini.». Actualment, la referència a l'art. 42.5 de la Llei 30/1992 s'ha d'entendre feta a l'art. 22 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques.

¹³ «4. Independentment del que estableix l'apartat anterior, són expressos, amb silenci administratiu negatiu, els actes que autoritzin:

- a) Moviments de terres, esplanacions, parcel·lacions, segregacions o altres actes de divisió de finques en qualsevol classe de sòl, quan no formin part d'un projecte de reparcel·lació.
- b) Les obres d'edificació, construcció i implantació d'instal·lacions de nova planta.
- c) La ubicació de cases prefabricades i instal·lacions similars, ja siguin provisionals o permanents.
- d) La tala de masses arbòries o de vegetació arbustiva en terrenys incorporats a processos de transformació urbanística i, en tot cas, quan l'esmentada tala derivi de la legislació de protecció del domini públic.»

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

això sí, sempre que es respectessin els límits prevists en l'art. 5.2 LOUS i en l'art. 11.3 de l'esmentada norma estatal, d'acord amb les quals en cap cas no es poden considerar adquirides per silenci administratiu facultats urbanístiques que contravinguin la legislació, l'ordenació territorial o el planejament urbanístic.

En aquesta segona situació, malgrat trobar-nos davant un procediment de legalització, també hi resulta aplicable òbviamment la clàusula de salvaguarda esmentada, perquè malgrat amb la llicència de legalització no s'obté formalment la facultat o dret per construir una edificació o executar una actuació urbanística determinada, sí que té com a conseqüència l'equiparació amb les facultats o drets d'ús i gaudi inherents del propietari d'una edificació que s'hagués dut a terme legalment amb llicència prèvia.

Però acudir al recurs de la institució del silenci no hauria de ser mai la solució, com a mínim en els contextos en els quals aquesta llicència s'ha sol·licitat per mor de l'exercici de les potestats administratives de disciplina urbanística, perquè la resolució expressa gairebé és ineludible per a la continuació correcta dels procediments de restabliment de l'ordre jurídic pertorbat i sancionadors. Tanmateix, la LOUS en l'art. 156.1 preveu explícitament com a causa de suspensió del procediment sancionador la manca de resolució del procediment de legalització, fins que no s'hagi resolt de forma expressa o presumpta, és a dir, reconeixent aquesta modalitat de resolució per silenci.

Com podem intuir, això pot derivar en situacions processals si més no problemàtiques quan es tracta d'actes el règim de silenci dels quals no és directament negatiu, sinó positiu a reserva de la no adquisició de drets o facultats contra la llei o el planejament.¹⁴ Situacions que no tenen altra conseqüència que la creació de dificultats ulteriors per a la pròpia Administració, perfectament evitables si com mana la legislació de procediment i la urbanística es dóna compliment a un deure de resolució en termini de qualsevol tipus de llicència, la de legalització inclosa evidentment.

¹⁴ Hem d'afegir que fins i tot en els supòsits clarament subjectes a règim de silenci negatiu, i també en els de silenci positiu en els quals clarament no es detecti adquisició de drets o facultats en contra de la llei o el planejament, tampoc no es podria escapar de la presència de situacions conflictives o problemàtiques per a l'Administració. Pensem només en el fet que la resolució per silenci, sigui negativa o positiva, no deixa de ser acte resolutori del procediment de legalització, i per tant, aparentment reactivaria el còmput del termini de caducitat del procediment sancionador.

V. La qüestió del planejament i normativa aplicable a la resolució del procediment de la llicència urbanística de legalització

1. La regulació expressa de l'opció a considerar

S'ha plantejat de manera constant un debat sobre la qüestió de quin règim urbanístic resultava aplicable, per resoldre positivament o negativament la llicència de legalització, en els casos en què s'ha produït una variació entre l'ordenació o planificació urbanística que regia en el moment de dur-se a terme l'actuació il·legal i la que es troba vigent quan s'ha de resoldre sobre l'expedient de legalització.

En aquest sentit, mancant especificacions en el nivell normatiu, a través d'una construcció jurisprudencial s'ha anat imposant la regla d'acord amb la qual la llicència de legalització s'atorga o denega d'acord amb l'ordenació vigent en el moment de la resolució, de la mateixa manera que les llicències ordinàries s'atorguen o deneguen d'acord amb el règim urbanístic aplicable en el moment en què s'hagi de resoldre.

Com posa de relleu MORENO LINDE, i com hem assenyalat més amunt, s'ha de tenir present que el control que exerceix l'Administració per decidir legalitzar o no una actuació és el mateix que realitza quan resol sobre la concessió o denegació d'una llicència, només que *ex post facto*. Recorda que aquesta posició troba recolzament doctrinal i jurisprudencial, i que hauria de ser en tot cas aplicable, tot i que igualment esmenta exemples de legislacions autonòmiques que han recollit expressament un criteri diferent.

L'opció de la LOUS és prou clara quant a l'assumpció de la regla ja construïda jurisprudencialment a la nostra comunitat autònoma, confirmant que el planejament i normativa aplicable no poden ser d'altres que els vigents en el moment de la resolució del procediment de legalització. En aquest extrem, com deim a part de la claredat del legislador i de la reglamentació de desplegament, hi ha una absoluta coincidència en les opinions doctrinals i les resolucions jurisprudencials sobre aquesta qüestió.

Així, des d'una perspectiva doctrinal, SOCÍAS FUSTER¹⁵ aborda aquesta qüestió i recorda que partint de la premissa que estam davant el supòsit d'obra realitzada il·legalment amb anterioritat a la sol·licitud de llicència de legalització, sempre ha existit una controvèrsia recurrent derivada de la pretensió del sol·licitant de la llicència perquè se li apliqui la normativa que regia al temps en què es realitzaren les obres, pretensió emparada en el fet que la normativa anterior sí que permetria les obres executades en aquell

¹⁵ Obra citada en la nota 4.

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

moment, enfront a la nova que no les permet o les permet en condicions distintes. Exposa així que l'argument d'aquesta pretensió no seria altre que les obres s'executaren conforme el planejament vigent, però que en fer-se sense llicència prèvia, la de legalització compliria l'objectiu de restablir l'ordre jurídic pertorbat amb l'obtenció d'aquella autorització que no es va sol·licitar, però que si s'hagués sol·licitat s'hauria obtingut, en permetre-ho la normativa aplicable aleshores.

En aquest punt, i per tancar aquest debat, es remet a la doctrina de la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB,¹⁶ de la qual exposa com s'ha inclinat per exigir que la normativa

¹⁶ Apunta en aquest sentit el criteri adoptat per la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB en la Sentència núm. 871 de 14 de octubre de 2005, que precisa: «CUARTO. NORMATIVA APLICABLE A LA LICENCIA DE LEGALIZACIÓN. Las licencias de “legalización” no difieren de las ordinarias sino por el hecho de que la obra ya está ejecutada antes de solicitarse la licencia. Lo que tratan es de ajustar la realidad preexistente a la legalidad, de modo que las obras previamente ejecutadas ganen el amparo de la legalidad.

En cuanto al resto, no difieren de las licencias ordinarias, esto es, se otorgan “al amparo de la normativa vigente en el momento de la concesión” (art. 2.a Ley 10/1990 de D.U.).

La obra ejecutada ilegalmente no puede obtener el favor de que se le aplique la normativa vigente al tiempo en que se ejecutaron aquellas obras ilegales, sino que debe aplicarse la normativa vigente al tiempo de la concesión.».

Criteri reiterat en la STSJIB núm. 420 de 25 de maig de 2009: «CUARTO. Como esta Sala ha venido determinando reiteradamente, las licencias de «legalización» no difieren de las ordinarias sino por el hecho de que la obra ya está ejecutada antes de solicitarse la licencia, debiendo otorgarse «al amparo de la normativa vigente en el momento de la concesión» (artículo 2 a) de la Ley Balear 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística).

Lo que tratan estas licencias es de ajustar la realidad preexistente a la legalidad, de modo que las obras previamente ejecutadas ganen el amparo de la legalidad.

La obra ejecutada ilegalmente no puede obtener el favor de que se le aplique la normativa vigente al tiempo en que se ejecutaron aquellas obras ilegales, sino que debe aplicarse la normativa vigente al tiempo de su concesión.»

Afegiríem com, en la mateixa línia, els jutjats contenciosos ja aplicaven dita doctrina. Així, el fonament de dret segon de la Sentència núm. 36/2003, de 21 de febrer de 2003, del Jutjat Contenciós número 1, de Palma.

Reitera aquesta doctrina, en consideració d'*obiter dicta*, la STSJIB núm. 304/2011, de 28 d'abril, assenyalant en el seu fonament de dret segon que «Mientras no se obtenga la legalización, *inestable en relación con la normativa ahora vigente*, toda obra ejecutada sin licencia, como las de reforma y ampliación del caso, al igual que las obras ejecutadas excediéndose de las licenciadas o aquellas en las que se realiza uso distinto del autorizado en la licencia de edificación, se encuentran en situación de fuera

d'aplicació a la llicència de legalització sigui la vigent a la de la sol·licitud —més exactament la vigent a la resolució en termini o la vigent als tres mesos de la sol·licitud— i no la que regia al temps en què s'executaren les obres il·legals. Recorda així que dita jurisprudència al·ludeix al fet que l'obra executada il·legalment no pot obtenir el favor que se li apliqui la normativa vigent al temps en què s'executaren aquelles obres il·legals, sinó que s'ha d'aplicar la normativa vigent al temps de la seva concessió. Finalment, aquesta doctrina conclou que s'ha d'entendre que aquest és el criteri que ara recull l'apartat 4 de l'art. 151 LOUS, d'acord amb el qual «Regiran per a la sol·licitud, la tramitació i la resolució de la legalització les mateixes regles establertes per a les aprovacions o llicències que hagin de ser atorgades.»

Tanmateix, al nostre entendre aquesta regla legal es manifesta encara molt més clarament i inequívocament no tant en l'apartat 4 de l'art. 151 LOUS, com específicament en el seu apartat 1, atès que fa dependre la legalització o, alternativament, la reposició a l'estat originari, del fet que respectivament les obres siguin compatibles o no «amb l'ordenació vigent», que en altres paraules és el reconeixement explícit de la necessitat d'aplicació de l'ordenació urbanística vigent a les resolucions que derivin de procediments administratius de llicències de legalització.

Regla que, a més a més, entenem es troba reiterada a partir de la regulació de la situació de fora d'ordenació de les edificacions o construccions executades sense llicència que estableix l'art. 68 de la mateixa Llei.¹⁷ Entre d'altres, en aquest precepte legal es conforma

de ordenación —artículo 3.b. de la Ley 8/88, en la redacción dada por la Ley 10/10, y artículos 2.10, 4 y 27.1.c. de la Ley 10/90—.»

Igualment, la STSJIB núm. 7/2011, de 17 de gener, en el seu fonament de dret cinquè, tot assenyalant que «Como esta Sala ha venido determinando reiteradamente, las licencias de “legalización” no difieren de las ordinarias sino por el hecho de que la obra ya está ejecutada antes de solicitarse la licencia, debiendo otorgarse “al amparo de la normativa vigente en el momento de la concesión” (artículo 2 a) de la Ley Balear 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística).

Lo que tratan estas licencias es de ajustar la realidad preexistente a la legalidad, de modo que las obras previamente ejecutadas ganen el amparo de la legalidad.

La obra ejecutada ilegalmente no puede obtener el favor de que se le aplique la normativa vigente al tiempo en que se ejecutaron aquellas obras ilegales, sino que debe aplicarse la normativa vigente al tiempo de su concesión.»

¹⁷ L'apartat 2.b) de l'art. 68, pel que fa a les situacions de fora d'ordenació derivades d'actuacions executades sense llicència o amb llicència anul·lada, expressament es fixa un règim que esdevé aplicable «mentre no s'obtingui la legalització de les construccions o edificacions d'acord amb la legislació i el planejament en vigor», regla d'aplicació del planejament i legislació vigent que implícitament també s'ha d'aplicar a les legalitzacions d'ampliacions i reformes a què es refereix l'apartat 2.c), que acaba amb una

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

una situació concreta de fora d'ordenació per a les edificacions o construccions executades sense llicència, hagi o no prescrit la potestat d'adoptar mesures de restabliment que impliquin la seva demolició, establint un règim aplicable «mentre no s'obtingui la legalització de les construccions o edificacions *d'acord amb la legislació i el planejament en vigor*». Aquesta previsió acabaria d'aclarir qualsevol dubte que pogués derivar de la mateixa que estableix l'apartat 4 de l'art. 151, i també clarament el seu apartat 1.¹⁸

En la mateixa línia BLASCO ESTEVE¹⁹ arriba igualment a la conclusió idèntica ja des d'una lectura de l'art. 139.3 LOUS,²⁰ tot considerant que la normativa aplicable a la sol·licitud de legalització ha de ser la prevista en el moment de la legalització i no l'existent en el moment de les obres, si és que són diferents, per aplicació del precepte esmentat. Per

clàusula de tancament que indica que «mentre no s'obtingui la legalització de les construccions o edificacions, en la part il·legal no es podrà realitzar cap tipus d'obra.»

¹⁸ La regulació legal vigent de la situació de fora d'ordenació derivada de la construcció d'edificis o instal·lacions en contra de les determinacions dels plans o de la legislació urbanística no deixa lloc a ambigüïtat. En aquest sentit, cal assenyalar que la primera regulació autonòmica d'aquesta matèria, duta a terme per la Llei 8/1988, d'1 de juny, d'edificis i instal·lacions fora d'ordenació, establia una qualificació legal de fora d'ordenació per als esmentats edificis o instal·lacions, afegint que es mantenien en aquesta situació «mentre no obtenguin la legalització», sense precisar per tant quin règim urbanístic esdevenia aplicable si se sol·licitava dita legalització. Tanmateix, a partir de la reforma de la Llei de 1988 duta a terme per l'art. 14 de la Llei 10/2010, de 27 de juliol, de mesures urgents relatives a determinades infraestructures i equipaments d'interès general en matèria d'ordenació territorial, urbanisme i d'impuls a la inversió, que en essència introdueix el gruix de la regulació de l'actual art. 68 LOUS, es fixa de manera clara i inequívoca la precisió d'acord amb la qual l'expedient de legalització de les construccions o edificacions es tramita d'acord amb la legislació i el planejament vigent en el moment de la legalització esmentada; concordant així amb la previsió de l'art. 151.1 que determina que l'atorgament de la legalització depèn del fet que les obres siguin compatibles amb l'ordenació vigent.

¹⁹ Obra citada en la nota 4.

²⁰ «Article 139. Procediment d'atorgament de les llicències urbanístiques

L'ordenació del procediment per a l'atorgament de les llicències urbanístiques municipals s'ha d'ajustar a les regles següents:

[...]

3. Les llicències s'atorgaran d'acord amb les previsions de la legislació i de l'ordenació urbanístiques vigents en el moment del seu atorgament sempre que es resolguin en termini. Si es resolen fora de termini, s'atorgaran d'acord amb la normativa vigent en el moment en què es van haver de resoldre. En tot cas, ha de constar en el procediment el corresponent informe tècnic i jurídic sobre l'adequació de l'acte pretès a aquestes previsions.»

tant, no s'aplica la normativa vigent quan es realitzaren les obres o actuacions il·legals, sinó la vigent en el moment de resoldre sobre la legalització, si és que ha canviat.

Ens trobam així que, com a mínim en el nivell normatiu, es troba perfectament delimitada la regla sobre la normativa a tenir en consideració en els expedients de legalització, que no hauria de ser alterada mitjançant algunes pràctiques patològiques de demorar la resolució a l'espera d'innovacions de planejament. Així ho ha hagut de recalcar alguna jurisprudència recent del nostre TSJIB, que té una evident projecció quan ens trobam en processos de legalització que s'originen no de manera voluntària o espontània, sinó arran de les mesures de protecció de la legalitat urbanística. En aquesta línia, la STSJIB núm. 122/2016, de 9 de març, davant un supòsit en què el planejament general i un estudi de detall vigent no permetien les obres que es pretenien legalitzar, factor concordat per les parts del procés contenciós, analitza la controvèrsia jurídica de fons consistent en si l'acte recorregut (de denegació de la llicència de legalització) no esdevenia correcte i en el seu lloc s'havia d'haver disposat la suspensió del procediment de concessió o denegació fins que no es tramités o modifiqués l'estudi de detall per tal d'admetre l'actuació.

La conclusió del Tribunal és clara i evident: si la llicència de legalització segueix les regles de les llicències ordinàries en el punt de resoldre's conforme a la normativa vigent en el moment de la seva resolució en termini, estam davant una decisió reglada i no s'admet per tant una suspensió de la decisió fins a una hipotètica modificació del planejament en no ser causa legal d'interrupció del termini de resolució de la sol·licitud.²¹

²¹ «Así pues, la controversia jurídica se desplaza hacia otro punto. En concreto determinar si el Ayuntamiento debía, en lugar de denegar la licencia, suspender la resolución sobre su concesión/denegación hasta que se tramitase y modificase el Estudio de Detalle en modo que permitiese la legalización pretendida.

Este aspecto está correctamente resuelto en la sentencia de instancia en base a criterio que no podemos sino ratificar.

La licencia de "legalización" sigue las reglas propias de las licencias ordinarias en cuanto a que deben resolverse conforme a la normativa urbanística vigente al tiempo de su resolución en plazo (art. 4.2.b de la entonces vigente Ley 10/1990, de 23 de octubre, de Disciplina Urbanística). Y no es objeto de controversia que, a la fecha de resolución, la normativa urbanística no permitía las obras litigiosas. Porque no lo permite el PGOU que sólo lo excepciona si así se contempla en un Estudio de Detalle como instrumento de planeamiento de tercer nivel. Ya se ha dicho que el entonces vigente (de 1998) no lo permitía.

2. Incidència de les innovacions de planejament

Si la regla sobre normativa aplicable a la resolució es troba prou clarificada i reiterada en els preceptes legals i reglamentaris, el segon incís de l'apartat 1 de l'art. 386 efectua igualment un aclariment de les regles definides jurisprudencialment quant a la incidència que poden tenir les alteracions del planejament amb relació a les legalitzacions d'actuacions, tant si la il·legalitat deriva de la mateixa manca del títol habilitant corresponent (llicència, ordre d'execució o comunicació prèvia), com si deriva de l'empara en aquests títols quan siguin il·legals. Així, indica de manera addicional com «La innovació dels instruments d'ordenació del territori i del planejament urbanístic no implica en cap cas la legalització automàtica de les actuacions il·legals o emparades en llicències, ordres d'execució o comunicacions prèvies contràries a la normativa aplicable realitzades amb la vigència de l'ordenació anterior».

Amb això no es fa, com deim, altra cosa que plasmar en norma allò que la jurisprudència anava exigint per pura lògica, com és que el simple canvi del planejament que possibiliti instar la legalització, no determina per si mateix la legalització de les obres ni d'una activitat, atès que subsisteix el deure de la persona interessada de sol·licitar la corresponent llicència de legalització a l'empara de la legislació i nova ordenació vigent. Així s'ha manifestat reiteradament la jurisprudència del TS, entre d'altres, en la seva Sentència de 6 de febrer de 2007, Sentència a la qual remet la més recent del STSJIB núm. 121/2016, de 9 de març, que nega la possibilitat d'entendre una legalització implícita d'una planta d'un edifici realitzada sense llicència per haver quedat incorporada mitjançant la revisió del planejament general aplicable, reiterant que l'obtenció d'aquesta legalització no es realitza directament amb l'aprovació d'un planejament que permeti aquelles obres, sinó que es necessari un expedient

En definitiva, la administración municipal debía conceder o denegar la licencia conforme a la normativa vigente por ser decisión reglada y no podía acordar suspender su decisión a la indeterminada espera de si en un futuro se modificaba dicha normativa para permitir lo que ahora no autoriza.

El art. 4.2.c) de la LDU contempla la interrupción del plazo para resolver para “subsana deficiencias” de la solicitud, pero no es el caso. La solicitud no adolece de deficiencias subsanables, el problema es que la normativa de aplicación no permite la obra que se pretende legalizar. Por ello no aceptamos que se interprete que la tramitación de la modificación del Estudio de Detalle forma parte del proceso de regularización de las obras. La legalización lo es para la restauración del orden jurídico infringido adaptando las obras a la normativa urbanística vigente. No al revés.

En conclusión, no podía acordarse la suspensión y retroacción pretendida.»

de legalització en el qual justament s'ha de verificar si, per al supòsit en concret, les obres realitzades s'ajusten a la legislació i planejament vigent que suposadament les permet.

Tot i que com hem esmentat inicialment, en aquest breu treball només ens referim a la llicència de legalització cenyida a aquest procediment administratiu específic, i no als processos de legalització que requereixin prèviament una alteració del planejament, no podem deixar de recordar que en aquests altres casos caldrà tenir presents els límits que ha anat establint la doctrina del TS, entre d'altres en la seva Sentència de 25 de maig de 2009, que es remet a una línia consolidada a d'altres precedents en el sentit que considera que incorren en desviació de poder les modificacions puntuals del planejament que s'efectuen amb el propòsit principal de legalitzar o regularitzar edificacions construïdes il·lícitament, alhora que també incorren en reserva de dispensació i infracció del principi d'igualtat l'establiment en el pla d'ordenacions singulars o especials que només beneficien determinats propietaris en detriment de la resta i que no s'emparen en finalitats d'interès públic.

Hem d'assenyalar la STSJIB núm. 319/2015, de 6 de maig, com a exemple prou didàctic quant als límits d'aquestes potestats d'alteració del planejament, per tal com en ella s'hi exposa una síntesi de la jurisprudència del TS, indicant que si l'única finalitat d'una modificació del pla és legalitzar obres il·legals la simple invocació del *ius variandi* no pot emparar una modificació que atén finalitats il·legítimes, desviades d'una racionalitat estrictament urbanística, que se circumscriu a la consecució de la millor ordenació possible per satisfer l'interès general.

Cal destacar d'aquesta Sentència del TSJIB que en el cas no es va apreciar que el canvi de planejament obeís a finalitats espúries de simple legalització d'una edificació il·legal i no legalitzable d'acord amb el planejament anterior. Essencialment per dos factors, començant pel fet que la decisió de promoure el canvi del planejament no derivava de la construcció d'un col·legi públic sense llicència, sinó de precedents anteriors que no arribaren a aprovar-se definitivament. Molt encertadament, la resolució judicial delimita en quin dels dos contextos s'ha de predicar que existeix il·legalitat. Diu així que: «En definitiva, no negamos que haya vulneración de la legalidad, pero con la construcción anticipada del colegio» (que pot tenir conseqüència en matèria de disciplina urbanística), però afegint tot seguit que aquesta actuació il·legal no va contaminar l'expedient de modificació puntual del planejament que es tramitava paral·lelament «y que trae causa de una reiterada y anterior voluntad del planificador urbanístico de dotar de suelo destinado a equipamientos docentes del que era deficitaria la zona. La decisión de reajuste de las superficies destinadas a equipamiento

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

público en la urbanización, obedece a finalidades estrictamente urbanísticas, circunscritas a la consecución de la mejor ordenación posible para la satisfacción del interés general.»

VI. Els contextes de possible concurrència de la llicència de legalització

La major part dels trets essencials de la llicència de legalització, com hem vist, es troba dins la LOUS en el seu art. 151, que és un precepte inserit sistemàticament en les disposicions relatives a la disciplina urbanística i, més específicament, com a mesura de restabliment de l'ordre jurídic pertorbat. S'hi efectua d'aquesta manera la remissió a les regles de sol·licitud, tramitació i resolució aplicables a les llicències generals, afegint-hi també que el termini de tramitació de l'expedient de legalització suspèn el termini de caducitat del procediment de restabliment. L'alternativa a la impossibilitat de legalització d'acord amb el planejament i ordenació vigent és la reposició a l'estat originari de la realitat física alterada, essent aquesta reposició la mesura de restabliment de l'ordre jurídic que esdevindrà aplicable.

Però aquesta regulació anterior no exclou en cap cas la possibilitat que la tramitació d'una llicència de legalització es pugui dur a terme fora del marc de les mesures de restabliment, és a dir, en un context distint a l'aplicació de mesures de disciplina urbanística.

Hem d'assenyalar que d'aquesta manera és possible la sol·licitud d'una legalització de manera voluntària per les persones interessades perquè en cap cas no resulta proscriu per la Llei, i que d'altra banda es troba reconeguda explícitament en la regulació del règim de fora d'ordenació que estableix l'art. 68 LOUS, perquè les edificacions o construccions il·legals efectuades sense llicència segueixen estant en aquesta situació malgrat que «ja no procedeixi l'adopció de mesures de restabliment de la legalitat urbanística que impliquin la seva demolició», cessant només en l'estatut de fora d'ordenació si obtenen la legalització d'acord amb la llei i el pla en vigor. Per tant, la sol·licitud i eventual obtenció de la llicència de legalització no vendrà en aquests casos derivada de l'exercici d'accions o potestats públiques de restabliment de l'ordre jurídic pertorbat, simplement perquè ha operat la prescripció i no són procedents.

Anem per tant a analitzar de manera resumida les situacions que es poden donar en aquests expedients de legalització en funció del context en què s'hagi instat la seva sol·licitud per les persones interessades.

1. Llicència de legalització voluntària instada al marge de les potestats administratives de protecció, restabliment o sanció, o fora del termini del requeriment administratiu

Hem assenyalat que és perfectament possible instar la legalització d'actuacions per part dels interessats al marge del fet que s'hagi activat alguna de les potestats de protecció de la legalitat urbanística, de restabliment de l'ordre jurídic pertorbat o de sanció de les infraccions urbanístiques a les quals al·ludeix genèricament la LOUS.²² Tanmateix, cal tenir en consideració que precisament i en el cas que no hagi operat la prescripció de les accions de restabliment o sancionadores, no ja solament amb l'atorgament o la denegació de la llicència de legalització, sinó amb la seva simple sol·licitud s'haurà posat de manifest de forma expressa a l'Administració urbanística l'existència d'una infracció, davant de la qual haurà de reaccionar de la mateixa manera que si hagués detectat dita existència mitjançant l'exercici de la inspecció urbanística, de denúncia de particular o de comunicació d'una altra Administració pública.

Sigui com sigui, pel que fa al supòsit d'atorgament de la llicència de legalització al marge de la instrucció prèvia d'actuacions de restabliment de la legalitat o de naturalesa sancionadora, esdevindrà obligatori per a l'Administració la sanció de l'acte legalitzat (cas de no haver prescrit la infracció), atès que d'acord amb l'art. 155.1 LOUS i l'art. 455.1 del RLOUSM, davant la presumpta comissió cal instruir procediment sancionador, «siguin o no legalitzables els actes o els usos objectes d'aquest».

Podríem afegir una precisió, com és que aquesta legalització a la qual podríem denominar «voluntària», pel fet de dur-se a terme al marge de requeriments expressos derivats de l'exercici de potestats administratives de protecció de la legalitat, en realitat es conformaria en un deure de la persona responsable de l'acte o ús il·legal. Així ho determina l'apartat 2 de l'art. 151 LOUS, en imposar sempre l'obligació a dites persones d'instar-ne la legalització;

²² Particularment, les potestats a les quals al·ludeixen les lletres c) i d) de l'apartat 1 de l'art. 132, amb relació a l'apartat 2: «1. L'administració assegura el compliment de la legislació i l'ordenació urbanístiques mitjançant l'exercici de les següents potestats:

[...]

- c) La protecció de la legalitat urbanística i el restabliment de l'ordre jurídic pertorbat, en els termes que preveu aquesta llei.
- d) La sanció de les infraccions urbanístiques.

2. La disciplina urbanística comporta l'exercici de totes les potestats anteriors en tots els supòsits en què sigui procedent.»

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

afegint, això sí, que aquesta legalització s'ha de dur a terme «en tot cas dins del termini de dos mesos des del requeriment fet per l'administració», evidentment si estam en el si d'un procediment de protecció iniciat. Tanmateix s'afegeix la precisió, via reglamentària i en l'art. 415.2 del RLOUSM, que l'obligació de legalització es transmet a les terceres persones adquirents o successors de les persones responsables.

L'esmentat termini de dos mesos establert en l'art. 151.2 LOUS es configura com a preclusiu en el context de les conseqüències associades als procediments administratius de protecció de la legalitat, restabliment i sancionador, però no a l'efecte de neutralitzar una ulterior sol·licitud de llicència de legalització. En aquest sentit, BLASCO ESTEVE²³ defensa amb recolzament jurisprudencial una resposta clarament afirmativa a la qüestió relativa a la possibilitat i viabilitat de presentació d'una sol·licitud de legalització una vegada transcorregut el termini de dos mesos. A l'anterior afegeix com aquesta possibilitat està recollida de manera incidental a la LOUS en el seu art. 177.2, quan expressa que la sanció que correspon imposar es reduirà un 80% si aquesta legalització s'hagués sol·licitat amb posterioritat a dit termini però abans de la imposició de la sanció, concloent que, per tant, no hi ha dubte que la sol·licitud de legalització es pot presentar encara que hagi transcorregut el termini de dos mesos concedits per l'Administració que fa el requeriment.

Efectivament, seguint aquest argument doctrinal, l'art. 177.2 LOUS estableix una primera conseqüència que parteix de l'obtenció de la llicència de legalització quan s'hagués instat en termini, determinant que si el fet constitutiu de la infracció «fos legalitzat perquè no és disconforme amb l'ordenació urbanística», se li aplica una reducció d'un 95% de la sanció

²³ Obra citada en la nota 4. Indica que és evident aquesta possibilitat, i que en aquest cas «la Administración deberá tenerlo en cuenta, aunque también puede continuar el procedimiento de restablecimiento de la legalidad urbanística en cuanto pase el plazo de dos meses. Como han dicho las STS de 22.06.1993 y de 24.02.1988, “sería de todo punto absurdo que unas obras que pudiesen ser legalizadas fuesen demolidas porque se haya pedido su legalización extemporáneamente”». Concretament, la Sentència expressada de 24 de febrer de 1988 assenyala que «Debe, no obstante, significarse que el aludido plazo de dos meses, fijado en los artículos 184 y 185 del Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 9 de abril de 1976, tiene el carácter de un plazo de los denominados por los procesalistas “pasivos” o “dilatorios”, en cuanto que impiden se adopten unas determinadas resoluciones (en el caso actual las previstas en los mencionados preceptos) en tanto no hayan transcurrido totalmente los mismos, sin que en modo alguno pueda estimarse que transcurrido el expreso período de dos meses no cabe sea ya interesada licencia de obras, cuya solicitud, como es lógico, puede formularse sin limitación temporal alguna, con la consiguiente obligación de la Corporación local de admitirla y tramitarla en la forma que legalmente resulte pertinente.»

que correspongui, tret del cas d'incompliment de l'ordre de suspensió; i, pel cas contrari del qual parteix implícitament la primera situació (sol·licitud de legalització en termini), preveurà com la sol·licitud de legalització fora del termini (amb implícita concessió de la legalització) però abans de la imposició de la sanció, se li aplica una reducció del 80%. La legalització també té conseqüències respecte al concret tipus de sanció sobre el qual després s'han d'aplicar aquestes reduccions.

Encara podem trobar dins el mateix precepte un segon element coadjuvant a l'acceptació incidental en la LOUS de la possibilitat de sol·licitud de legalització fora del termini de dos mesos, fins i tot en el cas d'haver-se imposat la sanció (econòmica) principal. Ens referim al fet que l'apartat 4 de l'art. 177 preveu la potestat d'imposar determinades sancions accessòries (prohibició de contractar, inhabilitacions i prohibició del dret d'iniciativa de l'activitat d'execució), acotades a un termini màxim de dos anys d'acord amb el seu apartat 5, per acabar assenyalant que aquestes sancions accessòries quedaran sense efecte si, abans que transcorrin els terminis que es preveuen (terminis que cal entendre fins al referit màxim de dos anys), les persones infractores reposen voluntàriament la realitat física o jurídica alterada, «o bé accedeixen a la legalització de la construcció o l'ús».

Aquest factor suposa un nou reconeixement indirecte de la potestat de les persones particulars d'instar la legalització d'actuacions en moments posteriors, ara també per al cas d'haver-se imposat ja la sanció econòmica principal. Evidentment, aquest ressort no té altre efecte en l'àmbit sancionador que l'aixecament dels efectes de les sancions accessòries, no afectant la resolució sancionadora principal ja ferma ni la reducció de la sanció imposada, però sí que resulta un element que reforça la possibilitat d'instar la legalització voluntària.

Finalment, un tercer element coadjuvant a la legalització en termini indefinit el trobam en l'art. 427 RLOUSM, precepte ubicat en el capítol dedicat a l'execució subsidiària de les ordres de reposició i que regula la suspensió d'aquesta execució. Més concretament, el seu apartat 3 determina que la sol·licitud d'una llicència de legalització no és causa de suspensió, per bé que afegeix que aquesta regla, general i lògica d'altra banda, ho és «sens perjudici que, una vegada obtinguda, s'hagi de deixar sense efecte l'execució subsidiària». Aquesta previsió, en definitiva, suposa un altre reconeixement normatiu del fet que, fins i tot en fase d'execució de les ordres de reposició de la realitat física alterada ja fermes administrativament, la persona interessada pot instar igualment la legalització de l'actuació, implicant, d'obtenir finalment una resolució favorable, que queden sense efecte les actuacions d'execució.

Algunes notes sobre la llicència urbanística de legalització en la Llei 2/2014...

En definitiva, tal possibilitat de sol·licitar la legalització fora del termini de dos mesos, i evidentment amb independència de les conseqüències que d'això se'n deriven en els àmbits de restabliment de la realitat física i sancionador, seria un efecte derivat de la conformació de la legalització com a obligació de l'interessat, en els termes que hem exposat més amunt.

2. Llicència de legalització instada en el si dels procediments de protecció i restabliment de la legalitat

El precepte de referència en què s'insereix la llicència de legalització en aquest context és l'art. 151.1 LOUS, que determina que el restabliment de l'ordre jurídic pertorbat per un acte o un ús sense l'aprovació o la llicència urbanística preceptives o contravenint les seves condicions, tindrà lloc mitjançant la legalització del corresponent acte o ús o, si escau, la reposició al seu estat originari de la realitat física alterada, dependent, respectivament, que les obres siguin compatibles amb l'ordenació vigent.²⁴

Hem de reiterar que dit art. 151.1 s'ha de complementar amb el fet que la legalització s'estén igualment als actes subjectes a comunicació prèvia duts a terme sense aquesta, i no només als que estiguin subjectes a aprovació o llicència, d'acord amb els arguments exposats en altres apartats. Recordem també el fet que l'art. 150 de la Llei, quan regula la mesura cautelar de suspensió d'obres, cessament de l'acte o de l'ús en curs d'execució, de realització de desenvolupament, es refereix igualment als actes subjectes a comunicació prèvia que es realitzin sense aquesta. Aquesta mesura, amb caràcter general s'adopta justament a l'inici de l'expedient de restabliment de l'ordre jurídic pertorbat a què es refereix l'art. 151 (segons es dedueix, *in fine*, del darrer incís de l'art. 150.1).

La manca d'instància de llicència de legalització comporta la formulació de proposta de reposició de la realitat física alterada als efectes del restabliment de l'ordre jurídic pertorbat (151.3 LOUS; com ho reitera l'art. 152.1.b).

Una novetat en el règim de la sol·licitud preceptiva de llicència de legalització se sintetitza a partir del principi d'economia procedimental i també en una certa exigència d'avaluació preliminar administrativa quant a la mateixa possibilitat de legalització. En aquest sentit, l'art. 152.1.a) LOUS determina que procedeix adoptar la mesura de reposició de la realitat física alterada quan les obres siguin manifestament incompatibles amb l'ordenació urbanística. Es parteix així de pressuposar la impossibilitat de legalització, tot i que no ho digui expressament la Llei.

²⁴ En concordança, l'art. 412.1 RLOUSM.

El Reglament ha precisat aquests punts, determinant el moment en què es pot adoptar aquesta mesura. Així en l'art. 418.2, en establir els requisits de contingut mínims de l'acte d'iniciació del procediment de restabliment de l'ordre jurídic pertorbat, imposa la necessitat d'indicar si els actes són o no manifestament incompatibles amb l'ordenació urbanística, i assenyalar la normativa que ho determini. Segueix indicant després l'art. 419 que l'Administració competent ha de disposar la demolició immediata dels actes que siguin manifestament incompatibles amb l'ordenació urbanística quan consisteixin en actuacions d'urbanització o d'edificació, precisant que, a tal efecte, un cop notificat l'inici del procediment i evacuat el tràmit d'al·legacions i audiència, cal dictar l'ordre de reposició en el termini màxim de dos mesos.

Igualment, l'art. 418.2.e) del Reglament determina literalment com a requisit de l'acte d'iniciació que «si els actes es poden legalitzar, fer el requeriment perquè en el termini màxim de dos mesos les persones o les entitats presumptament responsables de la infracció urbanística sol·licitin el títol habilitant corresponent, i advertir de les conseqüències que es donen en cas de no atendre'l.»

Per tant, en un principi sembla necessària una tasca preliminar duta a terme per l'Administració sobre la viabilitat de legalització, és a dir, com a mínim per excloure la circumstància que no siguin obres manifestament incompatibles amb l'ordenació urbanística. Ara bé, evidentment el fet que es requereixi a la legalització, no suposa per si mateix la seva obtenció, sinó que es regeix per les regles de la llicència ordinària i, per tant, es podrà i s'haurà de denegar si hi ha incompatibilitat amb l'ordenació, encara que aquesta no sigui manifesta.

COMENTARIS I NOTES

rjib15

COMENTARIS I NOTES

LA INTERPRETACIÓ DEL TERMINI LEGAL D'EXECUCIÓ DE LES OFERTES PÚBLIQUES D'OCUPACIÓ: CAP A UN INCREMENT EXPONENCIAL DE LA TEMPORALITAT EN LA FUNCIÓ PÚBLICA

Margarita de los Reyes Cunill Crespi

Cap de departament

Institut d'Estudis Autonòmics

**I. Introducció. II. Context normatiu. III. Plantejament de la controvèrsia.
IV. Diferents posicionaments jurisdiccionals. V. Altres reflexions.**

I. Introducció

La regulació de les ofertes públiques d'ocupació i de les convocatòries per a l'execució d'aquelles va ser modificada l'any 2007 mitjançant l'aprovació de l'Estatut bàsic de l'empleat públic (Llei 7/2007, de 12 d'abril, en endavant EBEP), amb la finalitat de reforçar l'obligatorietat de dur-les a terme de forma efectiva; tot això atesa la manca de diligència que les administracions públiques, en general, havien demostrat durant el període de vigència de l'anterior Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública.

Davant l'evidència que els terminis que l'art. 18 d'aquesta Llei establiria eren incomplets de forma sistemàtica, la nova regulació, continguda ara en l'art. 70 del text refós de l'EBEP (aprovat pel RDLEG 5/2015, de 30 d'octubre, en endavant TREBEP), va establir de forma taxativa que l'obligació d'executar les ofertes mitjançant les convocatòries corresponents s'havia de dur a terme en el termini improrrogable de 3 anys.

Els primers anys de vigència d'aquesta nova regulació varen coincidir amb l'establiment de restriccions qualitatives i quantitatives a les ofertes d'ocupació del conjunt del sector públic, establertes amb caràcter bàsic per les successives lleis de pressupostos anuals de l'Estat.

D'aquesta manera, per donar compliment als objectius d'estabilitat pressupostària compromesos i no excedir el dèficit públic permès, les lleis de pressupostos estatals entre els anys 2010 i 2015 varen impedir, o bé varen limitar de forma considerable, la incorporació de nou personal:

- L'art. 23.1 de la Llei 39/2010, de 22 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2011 estableix que «Durant l'any 2011, el nombre total de places de nou ingrés del personal del sector públic [...] ha de ser, com a màxim, igual al 10 per cent de la taxa de reposició d'efectius [...]».
- L'art. 23.1 de la Llei 2/2012, de 29 de juny, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2012, ja determina que «Al llarg de l'exercici 2012, al sector públic [...] no es pot incorporar nou personal [...]».
- L'art. 23.1 de la Llei 17/2012, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2013, també diu expressament que «Al llarg de l'exercici 2013 no es procedirà en el sector públic [...] a la incorporació de nou personal [...]».
- L'art. 21.1 de la Llei 22/2013, de 23 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2014, que novament disposa que «Al llarg de l'exercici 2014 no s'ha de procedir en el sector públic [...] a la incorporació de nou personal [...]».

La interpretació del termini legal d'execució de les ofertes públiques d'ocupació...

- L'art. 21.1 de la Llei 36/2014, de 26 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2015, amb idèntica redacció diu que «Al llarg de l'exercici 2015 no es procedirà [...] a la incorporació de nou personal [...]»

Evidentment, aquestes limitacions es varen traslladar en els mateixos termes a les successives lleis anuals de pressupostos de la nostra Comunitat Autònoma.¹

Així les coses, moltes administracions públiques, durant aquest període, optaren per no aprovar cap oferta d'ocupació o per no executar les ofertes que ja havien estat aprovades, davant la tessitura d'enllestir uns processos que es presumien ineficients pel reduït nombre de places susceptibles de ser oferides. I tot això, no ho oblidem, contravenint frontalment el mandat de l'art. 70 EBEP, que prescriu l'obligació dels òrgans de govern, per una banda, d'aprovar anualment l'oferta d'ocupació, i per una altra, d'executar-la en el termini improrrogable de tres anys, com hem dit abans.

La tendència es modifica a partir de l'any 2015 quan, de forma gradual, les administracions comencen a ser conscients de l'increment exponencial experimentat novament en la taxa de temporalitat en l'ocupació pública. Aquesta evidència planteja la necessitat d'oferir públicament les places ocupades per personal interí, però també la d'aprovar les convocatòries per iniciar el desplegament de les ofertes anteriors no executades, com l'única via factible d'obviar els límits màxims imposats anualment per l'Estat en relació amb les taxes de reposició.

Doncs bé, aquestes convocatòries d'execució, quan la seva aprovació s'ha produït transcorreguts més de tres anys des de la publicació de les ofertes públiques que les emparen, estan sent impugnades de forma sistemàtica per l'Estat, a través del Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques, amb la conseqüència que algunes sentències ja recaigudes són favorables a les seves pretensions.

A l'àmbit concret de la nostra Comunitat Autònoma, l'Estat ha interposat un recurs contra l'Ajuntament de Manacor (actuacions núm. 299/2014 del Jutjat Contenciós Administratiu

¹ En l'art. 15 de la Llei 9/2011, de 23 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2012; en l'art. 16 de la Llei 15/2012, de 27 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2013; en l'art. 16 de la Llei 8/2013, de 23 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2014; en l'art. 18 de la Llei 13/2014, de 29 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2015, i en l'art. 19 de la Llei 12/2015, de 29 de desembre, de pressupostos generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2016.

núm. 1 de Palma), que va acordar, en 2014, convocar dues places de funcionaris de carrera (arquitecte/a), corresponents a les ofertes d'ocupació pública de 2007 i 2009, respectivament.

Més recentment, l'Estat ha impugnat diverses convocatòries del Servei de Salut de les Illes Balears, corresponents a ofertes públiques dels anys 2009 i 2010. Aquests procediments estan en tramitació davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, que ha acordat suspendre les convocatòries cautelàrment.

En aquest context, se'ns planteja l'estudi de la naturalesa del termini establert en l'art. 70 TREBEP i l'abast i les conseqüències jurídiques que es poden desprendre del seu incompliment.

II. Context normatiu

La regulació anterior a l'EBEP, continguda en l'art. 18 de la Llei 30/1984, de 2 d'agost, de mesures per a la reforma de la funció pública, establia:

«La publicació de l'oferta obliga els òrgans competents a procedir, dins el primer trimestre de cada any natural, a la convocatòria de les proves selectives d'accés per a les places vacants compromeses a l'oferta i fins a un 10 per 100 adicional. Aquestes convocatòries han d'indicar el calendari precís de realització de les proves, les quals, en tot cas, han de finalitzar abans de l'1 d'octubre de cada any, sense perjudici dels cursos selectius de formació que s'estableixin.»

Constatam per tant que, en realitat, es distingien dues obligacions temporals: la primera, relativa a que l'aprovació de les ofertes de cada administració pública s'havia de produir durant el primer trimestre de cada anualitat (entre l'1 de gener i el 31 de març), i la segona, que l'execució de les convocatòries selectives s'havia de resoldre abans de l'1 d'octubre de cada any.

Aquests terminis rara vegada es compliren, atesa la complexitat dels procediments d'aprovació de les ofertes públiques d'ocupació i de les posteriors convocatòries selectives, ambdós sotmesos a la preceptiva negociació sindical. Aquesta circumstància resulta fàcilment comprovable si ens detenim a fer un repàs de les distintes ofertes públiques d'ocupació aprovades a les Illes Balears fins a l'entrada en vigor de l'EBEP, que resulta molt il·lustratiu:

- Decret 26/1990, de 5 d'abril, d'aprovació de l'oferta d'ocupació pública prevista en la disposició transitòria cinquena, punt 4, de la Llei 2/1989, de 22 de febrer, de la funció pública de la CAIB (BOCAIB núm. 44, de 10 d'abril).

La interpretació del termini legal d'execució de les ofertes públiques d'ocupació...

- Decret 37/1991, de 2 de maig, d'aprovació de l'oferta pública d'ocupació per a 1991, prevista a la disposició transitòria cinquena de la Llei 2/1989 (BOCAIB núm. 59, de 9 de maig).
- Decret 83/1992, de 18 de novembre, d'aprovació de l'oferta pública d'ocupació (BOCAIB núm. 145, d'1 de desembre).
- Decret 46/1998, de 24 d'abril, d'aprovació de l'oferta pública d'ocupació del personal de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a 1998 (BOCAIB núm. 58, de 30 d'abril).
- Decret 16/2001, de 2 de febrer, d'aprovació de l'oferta pública d'ocupació del personal funcionari d'administració general i especial al servei de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears per al 2001 (BOIB núm. 18, de 10 de febrer).
- Acord del Consell de Govern de les Illes Balears, d'aprovació de l'oferta pública d'ocupació per a l'any 2002, del personal funcionari d'administració general i especial de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears inclòs en l'àmbit d'aplicació de les disposicions addicionals primera a onzena de la Llei 2/1989 (BOIB núm. 98, de 15 d'agost).
- Acord del Consell de Govern de dia 21 de maig de 2004, d'aprovació de l'oferta pública d'ocupació per a l'any 2004 del personal funcionari de les administracions general i especial de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears inclòs en l'àmbit d'aplicació de les disposicions addicionals primera a onzena de la Llei 2/1989, de 22 de febrer, de funció pública de la comunitat autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 75, de 27 de maig).
- Acord del Consell de Govern de 24 de juny de 2005, d'aprovació de l'oferta pública d'ocupació per a l'any 2005 del personal al servei de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 96, de 25 de juny).
- Acord del Consell de Govern de dia 2 de juny de 2006, d'aprovació de l'oferta pública d'ocupació per a l'any 2006 del personal funcionari al servei de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 83, de 10 de juny).
- Acord del Consell de Govern de 24 d'octubre, pel qual s'aprova l'oferta pública d'ocupació per a l'any 2008 corresponent al personal funcionari i al personal laboral al servei de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 154, d'1 de novembre).

Doncs bé, l'incompliment d'aquells terminis va ser l'origen d'un període de gran litigiositat, que va donar com a fruit una dilatada jurisprudència que el considerarà com una

mera irregularitat no invalidant, de conformitat amb allò que establia l'art. 63.3 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de las administracions públiques i del procediment administratiu comú (amb idèntica redacció l'actual art. 48.3 de la Llei 39/2015, de 2 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques), conforme al qual:

«La realització d'actuacions administratives fora del temps establert per a aquestes només implica l'anul·labilitat de l'acte quan així ho imposi la naturalesa del terme o termini».

L'apartat 1 de l'art. 70 de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, tant en la seva redacció inicial, de l'any 2007, com en el text refós de 2015, estableix també una obligació temporal que han de complir les administracions públiques, amb la finalitat d'evitar la provisionalitat en l'ocupació pública. Concretament, disposa:

«Les necessitats de recursos humans, amb assignació pressupostària, que s'hagin de proveir mitjançant la incorporació de personal de nou ingrés han de ser objecte de l'oferta d'ocupació pública, o a través d'un altre instrument similar de gestió de la provisió de les necessitats de personal, cosa que comporta l'obligació de convocar els processos selectius corresponents per a les places compromeses i fins a un deu per cent addicional, i fixar el termini màxim per convocar-los. En tot cas, l'execució de l'oferta d'ocupació pública o instrument similar s'ha de desenvolupar dins del termini improrrogable de tres anys.»

En qualsevol cas, defensam que aquesta exigència es formula, precisament, per obligar les administracions públiques a executar les ofertes de forma efectiva i no per configurar un termini que, cas de ser excedit, les eximiria de l'obligació de dur-les a terme.

III. Plantejament de la controvèrsia

La qüestió controvertida radica, consegüentment, en determinar si l'incompliment del termini legal de tres anys per executar les ofertes públiques constitueix una mera irregularitat no invalidant (tal i com ho va interpretar la jurisprudència respecte de la legislació anterior) o si la voluntat del legislador ha estat la d'establir un termini peremptori, l'incompliment del qual determinaria la caducitat del dret de l'Administració d'executar l'oferta pública.

La interpretació del termini legal d'execució de les ofertes públiques d'ocupació...

Aquesta darrera sembla ser la interpretació que efectua l'Estat d'acord amb la fonamentació jurídica que exhibeix en els seus recursos, i que podem resumir de la manera següent:

- El termini d'execució de les ofertes públiques establert per l'art. 70 TREBEP és un termini imperatiu, caràcter que es deriva del seu tenor literal: «en tot cas» i «improrrogable».
- En conseqüència, l'incompliment d'aquest termini determina que l'oferta pública ja no es pugui executar.
- Les places no executades corresponents a ofertes públiques antigues s'han de computar novament per determinar el llinar màxim de la taxa de reposició, dins dels límits pressupostaris que s'hagin establert per a cada anualitat.

En definitiva, l'Administració es veu obligada a elaborar i a aprovar una oferta pública nova, que s'haurà de calcular en atenció a la situació de l'ocupació de l'exercici vigent.

Aquesta interpretació tan severa difícilment es compadeix amb la voluntat del legislador de «combatre l'excessiva taxa de temporalitat en l'ocupació pública que s'ha assolit en algunes administracions i sectors», tal i com expressava l'exposició de motius de l'EBEP. A més, es tracta d'una interpretació que condueix a l'absurd: la conseqüència indefectible de l'incompliment seria que les places ofertades i no convocades caducarien; tanmateix, continuarien ocupades per personal interí privat de l'oportunitat de consolidar el seu lloc de feina.

Abundant en l'errori d'aquesta interpretació, si l'efecte mediat de la manca de diligència de les administracions en l'obligació d'executar les seves ofertes és el d'impedir l'accés a l'ocupació pública de personal de carrera, podríem arribar, fins i tot, a un eventual escenari en què les taxes de temporalitat excedissin les taxes d'estabilitat. Això es traduiria en una sensible pèrdua per a les expectatives legítimes dels ciutadans, en veure menyscabat el seu dret constitucionalment garantit d'accedir en condicions d'igualtat a l'ocupació pública.

Acceptar aquesta interpretació, derivaria també en una pèrdua per a les administracions, les quals, acuitades per les necessitats de personal i davant la impossibilitat d'incorporar funcionaris de carrera, es veurien obligades a confiar els serveis públics, de manera cada vegada més generalitzada, a personal de naturalesa interina.

Tal i com hem avançat, les lleis de pressupostos de l'Estat, amb caràcter bàsic, i les lleis de pressupostos de la Comunitat Autònoma, mimèticament, vénen establint limitacions a les ofertes públiques d'ocupació, des que van començar les polítiques de reducció de la despesa pública. Ja hem comentat de quina manera les disposicions legals han establert com a límits a

les ofertes d'ocupació determinats percentatges de les taxes de reposició d'efectius. No obstant això, en cap d'aquestes normes no s'estableix que la no execució de les ofertes públiques determini la caducitat de les places oferides, de manera que aquestes no puguin ni ser objecte de convocatòria ni acumular-se a futures ofertes.

Però encara més, aquesta interpretació defensada per l'Administració de l'Estat també determinaria la privació als interessats del seu dret legítim a exigir a l'Administració el compliment de l'obligació, mitjançant el recurs contra la inactivitat que estableix la Llei jurisdiccional de 1998. En efecte, l'establiment d'un termini «improrrogable» ha de determinar la possibilitat que els aspirants interessats en l'execució de les ofertes d'ocupació públiques puguin reclamar judicialment el seu compliment. Recordem que l'art. 29 de la Llei jurisdiccional preveu que quan l'Administració, en virtut d'una disposició general que no precisi d'actes d'aplicació estigui obligada a realitzar una prestació concreta en favor d'una o diverses persones determinades, els qui tenguessin dret a ella poden reclamar de l'Administració el compliment d'aquesta obligació, i si en el termini de tres mesos, l'Administració no hagués donat compliment al sol·licitat els interessats poden interposar recurs contenciós administratiu contra la inactivitat de l'Administració.

Confirma també la interpretació que defensam l'Informe de la Comissió per a l'Estudi i la Preparació de l'Estatut Bàsic de l'Empleat Públic, que va servir de base per a la redacció de la Llei 7/2007.

Aquell Informe, ja l'any 2005 denunciava l'excés de temporalitat existent en l'ocupació pública i proposava com a mesura imprescindible per reduir-la la inclusió en la futura Llei de dues obligacions de les administracions públiques:

1. L'obligació d'incloure les vacants ocupades per interins en les ofertes d'ocupació pública.
2. L'obligació d'executar les ofertes públiques en un termini determinat.

L'Informe, en l'apartat VI, punt 28 dedicat a l'Oferta d'Ocupació Pública, diu:

«[...] el volumen de temporalidad hoy existente en el sector público parece exceder del que sería razonable para atender a las necesidades temporales de prestación de servicios y actividades públicas de las distintas Administraciones y que, en realidad, se formalizan como interinidades o contrataciones temporales actividades que responden a necesidades permanentes y que se prolongan o reiteran año tras año. [...]

Las causas que han originado esta situación son múltiples y algunas de ellas tienen relación directa, según los mencionados informes, con la legislación vigente en materia de empleo público y presupuestaria —en especial, las severas limitaciones impuestas en los

La interpretació del termini legal d'execució de les ofertes públiques d'ocupació...

últimos años al reclutamiento de nuevos efectivos de plantilla por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado— o con las carencias de aquella legislación o su deficiente aplicación: ausencia de normas que impongan la inclusión de las vacantes en las ofertas anuales de empleo público o imprecisión de las mismas; retraso de las convocatorias [...]».

[...] la legislación sobre el empleo público debe establecer un conjunto de garantías al respecto, algunas de las cuales podrían figurar en el Estatuto Básico, dado el alcance general del problema [...]».

Per tant, ens sembla del tot evident que la pretensió de l'EBEP en incloure aquestes obligacions en l'art. 70 era la de disminuir les elevades taxes d'ocupació temporal (funcionaris interins) mitjançant la cobertura de les vacants amb personal funcionari de carrera, obligant a les administracions públiques a executar efectivament les ofertes d'ocupació pública, amb un mandat clar i sotmès a termini, perquè fos possible la seva exigència, per inactivitat.

Aquesta voluntat es veuria absolutament truncada si la conseqüència final que es derivàs de la interpretació de tal precepte resultàs, com es pretén per part de l'Administració estatal, justament la contrària: que el transcurs del termini de 3 anys sense complir amb l'obligació legal d'executar l'oferta determinàs que l'Administració quedàs eximida de l'obligació legalment imposada.

IV. Diferents posicionaments jurisdiccionals

La naturalesa del termini controvertit ha estat analitzada per distints òrgans jurisdiccionals, encara que, de moment, no s'hi ha pronunciat el Tribunal Suprem.

En el sentit de considerar l'incompliment del termini com una irregularitat no invalidant, es va expressar la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa de l'Audiència Nacional, de 3 de novembre de 2009, que en el seu fonament jurídic quart considera que:

«Las consecuencias que se derivan de considerar esencial dicho término son extremadamente graves tanto para la Administración como para los administrados ya que no es infrecuente que los procesos selectivos iniciados en virtud de una Oferta Pública de Empleo un determinado año se prolonguen más allá del 31 de diciembre, lo que según lo expuesto determinaría la anulación de los procesos impidiendo a la Administración cubrir las plazas vacantes de que disponga, siempre que estén

presupuestadas y ofertadas, y a los aspirantes acceder a dichas plazas, sin que se alcance a entender que tipos de beneficios se derivan de esta situación para los intereses generales o la de los particulares afectados.»

En el mateix sentit, s'han pronunciat les sentències d'aquesta mateixa Sala de l'Audiència Nacional de 8 d'abril de 2008, de 3 de novembre de 2009 o de 24 de novembre de 2011.

La consideració del termini d'execució de l'oferta com a no essencial la trobam també en la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Galícia, de 25 d'abril de 2012, quan afirma en el fonament jurídic cinquè que:

«si conforme con el Art. 63 de la LPAC las actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicarán la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo [...] hemos de convenir que tampoco la omisión del plazo en el que se han de desarrollar las convocatorias pueden determinar la nulidad de la oferta».

Per la seva banda, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Astúries núm. 90136/2013, d'11 de juny (JUR\2013\223059), en el fonament jurídic tercer, disposa:

«Los referidos plazos de tres años recogidos en el art. 70.1 de la Ley 7/2007 y antes de dicha Ley del término de un año del ejercicio presupuestario no implican plazo de caducidad propiamente dicho, sino que constituyen una obligación o mandato impuesto a la Administración para concluir el proceso selectivo dentro de dichos plazos a fin de evitar la excesiva dilatación del proceso. Por otra parte, el simple transcurso del indicado plazo, no determinaría su anulabilidad caso de que la oferta de empleo llegara a su fin, según resulta de lo dispuesto en el art. 63.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se dice que “La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo podrá implicar la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo”, condición que no resulta de los preceptos antes indicados».

També, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia núm. 3326/2014, de 15 de desembre (JUR\2015\172439) arriba a idèntica conclusió i fa seus els fonaments jurídics de l'Audiència Nacional de les sentències anteriorment citades.

La interpretació del termini legal d'execució de les ofertes públiques d'ocupació...

En aquest punt no podem més que insistir que la interpretació correcta de la disposició de l'art. 70.1 EBEP ha de ser necessàriament la que efectua l'Audiència Nacional en les sentències citades, en el sentit que: «constitueixen indicacions clares, fins i tot mandats dirigits a l'Administració per evitar la dilació excessiva dels processos selectius del seu personal», però en cap cas la contrària: entendre que l'Administració pot obviar la seva «obligació» legal de convocar els processos selectius, simplement deixant transcórrer el termini de tres anys.

Ara bé, a un altre costat, també trobam sentències que han estimat les pretensions de l'Estat, i han considerat el termini com a peremptori, l'incompliment del qual determina la invalidesa de la convocatòria, com ara la Sentència 380/2014, de 5 de juny, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Galícia; la Sentència 413/2014, de 19 de juny, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana o la Sentència 671/2015, d'11 de novembre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Madrid.

A la nostra Comunitat Autònoma, es troben *sub iudice* els recursos interposats contra les convocatòries de l'Ajuntament de Manacor (actuacions núm. 299/2014 del Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1 de Palma) i del Servei de Salut de les Illes Balears (actuacions núm. 96/2016 i 132/2016, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears), si bé s'han produït pronunciaments cautelars que han acordat la suspensió de les convocatòries.²

² La Interlocutòria de 17 de desembre de 2015, dictada per la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB en el procediment núm. 299/2011, decreta la suspensió de l'executivitat de la Resolució de l'Alcaldia de Manacor, de 24 de juliol de 2014, per la qual es publicaven les bases de la convocatòria de concurs oposició per cobrir dues places de funcionari de carrera d'arquitecte previstes en les ofertes públiques de 2007 i 2009; la Interlocutòria de 8 d'abril de 2016, dictada per la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB en el procediment ordinari núm. 132/2016, estima la sol·licitud de suspensió cautelar de l'Acord del director general de l'Ibsalut, de 22 de desembre de 2015, pel qual es convoca el concurs oposició per cobrir 3 places de farmacèutic del Servei de Salut, corresponents a l'oferta pública d'ocupació de l'any 2010, i la Interlocutòria de 24 de maig de 2016, d'aquesta mateixa Sala, en el procediment ordinari núm. 96/2016, estima la sol·licitud de suspensió cautelar de la Resolució del director general de l'Ibsalut, de 22 de desembre de 2015, pel qual es convoca el concurs oposició per cobrir 50 places de la categoria tècnic especialista de laboratori, corresponents a l'oferta pública d'ocupació de l'any 2009.

V. Altres reflexions

Impedir que les administracions públiques puguin executar les seves ofertes d'ocupació en haver excedit del termini de tres anys d'ençà que es publicaren no té més que efectes perniciosos: inestabilitat i increment de la temporalitat en l'ocupació pública, ineficiències en la selecció del personal per la manca de processos selectius i també ineficiències en el control de la despesa pública.

A aquest respecte, no deixa de sorprendre que la motivació subjacent a la interpretació restrictiva que fa l'Administració estatal sembla ser la contenció de la despesa pública. Tanmateix, no podem obviar que actualment el personal interí, no únicament no suposa un estalvi, sinó que pot significar un sobrecost en relació amb el personal de carrera. En efecte, aquest personal, per raó de la naturalesa temporal, cotitza pel concepte de desocupació, contràriament al personal funcionari de carrera. Però és més, atesa la doctrina més recent del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, no resulta desraonat pensar en la probabilitat que la normativa nacional acabi per modificar-se per atorgar-li el dret de ser indemnitzat pel cessament.

En aquest sentit, són significatives les Sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala desena) de 14 de setembre de 2016, dictades en actuacions C-184/15; C-16/15 i C- 596/14, en resolució de qüestions prejudicials, que qüestionen la legalitat dels contractes eventuais i dels contractes d'interinitat de la sanitat pública espanyola («abús de dret que eternitza la precarietat laboral en contra de l'establert en l'Acord marc sobre treball de durada determinada, aprovat com a annex de la Directiva 1999/70/CE del Consell 13 de 29 de juny de 1999») i que prediquen el dret a la indemnització per finalització del contracte d'interinitat que afecta el sector públic i privat.

En aquest context, si l'Estat s'obstina que les places actualment convocades i vinculades a ofertes públiques anteriors caduquin, i que, per poder-les convocar, hagin de ser objecte de noves ofertes d'ocupació d'anualitats posteriors, amb la finalitat que així es vegin afectades per les limitacions que anualment el Ministeri d'Hisenda i Administracions Públiques proposa i les lleis de pressuposts disposen per a cada anualitat, la conseqüència serà l'increment de les altes taxes de temporalitat en l'ocupació pública, sense que això repercuteixi, insistim, en cap estalvi per a les arques públiques.

Haguda compte de la incertesa sobre quina serà finalment la interpretació jurisprudencial sobre la qüestió, la nostra Comunitat Autònoma ha optat per dissenyar una solució que asseguri la possibilitat d'incorporar a les ofertes públiques d'ocupació les places no

La interpretació del termini legal d'execució de les ofertes públiques d'ocupació...

convocades corresponents a ofertes anteriors, obviant els límits estatals establerts per a la confecció d'aquelles.

Així, l'art. 18.1 de la Llei 18/2016, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2017, introdueix, per primera vegada un segon paràgraf que diu:

«Respectant les disponibilitats pressupostàries de l'exercici de 2017, no computen en el límit anterior les places corresponents a convocatòries pendents d'execució que deriven d'ofertes públiques d'ocupació d'anys anteriors, ni tampoc, dins els límits de les lleis anuals de pressuposts generals corresponents pel que fa a les taxes màximes de reposició d'efectius de cada any, les places inherents a les taxes de reposició respectives encara no convocades o sense oferta pública d'ocupació.»

Tanmateix, a judici meu, l'interès general, tant des del punt de vista de les pròpies administracions afectades, com des del punt de vista dels drets dels ciutadans interessats en l'accés a l'ocupació pública, exigeix que les ofertes d'ocupació siguin efectivament executades. En aquest sentit, l'única interpretació conforme amb l'interès general és que el mandat de l'art. 70 TREBEP d'executar les ofertes públiques s'ha de complir ineludiblement: de forma preferent, en el termini previst de tres anys, però si no és així, permetent l'acompliment de forma extemporània, ja sigui *motu proprio*, ja sigui per exigència dels interessats.

rjib15

COMENTARIS I NOTES

UN NUEVO Y SINGULAR DICCIONARIO JURÍDICO

Tomás Mir de la Fuente

Abogado del Estado

Académico de Número de la Real Academia
de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears

I. Entre el *Diccionario de la lengua española* y las enciclopedias jurídicas: el *Diccionario del español jurídico*. II. La falta de univocidad del lenguaje: el término recurso como ejemplo. 1. El recurso como entrada o lema, acepción o sublema de los diccionarios. 2. Los recursos en particular. 3. Los recursos innominados. III. Singularidades del *Diccionario del español jurídico*.

I. Entre el *Diccionario de la lengua española* y las enciclopedias jurídicas: el *Diccionario del español jurídico*¹

Carlos LESMES SERRANO, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, en el Prólogo de la obra *Diccionario del español jurídico* (fruto del convenio de colaboración, firmado el 26 de noviembre de 2014, entre la Real Academia Española y el Consejo General del Poder Judicial), dice que aspira a fortalecer el uso preciso del lenguaje como garantía de la más adecuada defensa de los derechos, pues ello constituye un instrumento público decisivo para la plena efectividad del Estado de derecho, cuya preservación exige la certeza de los conceptos en los que se plasma la ley a la que los ciudadanos y poderes públicos están sujetos. Y vaticina que la obra ha de contribuir al logro de aquel esencial fin del Estado de derecho por el que, a través de la definitiva consagración del imperio de la ley, se garantiza la más eficaz tutela de los derechos y libertades ante eventuales desviaciones o ejercicios arbitrarios del poder, permitiendo que los ciudadanos dispongan de un marco de certidumbre en el que se desenvuelva el legítimo ejercicio de sus derechos y la más nítida asimilación de sus obligaciones.

Santiago MUÑOZ MACHADO, Académico de Número de la Real Academia Española, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense y director del equipo de redacción (30 coordinadores, 141 juristas colaboradores y 17 lexicógrafos del Instituto de Lexicología de la Real Academia Española) del *Diccionario del español jurídico*, recuerda que el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia empezó siendo de Autoridades (sirviéndose ampliamente de los textos jurídicos, atendida la nutrida representación de juristas entre sus miembros), pero dejó de serlo en 1780, en que hizo radicar su autoridad en ella misma y sus miembros (como había sucedido desde el principio en *l'Académie française*), aumentando en las sucesivas ediciones las palabras de significación jurídica. Y afirma que la mejor prueba de la presencia del léxico jurídico en el Diccionario se infiere del simple resultado del conjunto de lemas y acepciones que se marcan como procedentes del derecho (*Der.* y, antes, *For.*), o que, sin contar con dicha marca, se usan predominantemente en el lenguaje jurídico, acercándose al 10 por ciento del total de los lemas y acepciones recogidos, estando por encima de seis mil. Trescientos de los cuales se introdujeron en las 22.^a y 23.^a ediciones, como consecuencia del trabajo de una Comisión dirigida por Eduardo GARCÍA

¹ Dirigido por Santiago MUÑOZ MACHADO. Real Academia Española – Consejo General del Poder Judicial. Barcelona: Espasa Libros, 2016.

DE ENTERRÍA. Y más deberán serlo, sobre todo en cuanto se refiere al derecho más afectado por la europeización y la regulación de las mercaderías, así como el lenguaje político, administrativo y constitucional, que ha producido una revolución (como la francesa llevó al Diccionario otras muchas, como las del *Vocabulario francés español de las voces introducidas en el idioma francés desde la Revolución francesa* de Marie GALLET en 1803, y el primer constitucionalismo español, estudiado por María CRUZ SEOANE, en *El primer lenguaje constitucional español: las Cortes de Cádiz*. Madrid: Editorial Moneda y Crédito, 1968).

Todo este arsenal nuevo, una vez cribado, afirma el Director debe ingresar en el *Diccionario de la lengua española*, pero entretanto, y esto es lo que hace el *Diccionario del español jurídico* que nos ocupa, ha de recuperarse el modelo de diccionario especializado, prometido por la Academia, en el Prólogo de Autoridades, para cuando acabara éste, diciendo: 8. De las voces propias pertenecientes a las artes liberales y mecánicas ha discurrido la Academia hacer un Diccionario separado, cuando éste haya acabado, y pronto abandonado. Desistimiento que propició obras varias, de autores particulares, como en 1788 el *Diccionario castellano con voces de las ciencias, artes y oficios y sus correspondientes en lenguas francesa, latín y castellano* de Esteban TERREROS Y PANDO. O ya en el siglo XVIII diccionarios jurídicos enciclopédicos, que se extendían en explicaciones del asunto de que tratan, y no como el de nuestro caso, que se acoge a los criterios lexicográficos de la Academia, basándose en definiciones breves e informaciones complementarias que orientan el uso correcto de cada vocablo. Diccionarios, denominados Librerías o Bibliotecas jurídicas que contenían exposiciones sintéticas, con más ánimo divulgador y pedagógico, que analítico y crítico, de la doctrina existente, sin contener normalmente repeticiones íntegras de los textos legales, a cuyo género pertenece la *Librería de juez*, de Manuel SILVESTRE MARTÍNEZ, de 1763, el *Febrero* (por su autor José FEBRERO BERMÚDEZ), entre 1778 y 1781, con el título de *Librería de escribanos e instrucción teórico-práctica de principiantes*, que llega a once volúmenes en la reedición de 1842 de GARCÍA GOYENA Y AGUIRRE. Tales librerías respondían a la misma concepción omnicomprendiva en que se había apoyado la tarea recopiladora y codificadora: la de alcanzar a todas las ramas jurídicas, como refleja el discurso preliminar del nonato Código Civil de 1821, cuando decía que no debía comprender solamente el Derecho, sino que abrazaría también el Derecho Público interior, o sea, la Administración General del Estado en las ramas eclesiástica, militar, judicial y política con todas sus dependencias. En la línea de la *Enciclopedia jurídica española* de Seix de 1910, con sus 50 tomos y 29 apéndices y la *Nueva Enciclopedia Jurídica* de Seix-Barral de 1975. Que

convive con las meras compilaciones ordenadas como diccionarios, cuales el *Diccionario de Administración, española, peninsular y ultramarina* de Marcelo MARTÍNEZ ALCUBILLA, iniciado en 1858, y terminado en 1862, con cinco volúmenes, puestos al día con apéndices anuales hasta 1967. O con los *Repertorios Cronológicos de Legislación y Jurisprudencia*, con sus índices progresivos, iniciado en 1929 por Manuel ARANZADI IRUJO, que dan paso al *Diccionario de Legislación 1951-1966* de Estanislao DE ARANZADI de 15 tomos y sus doce Apéndices.

No obstante, antes del Código Civil de 1889 siguió habiendo epígonos de la idea totalizadora. Joaquín ESCRICHE MARTÍN, Magistrado honorario de la Audiencia de Madrid, publicó, en 1840 *Elementos de Derecho Patrio*, y, en 1848, la tercera edición del *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, de dos tomos, que empezaba con cita de la ley 8, tít. 31 de la Partida 2, que decía: «La ciencia de las leyes es como fuente de justicia, et aprovéchase della el mundo, más que de las otras ciencias», recordando, en el Prólogo (donde el autor afirma que no está escrito para letrados, sino para el labrador, para el comerciante, para las personas de cualquier clase, que, no habiéndose dedicado a la carrera forense, quieran, con poco trabajo y sin pérdida de tiempo, las noticias que necesitan para el gobierno en el arreglo de sus negocios, en sus contratos, en el desempeño de sus deberes y en el ejercicio de sus derechos, aunque los letrados lo considerarán útil y cómodo para su uso a modo de prontuario o manual), antecedentes concretos en el *Repertorio de las leyes de Castilla* de Hugo CELSO, en el siglo XVI, los lexicones o vocabularios jurídicos de AVENDAÑO, LEBRIJA y PÉREZ MAZÓN, el *Diccionario histórico y forense del derecho real* de CORNEJO, y el *Texto de la legislación universal de España e Indias* de PÉREZ Y LÓPEZ, en 1793.

ESCRICHE, modestamente, vio su obra como un pequeña biblioteca de nuestra jurisprudencia y legislación, en la que se hallarán las leyes vigentes, con las variaciones que la mano de la reforma les hace sufrir y en que, con la claridad y exactitud que se ha procurado dar a las definiciones, con las explicaciones de las palabras técnicas y las diferentes acepciones en que pueden tomarse, con los principios y derechos que oportunamente se desenvuelven, se tendrá una base para fijar las ideas en cada materia, una clave que facilite a todos la inteligencia del idioma legal y una luz que alumbre a los que emprendan este camino sombrío y tan sembrado de tropiezos y peligros. Lo que es bastante menos que ser, como aspira el *Diccionario del español jurídico*, obra de consulta al servicio de la sociedad y los operadores jurídicos, enfocando los conceptos jurídicos bajo los prismas del rigor y de la concisión, valores indispensables de una seguridad jurídica

necesaria ante la versatilidad que muestran algunos términos, como consecuencia de una evolución interpretativa no siempre lineal.

II. La falta de univocidad del lenguaje: el término recurso como ejemplo

El lenguaje es el más común de los signos jurídicos. Las normas se expresan con palabras, y éstas, en ocasiones, tienen varias acepciones. Siendo muchas las que integran el ordenamiento jurídico y habiéndose dictado cada una en un determinado momento, que puede ser muy distinto, la certidumbre exige esfuerzos clarificadores de los términos usados en las leyes.

1. El recurso como entrada o lema, acepción o sublema de los diccionarios

Los diccionarios contribuyen a ello. Para muestra un botón: el término recurso, que me interesa especialmente porque lo estudié con algún detenimiento, en un trabajo titulado «El *nomen iuris* de los recursos», producido en el seno de la Comisión de Derecho Público de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en el que rubriqué un apartado «Entre la Torre de Babel y el don de lenguas».

- En el *Diccionario de la lengua española* (en adelante DRAE).
Recurso (del lat. *Recursus*). m. Acción y efecto de recurrir. Recurrir: acceder a un juez o autoridad con una demanda o petición.
En la 19.^a edición, como 5.^a acepción *For.* (y en la 22.^a *Der.*) recurso es: en un juicio o en otro procedimiento, acción que concede la ley al interesado para reclamar contra las resoluciones, ora ante la autoridad que la dictó, ora ante alguna otra. (4. *Der.* Entablar recurso contra una resolución).
- En el *Diccionario del español jurídico* (en adelante DEJ).
Tiene dos acepciones:
 1. *Adm.* Impugnación de los actos y normas administrativas ante la propia Administración autora de las mismas.
 2. *Proc.* Medio de impugnación regulado por la norma procesal a través del cual las partes que resultan perjudicadas por una resolución del órgano jurisdiccional (tribunal o secretario judicial) pueden obtener la modificación o revocación de dicha resolución, ya sea por el mismo órgano que la dictó o por otro tribunal superior.
 - LEC art. 448.1. «[...] la STC 225/2003 [...].»

2. Los recursos en particular

En el DRAE (como combinaciones estables del lema recurso, en la 22.ª edición):

- de alzada.
- de amparo.
- de apelación.
- de casación.
- de fuerza.
- de injusticia notoria.
- de mil y quinientas.
- de nulidad.
- de queja.
- de reforma.
- de reposición.
- de responsabilidad.
- de revisión.
- de segunda suplicación.
- de súplica.

En el DEJ (como lemas-raíz, sublemas, superiores, o no, según su nomenclatura):

- Lemas-raíz (23) y con el *nomen iuris* de los recursos administrativos y procesales vigentes, definidos y con referencias legislativas y alguna jurisprudencia:
 - contencioso-administrativo.
 - contencioso-disciplinario militar.
 - contencioso-electoral.
 - de aclaración.
 - de alzada.
 - de amparo de derechos fundamentales.
 - de anulación.
 - de apelación.
 - de audiencia al rebelde.
 - de casación.
 - de fuerza.
 - de fuerza en conocer.
 - de inconstitucionalidad.

- de nulidad.
- de nulidad de laudo arbitral.
- de queja.
- de reforma.
- de reposición.
- de revisión.
- de súplica.
- de suplicación.
- especial en materia de contratación.
- por responsabilidad extracontractual.
- Lemas-raíz ajenos al *nomen iuris* (17):
 - administrativo.
 - contra disposición general.
 - contra inactividad.
 - contra vía de hecho.
 - contractual.
 - devolutivo.
 - extemporáneo.
 - extraordinario.
 - fuera de plazo.
 - jerárquico.
 - no devolutivo.
 - ordinario.
 - para la ejecución de actos administrativos.
 - por inactividad.
 - por incumplimiento.
 - por omisión.
 - suspensivo.
- Sublemas superiores (26):
 - del recurso de apelación:
 - contra auto de procesamiento.
 - contra auto denegatorio de recusación.
 - contra auto resolutorio de declinatoria.

- contra autos.
- contra auto de extradición.
- contra sentencias.
- del recurso de casación:
 - de casación civil.
 - en interés de ley.
 - foral.
 - para la unificación de doctrina.
 - para la unificación del derecho autonómico.
 - penal.
- del recurso de queja:
 - contra autos no apelables.
 - contra inadmisión de apelación.
 - contra inadmisión de casación.
- del recurso de reforma:
 - contra autos de procesamiento.
 - contra autos del juez de instrucción en el procedimiento abreviado.
 - contra autos del juez de lo penal en el procedimiento abreviado.
 - contra autos del juez de vigilancia penitenciaria.
- del recurso de reposición:
 - en materia tributaria.
- del recurso de revisión:
 - del orden social.
- del recurso extraordinario:
 - de revisión.
 - de suplicación.
 - para la unificación de doctrina.
 - por infracción procesal.
- del recuso por incumplimiento:
 - de sentencia.
- Sublemas inferiores (12):
 - del recurso de apelación contra autos de extradición:
 - del juez de lo penal en procedimiento abreviado.
 - de un jurado.

- del recurso de apelación contra sentencias:
 - del juez central de lo penal.
 - del juez de lo penal.
 - dictadas en juicio de faltas.
 - dictadas en juicios rápidos.
 - dictadas por tribunal del jurado.
 - dictadas en procedimiento de menores.
- del recurso de casación penal:
 - contra autos.
 - contra sentencias.
 - para unificación de doctrina.
 - por error en la apreciación de la prueba.
- Sublemas más que inferiores (18):
 - del recurso de casación penal contra autos:
 - contra autos de inhibición.
 - contra autos de recusación.
 - contra autos de sobreseimiento.
 - del recurso de casación penal por infracción de ley:
 - por infracción de ley sustantiva no penal.
 - por infracción de ley sustantiva penal.
 - del recurso de casación penal por quebrantamiento de forma:
 - consistente en indebido rechazo de recusación.
 - consistente en la denegación de prueba pertinente.
 - consistente en la falta de acusación.
 - consistente en la incongruencia omisiva.
 - consistente en la indebida constitución del tribunal.
 - en el juicio oral:
 - al denegarse la pregunta a un testigo.
 - al denegarse una pregunta.
 - ante la falta de citación a juicio.
 - por continuación indebida del juicio.
 - en la sentencia:
 - consistente en contradicción de hechos probados.
 - consistente en la falta de claridad de los hechos probados.

- consistente en la falta de hechos probados.
- consistente en predeterminación del fallo.

3. Los recursos innominados

La «lematización» del DEJ en materia de recursos, con un centenar de definiciones, avaladas por la autoridad de las referencias legales y citas o transcripciones jurisprudenciales, contribuye a la idea de sistema, que el director MUÑOZ MACHADO buscó, para el Derecho Administrativo, en la obra *Sistema Administrativo*, de la editorial La Ley Actualidad. Y, con la mejora del sistema, a disminuir la entropía creciente del ordenamiento jurídico.

En otra escala, en relación con los recursos, ha trabajado los últimos años la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, en el seno de cuya Comisión de Derecho Público ha tratado de la equivocidad del término, en el citado estudio «El *nomen juris* de los recursos: entre la Filología y el Derecho y entre el Derecho procesal y el Administrativo», publicado en el Boletín núm. XVI, págs. 321 y ss. Aportando alguna idea útil al respecto, como:

- a) La existencia, hoy, y aquí, de recursos innominados, que suelen pasar desapercibidos y tienen cabida en el lema (único, del DRAE, para los recursos administrativos y procesales y como acepción forense o de derecho, y bímembre en el DEJ, que los define separadamente, como acepción del Derecho Administrativo y del Procesal, respectivamente) o en algún sublema, por administrativos, judiciales, ante el mismo órgano o superior, por cualquier motivo o no, materia electoral u otro criterio. Cuáles son, al menos:
 - Recurso contra la denegación del reconocimiento del derecho a la justicia gratuita.
 - Recurso contra la tasación de costas.
 - Recurso contra la minuta de derechos arancelarios de Notarios, Registradores de la Propiedad y Mercantiles.
 - Recurso en interés de la delegación.
 - Recurso en materia de régimen disciplinario de jueces y fiscales.
 - Recurso contra decisiones adoptadas por los encargados de las oficinas del Registro Civil.
 - Recurso contra las Normas Forales fiscales de los territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya.
 - Recurso (electoral) contra la proclamación de candidatos.

Un nuevo y singular diccionario jurídico

- Recurso (electoral) contra resoluciones en materia de consulta y reclamación sobre datos censales permanentes.
 - Recurso (electoral) contra resolución de la Oficina de Censo, en materia de consultas y reclamaciones sobre rectificación en periodo electoral.
 - Recurso (electoral) contra resoluciones de la Junta Electoral en materia de encuestas y sondeos.
- b) La confección de una «nómina» —actual y seguramente incompleta, según decía— de 22 con denominación, incluso de algunos no recogidos ni en el DRAE (13), ni en el DEJ, como lema-raíz (23) ni sublema (56), cuales:
- recurso de audiencia en justicia.
 - económico-administrativo.
 - extraordinario de alzada para la unificación de criterio.
 - gubernativo.

III. Singularidades del *Diccionario del español jurídico*

Aparte de la de que, con el apoyo de la Real Academia Española, vuelve a la abandonada idea académica de los Diccionarios especializados, en paralelo con el de la Lengua, el DEJ tiene otra relevante característica, como la de que justifica sus definiciones con la autoridad de las leyes y jurisprudencia que cita, en muchos casos, como, en su día, lo hizo el Diccionario, que, al principio fue de Autoridades («Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o modos de hablar, los proverbios o refranes y otras cosas convenientes al uso de la lengua»).

Atendiendo a otro ejemplo, relacionado con los trabajos de la Comisión de Derecho Público de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears (concretamente el estudio de Antonio José TERRASA GARCÍA, publicado en el Boletín de la Academia núm. XV, págs. 385 y ss., «Alternativas terminológicas a la condición de imputado»), me referiré al término imputado.

El DREA 22.^a ed. dice de imputado: 1. adj. *Der.* Dicho de una persona: Contra quien se dirige la acción en un proceso penal. De acusado: adj. 3. Persona a quien se acusa. De encausado: adj. Persona sometida a un procedimiento penal. Y de procesado: 2. Dicho de una persona: Que ha sido objeto de procesamiento. Que es: Acto por el cual se declara a alguien como presunto autor de unos hechos delictivos a efectos de abrir contra él un

procedimiento penal. De investigado: no dice nada, pero es participio de investigar, que es:
 3. Aclarar la conducta de ciertas personas sospechosas de actuar ilegalmente. *Se investigó a dos comisarios de Policía.*

El DEJ, por su parte, dice:

- Imputado: 1. *Pen y Proc.* Persona a la que atribuye formalmente un acto punible otorgándole el derecho de defensa pleno en el procedimiento penal, por recaer sobre ella indicios derivados de una investigación en marcha que, si luego son confirmados, darán paso a la figura del acusado.

LECrim, art. 118. Sin ser objeto de regulación legal, la figura del imputado fue creada por la jurisprudencia para salvaguardar el derecho de defensa ante el hecho de que, eliminado el auto de procesamiento en el procedimiento abreviado, un sujeto objeto de investigación conocía de su situación súbitamente, o bien al llamarle a declarar o cuando resultaba acusado. La Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la LECrim para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, trata de restringir el uso del término «imputado», atendida, según indica su preámbulo, la «necesidad de evitar las connotaciones negativas y estigmatizadoras de esa expresión, acomodando el lenguaje a la realidad de lo que acontece en cada una de las fases del proceso penal, razones que han de llevarnos a la sustitución del vocablo imputado por otras más adecuados, como son investigado y encausado, según la fase procesal». V. acusado, encausado, investigado.

2. *Adm.* Persona a la que se acusa de la comisión de una infracción administrativa y contra la que se inicia un procedimiento administrativo sancionador.

- Acusado. 1. *Pen. y Proc.* Sujeto sobre quien recae la acusación formulada en el correspondiente escrito de acusación.
- 2. *Adm.* Persona a la que se imputa o atribuye la comisión de una infracción administrativa y contra la que se inicia un procedimiento administrativo para sancionarla.
- 3. *Adm.* Persona imputada en un procedimiento administrativo sancionador. V. imputado.
- Encausado. *Pen.* Persona sometida a un procedimiento penal.
- Investigado. 1. *Pen. y Proc.* Persona sometida a investigación por su relación con un delito.

«La reforma también tiene por objeto adaptar el lenguaje de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a los tiempos actuales y, en particular, eliminar determinadas expresiones usadas de modo indiscriminado en la ley, sin ningún tipo de rigor conceptual, tales como «imputado», con la que se alude a la persona sobre la que tan solo recaen meras sospechas y por ello resulta investigado, pero respecto de la cual no existen suficientes indicios para que se le atribuya judicial y formalmente la comisión de un hecho punible [...] Con el término «encausado» se designará, de manera general, a aquel a quien la autoridad judicial, una vez concluida la instrucción de la causa, imputa formalmente el haber participado a la comisión de un hecho delictivo concreto [...] Se mantienen los términos «acusado o procesado», que podrán ser empleados de forma indistinta al de encausado en las fases oportunas» (Preámbulo de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

En la *Guía de la obra* se advierte: «Las definiciones de lemas y sublemas se acompañan habitualmente de informaciones sobre su utilización por las leyes, la jurisprudencia, en textos históricos y documentos actuales, o por la doctrina; a veces el *DEJ* incluye breves explicaciones propias. Las citas hacen la función de “autoridades” explicativas del uso de los vocablos y, para los usuarios más especializados, ofrecen una primera y sencilla orientación que les permitirá progresar en la identificación y consulta de las fuentes. Toda esta información va precedida del símbolo *.

En los textos reproducidos entre comillas se respeta la grafía original.»

rjib15

COMENTARIS I NOTES

ÁMBITO Y ALCANCE DE LA EXENCIÓN DE LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY 35/2006 DEL IRPF

Ricardo J. Navarro Gómez

Profesor contratado doctor interino de Derecho Financiero y Tributario
Universitat de les Illes Balears

I. Planteamiento: ámbito de aplicación de la exención del artículo 7.h) de la Ley 35/2006 del IRPF. II. La doctrina pro exención: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 2016. III. La doctrina pro sujeción: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 27 de octubre de 2016. IV. Consecuencias. 1. En el plano práctico. 2. En el plano doctrinal. V. Conclusiones.

I. Planteamiento: ámbito de aplicación de la exención del artículo 7.h) de la Ley 35/2006 del IRPF

Como es sabido, el art. 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de los No Residentes y sobre el Patrimonio (en adelante, LIRPF), recoge una enumeración no exhaustiva de las rentas sujetas y exentas del Impuesto.

Entre los supuestos que enumera este precepto, cabe destacar el de su apartado h, en el que se declaran exentas de tributación por IRPF:

«Las prestaciones familiares reguladas en el Capítulo IX del Título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y las pensiones y los haberes pasivos de orfandad y a favor de nietos y hermanos, menores de veintidós años o incapacitados para todo trabajo, percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas.

Asimismo, las prestaciones reconocidas a los profesionales no integrados en el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos por las mutualidades de previsión social que actúen como alternativas al régimen especial de la Seguridad Social mencionado, siempre que se trate de prestaciones en situaciones idénticas a las previstas en el párrafo anterior por la Seguridad Social para los profesionales integrados en dicho régimen especial. La cuantía exenta tendrá como límite el importe de la prestación máxima que reconozca la Seguridad Social por el concepto que corresponda. El exceso tributará como rendimiento del trabajo, entendiéndose producido, en caso de concurrencia de prestaciones de la Seguridad Social y de las mutualidades antes citadas, en las prestaciones de estas últimas.

Igualmente estarán exentas las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad.

También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o entidades locales».

Este precepto ha sido recientemente interpretado de forma dispar por dos órganos jurisdiccionales con ocasión de la aplicación de la exención a las cantidades percibidas por una contribuyente en concepto de prestación por maternidad.

Mediante esta denominación se alude a una prestación económica del régimen de la Seguridad Social, de carácter contributiva y no contributiva, que viene regulada en los arts. 177-182 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS) y que se define como una prestación o subsidio económico que cubre como situaciones protegidas, a estos efectos, la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten en los términos establecidos en el art. 48 del texto refundido del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET) y en el art. 49 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, TREBEP).

Los beneficiarios de la prestación son las personas incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en los artículos anteriores, siempre que cumplan el requisito general de estar afiliadas y en alta en dicho Régimen o en situación asimilada a la de alta al sobrevenir la contingencia o situación protegida y las demás que reglamentariamente se establezcan.¹

La prestación por maternidad es una de las diversas prestaciones familiares que el art. 7.h) LIRPF declara exentas de tributación, al remitirse a las prestaciones contributivas y no contributivas² que se establecían en su momento en el capítulo IX del Título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, actualmente derogado, y que incluía como tales la prestación por hijo o menor acogido a cargo del beneficiario, la prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas monoparentales y en los casos de madres discapacitadas, y la prestación por parto o adopción múltiples, así como la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, si bien esta última había sido suprimida, con efectos desde 1 de enero de 2011, por el art 7.3 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Además de estas prestaciones, el art. 7.h) LIRPF se extiende a las pensiones de orfandad y a las prestaciones que tengan por objeto las mismas contingencias que se han descrito que

¹ Cfr. Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

² Cfr. CHECA GONZÁLEZ, C. *Las exenciones tributarias en el ordenamiento estatal*. Valladolid: Lex Nova, 2001, pág. 66.

sean percibidas por los trabajadores por cuenta propia a través de sus mutualidades de previsión social.

Para conocer entonces el alcance de la exención del art. 7.h) LIRPF a la luz del vigente TRLGSS, resulta obligatorio remitirse a lo dispuesto en el art. 42.1 de este último, pues en él se define la acción protectora de la Seguridad Social y, en lo que aquí interesa, dos de sus vertientes reguladas en sus párrafos c) y d):

- «c) Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal; maternidad; paternidad; riesgo durante el embarazo; riesgo durante la lactancia natural; cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave; incapacidad permanente contributiva e invalidez no contributiva; jubilación, en sus modalidades contributiva y no contributiva; desempleo, en sus niveles contributivo y asistencial; protección por cese de actividad; muerte y supervivencia; así como las que se otorguen en las contingencias y situaciones especiales que reglamentariamente se determinen por real decreto, a propuesta del titular del Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- d) Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva».

En este sentido, el art. 109.3 TRLGSS precisa que las prestaciones familiares del Capítulo I del Título VI (arts. 351-362) son de carácter no contributivo. Según el art. 351 TRLGSS tales prestaciones son las siguientes:

- la asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años o mayor de dicha edad y que esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario.
- la prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.
- la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

Como puede apreciarse, estas prestaciones se corresponden con las que se enumeraban en el anterior texto refundido de 1994 al que el art. 7.h) LIRPF se remitía y, en consecuencia, estarán exentas a tenor del mismo. En cualquier caso, las prestaciones económicas por

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

maternidad, ya sean en su modalidad contributiva como no contributiva,³ siguen calificándose por el legislador en un grupo diferente a las prestaciones familiares propiamente dichas.

Una vez delimitado el alcance del art. 7.h) LIRPF, resta únicamente ponerlo en conexión con la controversia judicial en su aplicación y que se centra en la interpretación de los párrafos tercero y cuarto de este precepto, de tal manera que un órgano jurisdiccional ha considerado que dicha prestación se incluye dentro del ámbito de la exención del art. 7.h) LIRPF y, por tanto, no debe tributar por IRPF, mientras que otro órgano jurisdiccional ha entendido justamente lo contrario, secundando el criterio mantenido por la Administración tributaria, y lo ha excluido de la exención.

Delimitado el objeto de la controversia, pasará seguidamente a exponer los argumentos interpretativos en uno y otro sentido, y, sobre todo, el alcance de ambos pronunciamientos en la esfera práctica para intentar esbozar cuál es el estado de la cuestión en el momento presente.

II. La doctrina pro exención: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de julio de 2016

Efectivamente, la línea interpretativa a favor de considerar sujeta y exenta la prestación por maternidad es la que manifiesta la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid (Sección 5.ª) en su Sentencia núm. 810/2016, de 6 de julio (JT/2016/1311), haciéndose eco de un anterior pronunciamiento en su Sentencia núm. 148/2010, de 3 de febrero (JT/2010/399).

El proceso tiene su origen en una solicitud de una contribuyente de rectificación de su autoliquidación del IRPF del año 2009, en la que solicitaba el reconocimiento de una devolución por importe de 3.135,11 €. Dicha solicitud fue denegada por la Agencia Española de Administración Tributaria (AEAT) por cuanto no puede entenderse que las cantidades percibidas en concepto de prestación por maternidad sean una prestación percibida de las comunidades autónomas o de las entidades locales, al proceder de un ente estatal como es el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). A mayor abundamiento, la Administración tributaria alega que la documentación aportada por la contribuyente no acredita que hubiera

³ La modalidad contributiva conforma el «supuesto general» que se recoge en los arts. 177-180 TRLGSS, mientras que la modalidad no contributiva conforma el «supuesto especial» que regulan los arts. 181 y 182 TRLGSS.

percibido prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad.

Frente a esta resolución denegatoria, la interesada interpuso una reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico Administrativo Regional (TEAR) de Madrid y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta por silencio del citado órgano revisor en el entendimiento de que la redacción del art. 7.h) LIRPF ampara la exención de la prestación por maternidad, toda vez que este precepto había ampliado la exención a las prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad, en relación con su antecedente (el art. 7.h) del Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley del IRPF). Es decir, vincula la interpretación extensiva de la exención del cuarto párrafo del art. 7.h) LIRPF a la ampliación del ámbito de la exención que realiza el tercer párrafo, respecto de su antecedente normativo de 2004.

Estas ideas ya habían sido expuestas en la anterior Sentencia núm. 148/2010 del propio Tribunal de 3 de febrero de 2010, que la recurrente invoca en su fundamentación, si bien en aquella ocasión el precepto que estaba en vigor era el art. 7.h) del Real Decreto Legislativo 3/2004 cuyo tenor literal no coincidía exactamente con el vigente art. 7.h), por cuanto declaraba exentas:

«Las prestaciones familiares por hijo a cargo reguladas en el capítulo IX del título II del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y las demás prestaciones públicas por nacimiento, parto múltiple, adopción e hijos a cargo, así como las pensiones y los haberes pasivos de orfandad percibidos de los regímenes públicos de la Seguridad Social y clases pasivas y demás prestaciones públicas por situación de orfandad.

También estarán exentas las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las comunidades autónomas o entidades locales».

No obstante, su contenido es similar en lo que aquí interesa y, por eso, cabe destacar que el FJ 4.º de la Sentencia núm. 148/2010 manejaba ya dos argumentos fundamentales a favor de estimar la exención de la prestación por maternidad: uno, es la interpretación sistemática de ambos párrafos en la medida en que «la referencia que se realiza en el segundo párrafo trata de ampliar el contenido del primero a las percibidas por las comunidades autónomas o entidades locales, pues parece que trata de efectuar en el primero una descripción de los supuestos de forma pormenorizada, y en el segundo párrafo parece realizar una referencia genérica, lo que conduciría a considerar que en el primer apartado también se encuentran

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

comprendidas las prestaciones por maternidad». Dos, la convicción, tras examinar el antecedente normativo originario del art. 7.h) LIRPF, de que el legislador no había querido restringir el alcance de la exención a las prestaciones concedidas por las comunidades autónomas o entidades locales, sino que se pretendía eximir de tributación todas las prestaciones por maternidad «sin distinción del órgano público del que se perciban».

En otras palabras, a juicio del órgano jurisdiccional madrileño en su Sentencia de 2010, debía hacerse prevalecer una interpretación sistemática del alcance de la exención, en lugar de la estrictamente literal y, con arreglo a la misma, considerar exenta de tributación por IRPF la prestación por maternidad, tal como estimó en aquel momento.

Como se ha hecho notar con acierto, esta interpretación sistemática es claramente extensiva del tenor literal de la ley, ya que el primer párrafo del art. 7.h) del Real Decreto Legislativo 3/2004 nada decía de la prestación por maternidad, pues ésta sólo se mencionaba en el segundo párrafo, teniendo en cuenta que se trata de prestaciones de diferente naturaleza.⁴ Otra cosa es que se considere o no lógico que la prestación por maternidad tenga un diferente tratamiento fiscal en el IRPF según su procedencia, si bien insistiré más adelante sobre esta idea.

En cualquier caso, este criterio sistemático es el que ha vuelto a esgrimir el TSJ de Madrid en su Sentencia núm. 810/2016, de 6 de julio, para estimar las pretensiones de la contribuyente recurrente. Y es que, frente a la interpretación literal del párrafo cuarto del vigente art. 7.h) LIRPF defendida por la AEAT,⁵ sin ponerlo en conexión con el párrafo tercero, el TSJ de Madrid avala la interpretación sistemática y conjunta de los párrafos tercero y cuarto del art. 7.h) LIRPF en el FJ 3.º de la Sentencia en los siguientes términos:

«[...] se añadió en ese texto legal un nuevo párrafo, el tercero, que se refiere, en general, al alcance de la exención de las prestaciones públicas por nacimiento, parto o adopción múltiple, adopción, hijos a cargo y orfandad, sin distinguir la procedencia de las prestaciones y solo es en el cuarto párrafo donde se aclara que estarán exentas también las prestaciones públicas por maternidad percibidas de las Comunidades Autónomas o entidades locales.

No hay que olvidar que el Instituto Nacional de la Seguridad Social es una entidad gestora de la Seguridad Social, con personalidad jurídica propia, adscrita al Ministerio de

⁴ Cfr. RANCAÑO MARTÍN, M. A. *La tributación de la familia en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pág. 16.

⁵ Véanse, en este sentido, las consultas de la Dirección General de Tributos de 24 de octubre y de 21 de noviembre de 2013 (V3163-13 y V3404-13, respectivamente).

Empleo y Seguridad Social, a través de la SESS, que tiene encomendada la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social.

De ahí que la prestación por maternidad percibida por la actora de ese ente público tiene que estar forzosamente incluida en el tercer párrafo del art. 7.h) LIRPF, ya que ese precepto reconoce tal beneficio tributario, con carácter general, en su párrafo tercero y lo que hace en el párrafo cuarto es ampliar el beneficio fiscal a las prestaciones que tengan procedencia de otros entes públicos, ya sean locales o autonómicos.

Por ello, la interpretación que realiza la AEAT de la regulación legal no es acertada, ya que se queda en el párrafo cuarto para denegar la exención pretendida de la prestación por maternidad, sin tener en cuenta la redacción del tercer párrafo».

En consecuencia, el TSJ de Madrid considera que la prestación por maternidad debe entenderse «forzosamente incluida» con carácter general en el tercer párrafo del art. 7.h) LIRPF, mientras que el cuarto párrafo se limitaría a especificar su inclusión para el supuesto en que dichas prestaciones procedan de las comunidades autónomas o de las entidades locales.

No puede negarse que tal interpretación es loable desde una perspectiva estrictamente social, por cuanto amplía el alcance de la exención del art. 7.h) LIRPF para los contribuyentes, y que, incluso, en términos más bien de *lege ferenda*, puede resultar lógica y coherente con el espíritu del legislador de excluir de gravamen la prestación por maternidad con independencia de la naturaleza territorial de la Administración pública que la reconozca.⁶ En este punto, el TSJ de Madrid se remite a la exposición de motivos de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que introdujo en su momento la exención en la Ley del IRPF entonces vigente (Ley 40/1998, de 9 de diciembre) para colegir que el legislador pretendía incluir en ella todas las prestaciones públicas por maternidad, con independencia de su procedencia.

No es menos cierto que, fuerza la dicción literal del tercer párrafo del art. 7.h) LIRPF, pues como antes se dijo, la inclusión forzosa de la prestación por maternidad no se desprende del mismo, lo que puede colisionar con la prohibición general de analogía establecida en el art. 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT),⁷ pero la línea jurisprudencial que ha marcado el TSJ de Madrid en ambas sentencias, con un margen

⁶ Cfr. RANCAÑO MARTÍN, M. A., *op.cit.*, págs. 16 y 17.

⁷ Según este precepto, «No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, de las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales».

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

de seis años entre una y otra, parece estar muy clara y favorable en torno a la exención en IRPF de la prestación por maternidad que provenga de cualquier ente público.

III. La doctrina pro sujeción: la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla, de 27 de octubre de 2016

En un signo contrario, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del TSJ de Andalucía (Sección 4.ª) ha negado esta posibilidad en su Sentencia de 27 de octubre de 2016 (JUR/2016/275425). En este caso, el órgano jurisdiccional confirmó la resolución dictada por el TEAR de Andalucía, el cual a su vez había desestimado la reclamación interpuesta contra una liquidación provisional emitida por la AEAT en concepto del IRPF del ejercicio 2011 por considerar que la contribuyente se encontraba obligada a presentar declaración por superar los límites cuantitativos para declarar dicho impuesto. En cambio, la contribuyente no consideraba que se hubieran superado los límites determinantes de la obligación de declarar,⁸ habida cuenta de que no había incluido en el total de sus rendimientos computables la prestación por maternidad percibida del INSS por entender que estaba exenta de tributar.

Planteado en estos términos, el tribunal andaluz descarta de entrada la exención de la prestación por maternidad invocada por la recurrente en atención a la interpretación literal del art. 7.h) LIRPF «a cuyo tenor debe estarse de manera estricta en atención a la finalidad bonificadora de la norma y de lo establecido por el artículo 14 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria», según manifiesta en el FJ 2.º de la Sentencia.

Abundando en ello en el FJ 3.º, manifiesta que la prestación por maternidad no se incluye en ninguno de los dos primeros párrafos del art. 7.h) LIRPF y, lo que es más importante, tampoco ni en el tercero ni en el cuarto párrafo del precepto, ya que el tercero hace referencia, a su juicio, a las mismas prestaciones que las del primero (las prestaciones familiares) siempre que procedan de un ente público no estatal, distinto del INSS. En

⁸ En aquel momento, el límite legal para declarar era de 11.200 euros anuales, para los rendimientos de trabajo percibidos de más de un pagador, y la recurrente había percibido en aquel ejercicio 9.991,92 euros del Servicio Público de Empleo y 11.706,24 euros del INSS. Según el órgano de gestión tributaria, ambas cantidades debían tenerse en cuenta para determinar si se superaba, como así entendió, el límite mínimo para declarar, lo que rechazaba la interesada aduciendo que sólo debían tenerse en cuenta las cantidades percibidas del Servicio Público de Empleo, al estar exenta la prestación de maternidad, con lo que no se superaba el límite mínimo de la obligación de declarar.

coherencia con ello, deduce que la prestación por maternidad tampoco puede incluirse en las previstas por el párrafo 4 del precepto, ya que éste las limita estrictamente a las recibidas de la Administración autonómica o local.

Obsérvese que su planteamiento avala la interpretación literal estricta que esgrime la Dirección General de Tributos y los órganos de gestión tributaria de la AEAT, así como algún sector de la doctrina,⁹ en el sentido de que el art.7.h) LIRPF no deja ningún resquicio en su redacción actual para entender «forzosamente» incluido en él la prestación por maternidad del INSS, dado que sólo encajan en él las prestaciones por maternidad procedentes de las administraciones autonómicas y locales.

Pero es que, además de ello, el TSJ de Andalucía aborda también en el FJ 4.º de la Sentencia, el análisis de la exención a la luz del argumento teleológico que sirve de fundamento a su homólogo madrileño para estimar la exención de la prestación. Y lo hace no sólo para descartar que esa fuera la voluntad del legislador, más allá de la mera circunscripción literal a las administraciones autonómicas y locales, sino también para estimar razonable el desigual tratamiento fiscal en el IRPF de la prestación por maternidad según el ente público del que provenga.

En este punto introduce un argumento muy interesante para justificar dicha diferencia de trato al señalar que la inclusión en la exención de las prestaciones por maternidad de origen autonómico o local, no significa que deban incluirse igualmente en ella las estatales «extensión que además de contrariar aquella prohibición básica de aplicación analógica de normas de este tipo, puede encontrar su explicación en el conveniente control por el Estado del coste global de las prestaciones procedentes de sus propias arcas (es decir, el importe resultante de su pago y del gravamen fiscal que sobre ellas recaen), utilidad que, naturalmente, no podía obtener respecto de las prestaciones procedentes de otras Administraciones». En definitiva, para el TSJ de Andalucía nada se opone a que el legislador estatal, en el ejercicio de su legítima libertad de configuración, haya estimado como opción de política legislativa más adecuada eximir de gravamen por IRPF únicamente a aquellas prestaciones por maternidad que exceden de las que con carácter general el sistema de Seguridad Social reconoce a favor de los trabajadores y empleados públicos. Es lógico, entonces, que por razones de política legislativa la opción más

⁹ Cfr. CHICO DE LA CÁMARA, P. «Las exenciones en el IRPF», en GALÁN RUIZ, J.; GUTIÉRREZ LOUSA, M. (Coords.). *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2009, págs. 139-168.

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

oportuna sea precisamente que exista un diferente tratamiento fiscal de las prestaciones por maternidad según el ente público del que procedan, conclusión radicalmente opuesta a la que sostienen el tribunal madrileño y la doctrina que he citado en el trabajo.

IV. Consecuencias

Una vez analizado el estado de la cuestión a la luz de las dos sentencias que se han analizado, resta por abordar su significación y sus consecuencias en el presente momento, tanto de índole doctrinal como de índole práctico.

1. En el plano práctico

Desde esta perspectiva, hay una consecuencia inmediata, a corto plazo, que es la posibilidad de que los contribuyentes insten ante las oficinas gestoras de la AEAT la rectificación de las autoliquidaciones de IRPF que hayan incluido esta prestación a fin de solicitar la devolución de ingreso indebido, si bien entiendo que esta vía queda circunscrita a los residentes en la Comunidad de Madrid. Esta vía también puede plantearse, eventualmente, en otros ámbitos territoriales, pero parece fácil aventurar que la Administración tributaria no se avendrá a aplicar la doctrina de la jurisprudencia del TSJ de Madrid, máxime cuando se cuenta con un pronunciamiento opuesto en el TSJ de Andalucía. Sin perjuicio de ello, también tendrá consecuencias en sede de gestión tributaria, en las liquidaciones que se practiquen a los contribuyentes reclamando la inclusión de estas prestaciones en la base imponible del IRPF, en caso de que éstos no la hayan hecho por considerarlas exentas, que es lo que aconteció en el litigio suscitado en Andalucía.

Ello nos sitúa ante la consecuencia lógica a medio plazo, la invocación de la exención ante los tribunales superiores de justicia de las otras CC. AA. y, a resultas de ello, la espera ante el pronunciamiento que en un futuro emita el Tribunal Supremo,¹⁰ toda vez que, tarde o temprano, esta cuestión se someterá a su conocimiento, pues encaja en varias de las circunstancias de interés casacional objetivo que fundamentarían un recurso de casación

¹⁰ Así lo ha advertido recientemente el Centro de Estudios Financieros, en su editorial de 5 de enero de 2017, «La tributación de la prestación por maternidad: un debate jurídico a las puertas del Tribunal Supremo» en <http://www.fiscal-impuestos.com/sentencias-tributacion-irpf-prestacion-maternidad-pendiente-supremo.html>

contra las resoluciones que se dictaran, al amparo del art. 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, LJCA) como, por ejemplo, sus tres primeros apartados, en los que se apreciaría dicho interés contra una resolución judicial que:

- «a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.
- b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.
- c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso».

Incluso puede concurrir una circunstancia que presumiría la existencia de dicho interés, según el art. 88.3 LJCA, en el caso de que en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

2. En el plano doctrinal

Desde esta vertiente, no es fácil aventurar ni anticipar cuál será la posición que el Tribunal Supremo adopte en este asunto; tampoco es el objeto ni la pretensión de este trabajo realizar un pronóstico al respecto, aunque sí se pueden exponer algunos datos significativos que puedan ser tenidos en cuenta en su decisión final a favor o en contra de la exención de la prestación por maternidad. En este sentido, creo que para que la doctrina pro exención sea admitida por el TS deberá supeditarse a dos factores determinantes.

El primer factor, la prohibición general de analogía del art. 14 LGT, que es clara y terminante en su redacción al vedarla para extender «más allá de sus términos estrictos» el ámbito de las exenciones. Una redacción que se ha mantenido prácticamente idéntica a la de su inmediato antecedente, el art. 24.1 (luego, 23.3) de la Ley General Tributaria de 1963,¹¹ y que responde inveteradamente a una concepción tradicional en nuestro ordenamiento

¹¹ Según el art. 24.1 de la Ley 230/1963, de 28 de diciembre, General Tributaria, «No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones». Este artículo se convirtió en el art. 23.3 a raíz de la modificación parcial de la LGT realizada por la Ley 25/1995, de 20 de julio.

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

tributario,¹² tendente a su inadmisión y que también ha sido respaldado comúnmente por el Tribunal Supremo.¹³

Sin embargo, habría que añadir tres matices a esta delimitación jurídica de la analogía en nuestro ordenamiento tributario. El primer matiz es que la jurisprudencia del TS no siempre ha sido unánime en el veto a la analogía pues incluso en alguna de sus sentencias (la de STS de 5 de marzo de 1988 (RJ 1988\1649)) ha admitido su aplicación para una exención no expresamente prevista en atención, entre otros argumentos, al respeto al principio de igualdad.¹⁴

El segundo matiz es que, mediante el art. 14 LGT, lo que realmente prohíbe el legislador español es la aplicación del argumento analógico en materia de exenciones fiscales, o si se prefiere, el recurso a la integración analógica de las mismas, que es una cuestión sustancialmente diferente de los criterios de interpretación, restrictivos o extensivos, de las normas tributarias que establecen exenciones.¹⁵

El tercer matiz es que el alcance de la analogía debe ser también examinado a la luz de los principios constitucionales, los cuales actúan como límites de la misma y aquí la doctrina tributaria española se ha dividido en dos sectores a la hora de establecer cuáles son esos límites constitucionales a la integración analógica; de una parte, los que entienden que es el principio de reserva de ley y, de otra, los que lo fijan en el principio de seguridad jurídica, e incluso, igualdad.¹⁶

Con todo, la clave para situar el debate jurídico que estamos examinando reside en el argumento que expone SIOTA ÁLVAREZ en el sentido de que las normas tributarias en materia de exenciones admiten posibles lagunas en su aplicación, y ello, en algunas ocasiones, se debe no tanto a la inexistencia de una norma (de exención o sujeción, en su caso) que contemple un supuesto de hecho concreto, sino al hecho de que existen dudas en torno a cuál sería la norma a aplicar (la de exención o la de sujeción) porque la regulación es incompleta y deja fuera de la

¹² Cfr. MARTÍN QUERALT, J.; LOZANO SERRANO, C.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M; CASADO OLLERO, G. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Tecnos, 2015, pág. 177.

¹³ Cfr. LOZANO SERRANO, C. *Exenciones y derechos adquiridos*. Madrid: Tecnos, 1988, pág. 20.

¹⁴ Cfr. PÉREZ ROYO, F. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. Pamplona: Civitas Thomson Reuters (Legal) Limited, 2015, pág.133.

¹⁵ Cfr. SIOTA ÁLVAREZ, M. *Analogía e interpretación en el Derecho Tributario*. Madrid: Marcial Pons, 2010, pág. 295.

¹⁶ Cfr. SIOTA ÁLVAREZ, M., *op.cit.*, pág. 275.

misma a determinados supuestos de hecho que obedecen o pudieran obedecer a los mismos principios que han inspirado el establecimiento de la exención con carácter general.¹⁷

Llegados a este punto —concluye esta autora— el intérprete jurídico no puede resolver esas lagunas mediante la analogía, debido a la prohibición del art. 14 LGT, por lo que deberá esperar a que sea el propio legislador la que la corrija mediante el establecimiento de una norma o bien, en su caso, plantear una cuestión de inconstitucionalidad. Y así ha sucedido en la práctica con algunas exenciones del IRPF, y cita a tal efecto el ejemplo de la originaria exención de «las cantidades percibidas de instituciones públicas con el motivo de personas con minusvalía», recogida en el art. 9.1.1 de la entonces vigente Ley 18/1991, de 6 de junio, del IRPF, que suscitó las dudas en torno a si era extensible al importe percibido como prestación familiar por hijo a cargo afectado por minusvalía. La jurisprudencia se decantó por extender la aplicación de la exención a dicho supuesto, aunque realmente se trataba de supuestos diferentes, ya que la norma eximía *stricto sensu* de tributación a las ayudas de un minusválido acogido y fuera de la relación paterno-filial.

Otra cosa es —como apunta esta autora— que estuviera justificado establecer distintos presupuestos de hecho para la percepción de las ayudas habida cuenta de su finalidad (la ayuda al discapacitado). De ahí que el legislador, en sucesivas reformas, fuera estableciendo nuevos supuestos de exención hasta llegar a equiparar formalmente el tratamiento fiscal de estas ayudas declarando como rentas exentas las prestaciones familiares por hijo a cargo, anteriormente citadas.¹⁸

Habida cuenta de lo que se acaba de exponer, la doctrina del TSJ de Madrid incurriría en mi opinión en una aplicación analógica del art. 7.h) LIRPF que vulnera la prohibición del art. 14 LGT, en su pretensión de colmar la laguna legal que afecta, en su criterio, a las prestaciones por maternidad procedentes del INSS, por entender inadecuado o ilógico su tratamiento por su procedencia. De ahí su afirmación *obiter dicta* de que tales prestaciones debían estar «forzosamente incluidas» en el tercer párrafo del art. 7.h) LIRPF y, por tanto, exentas. En este sentido, resulta más respetuosa con el art. 14 LGT la interpretación sustentada por el TSJ de Andalucía, aunque ello suponga la sujeción de las prestaciones por maternidad. Otra cosa es la conveniencia u oportunidad, por razones de política legislativa, de que estas prestaciones tengan el mismo tratamiento fiscal en el IRPF, lo que requeriría la actuación del legislador en orden a incluirlas expresamente en el ámbito del art. 7.h) LIRPF.

¹⁷ Cfr. SIOTA ÁLVAREZ, M., *op.cit.*, págs. 301 y 302.

¹⁸ Cfr. SIOTA ÁLVAREZ, M., *op.cit.*, págs. 304 y 305.

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

En atención a ello, cabría deducir que el Tribunal Supremo, llegado el momento, pudiera optar por desestimar la exención de las prestaciones por maternidad percibidas del INSS, en línea con el pronunciamiento del tribunal andaluz.

El segundo factor a considerar es que, pese a lo que se acaba de indicar, no se puede descartar que finalmente el TS declare exenta la prestación por maternidad del INSS, por lo menos si se repasa su reciente jurisprudencia en algún supuesto muy ilustrativo, como es el de la doctrina que equiparó los créditos a los préstamos hipotecarios a fin de entenderlos también incluidos en el ámbito objetivo de la exención del impuesto de actos jurídicos documentados en las escrituras de novación modificativa de préstamos hipotecarios, establecida en el art. 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios. De manera que, según el Tribunal Supremo, dicha exención también es aplicable a las escrituras públicas de novación modificativa de créditos con garantía hipotecaria.

Así se declaró en la STS de 24 de abril de 2014 (RJ 2014\2643), y que ha tenido su continuidad, entre otras, en las sucesivas SSTs de 5 de marzo de 2015 (RJ 2015\1295), de 9 de abril de 2015 (RJ 2015\1845), de 13 de abril de 2015 (RJ), de 24 de abril de 2015 (RJ 2015\2386), de 6 de mayo de 2015 (RJ 2015\3079), de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016\2195) y de 5 de abril de 2016 (RJ2016\2200).

En todos estos pronunciamientos, se aprecian dos razones esenciales que podrían justificar la exención de la prestación por maternidad del INSS según el criterio jurisprudencial del TSJ de Madrid.

De un lado, la apelación a la finalidad social y económica de la norma de exención, es decir, la interpretación de la norma de exención con arreglo a un criterio teleológico. Así lo expresa el Tribunal Supremo en el FJ 8.º de la STS de 24 de abril de 2014, en la cual parte de la «tradicional asimilación» entre las figuras de crédito y préstamo con base en sus antecedentes históricos normativos, y manifiesta que «el distinto tratamiento a efectos de la exención debería encontrarse racionalmente en algún motivo (de cualquier tipo: social, económico...) que explicase la no procedencia de la exención a la financiación por medio de una cuenta de crédito —aparte de los razonamientos basados en el distinto origen jurídico de ambas figuras—.

[...] este Tribunal, aun coincidiendo en las diferencias existentes entre ambas figuras y que en la redacción original de la Ley 2/1994 no existía referencia explícita a los créditos hipotecarios, no detecta razón alguna que justifique a la hora de interpretar la norma, la discriminación de éstos por el simple hecho de que el prestatario hubiera podido disponer al

tiempo de concertarse el contrato de todo o parte del capital o que la flexibilidad del contrato permita disponer nuevamente de financiación».

Esta premisa le lleva a concluir en este mismo fundamento jurídico que «dado que las circunstancias en que se desarrolla la disponibilidad o la devolución del capital es el criterio distintivo más determinante entre una y otra figura, poniendo en relación dichas circunstancias con la finalidad socio-económica de la normativa dictada, no puede extraerse mínima razón alguna que induzca a considerar que la exención no deba aplicarse a los denominados créditos hipotecarios, máxime cuando en las figuras ofertadas por las entidades financieras se dan con frecuencia características de una y otra figura crediticia».

De otro lado, y como «última cuestión», el Tribunal analiza en el FJ 9.º de la citada Sentencia si esa interpretación constituye una extensión analógica de la norma, a la luz del art. 14 LGT, extremo que rechaza al considerar que «una cosa es la analogía y otra la interpretación de las normas jurídicas» y que, por tanto, la inclusión de los créditos hipotecarios en la exención del art. 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, no es el resultado de una interpretación analógica orientada a colmar las lagunas del Derecho sino de una «integración interpretativa de la misma en base a lo dispuesto en el art 3.1 del Código Civil, el cual incluye como criterio de interpretación el de “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”».

En consecuencia, para la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la exención del art. 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, la inclusión del crédito hipotecario en la norma de exención constituye una integración interpretativa de dicho precepto a la luz de las consideraciones sociales y económicas propias del tiempo en que dicha norma ha de aplicarse y no son el resultado de una interpretación analógica orientada a completar o subsanar una laguna legal, la cual está vetada por el art. 14 LGT.

Personalmente discrepo de esta interpretación, pues considero que incurre en una confusión entre lo que es propiamente la prohibición de la integración o aplicación por analogía del art. 14 LGT de lo que constituye el resultado de la interpretación de la norma tributaria de exención con arreglo a los criterios comunes de interpretación de las normas jurídicas.¹⁹ Y es que una cosa es interpretar el sentido, alcance y finalidad de la norma de exención para dirimir su aplicación a un concreto supuesto de hecho y otra muy diferente es que el resultado de esa interpretación conlleve su aplicación *mutatis mutandis* a un supuesto de hecho que no está expresamente

¹⁹ Cfr. SIOTA ÁLVAREZ, M., *op.cit.*, pág. 295.

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

previsto en ella, forzando su tenor literal, aunque ello venga avalado por consideraciones de justicia social, lógica normativa o de política legislativa.

Ciertamente, esta laguna legal, que existe, por cuanto no parece lógico que el tratamiento fiscal de la prestación por maternidad en el IRPF dependa de la naturaleza del ente público del que procede, no puede ser subsanada mediante una pretendida interpretación de la norma de exención que, en realidad, acaba suponiendo la inclusión de un supuesto de hecho no previsto en la norma mediante el recurso de la analogía. En todo caso, debería ser resuelta por el legislador mediante la reforma del tercer párrafo —o en su caso del cuarto párrafo—, del art. 7.h) LIRPF al objeto de incluir expresamente en él la prestación por maternidad del INSS. Luego, por estrictas razones de técnica normativa, entiendo que debiera prevalecer el criterio del TSJ de Andalucía.

Ahora bien, es indudable que este criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo abre una vía muy relevante para que, llegado el momento procesal oportuno, el TS declare la «inclusión forzosa», parafraseando al TSJ de Madrid, de la prestación por maternidad del INSS en la exención del art. 7.h) LIRPF, pues concurren en ella los dos presupuestos válidos para aplicar la misma doctrina utilizada en relación con el art. 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo: por una parte, la ausencia de una «mínima razón alguna» que induzca a considerar que la exención no deba aplicarse a la prestación por maternidad, máxime cuando es muy razonable pensar que la intención del legislador que la introdujo por primera vez era la exención de todas las prestaciones públicas por maternidad, tal como sostiene el TSJ de Madrid, y cuando, además, desde un punto de vista teleológico, no tendría sentido sujetar en un caso a gravamen como rendimiento del trabajo y en otro declarar exenta una prestación pública que cumple una evidente finalidad de interés social en cualquier caso, como es la de remunerar el periodo de descanso de los trabajadores en caso de maternidad.

Por otra parte, la inclusión a través de esta vía de la prestación por maternidad del INSS en el art. 7.h) LIRPF sería el resultado de una integración interpretativa del tercer párrafo de este precepto con arreglo a la realidad social del tiempo en que ha de aplicarse y atendiendo, como ya se ha indicado, a su espíritu y finalidad.

V. Conclusiones

Es cuestión de tiempo que el Tribunal Supremo se pronuncie sobre si debe considerarse exenta la prestación de maternidad procedente del INSS al amparo del art. 7.h) LIRPF, habida cuenta de que este precepto sólo declara exentas las prestaciones por maternidad procedentes de las administraciones autonómicas y locales. El debate jurídico se reconduce expresamente a esta cuestión.

Hasta el momento, el TSJ de Madrid ha abierto un camino a favor de su exención, en atención a una interpretación extensiva de carácter teleológico que puede entroncar con una reciente jurisprudencia del propio TS en relación con la exención del art. 9 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, en contraposición con la interpretación literal, más apegada al tenor de la norma, que sostiene el TSJ de Andalucía y la propia AEAT.

No me cabe duda de que, en pura técnica normativa, la interpretación literal es la más ajustada, en mi opinión, a la prohibición de analogía del art. 14 LGT. Pero no puede negarse que la línea jurisprudencial del TSJ de Madrid puede acabar prosperando ante el Tribunal Supremo, aun al amparo de un criterio que, aunque está basado en una interpretación extensiva favorable al contribuyente, también supone enervar la prohibición de la analogía en materia de exenciones del art. 14 LGT. Otra cosa es que resulte conveniente o no mantener este precepto en su configuración actual, cuestión ésta que requeriría un estudio más profundo y preciso.

Hasta que tal pronunciamiento se produzca y el TS sienta un criterio definitivo, queda abierto un panorama incierto, no exento de inseguridad jurídica, que puede motivar conflictos entre la Administración tributaria y los contribuyentes tanto en relación con la comprobación administrativa de las declaraciones del IRPF en los que se incluya o no la prestación por maternidad como en las solicitudes de rectificación de autoliquidación que puedan instar los contribuyentes a fin de conseguir la devolución de ingreso indebido en las autoliquidaciones ya presentadas y no prescritas.

Y no sólo eso. Piénsese, por ejemplo, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, si la Administración tributaria acaba aplicando el criterio manifestado por el TSJ de Madrid a favor de la exención, ¿qué sucedería en caso de que el Tribunal Supremo revocara posteriormente este criterio? O, por el contrario, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, piénsese en aquellas liquidaciones practicadas por los órganos de gestión tributaria a contribuyentes que, en su caso, no hubieran declarado la prestación de maternidad por considerarla exenta, y que hayan ganado firmeza. ¿Qué sucedería en este caso si el Tribunal Supremo admite la exención? Probablemente, sólo quedaría la vía de la revocación, al amparo

Ámbito y alcance de la exención de la prestación por maternidad...

del art. 219 LGT que, como es sabido, se trata de un procedimiento de revisión administrativa que es discrecional para la Administración tributaria.

Es de esperar que, aunque de momento sólo contamos con pronunciamientos judiciales de los TSJ de Madrid y de Andalucía, este problema sea abordado en las restantes comunidades autónomas al amparo de una y otra doctrina, cuando en realidad debiera ser resuelto por el legislador, lo que no parece que vaya a acontecer ni a corto ni a medio plazo. Por todo ello, habrá que estar muy atentos en los próximos meses a los pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales.

rjib15

COMENTARIS I NOTES

LA PROTECCIÓ DE LA CULTURA POPULAR I TRADICIONAL A LES ILLES BALEARS (I PITIÜSES). UNA VISIÓ, DES DEL DRET, D'ALLÒ QUE ÉS TANGIBLE I D'ALLÒ QUE ÉS INTANGIBLE O IMMATERIAL*

Ángel Custodio Navarro Sánchez

Secretari habilitat nacional del Consell Insular de Formentera

I. Introducció general. II. La Llei 12/1998, de 21 de desembre, del patrimoni històric de les Illes Balears. III. La Llei 1/2002, de 19 de març, de cultura popular i tradicional. IV. Les insuficiències de la Llei 12/1998, de 21 de desembre, i de la mateixa Llei 2/2002, de 19 de març: la modificació *ad hoc* de la Llei 12/1998, en 2004. V. Les primeres declaracions de BICs immaterials i de FICs. VI. La ratificació per l'Estat de la Convenció per a la salvaguarda del patrimoni cultural immaterial, de 2003. VII. La reforma de l'Estatut d'autonomia per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer. VIII. Les darreres declaracions de FICs i de BICs. IX. La declaració de la Sibil·la com a Patrimoni de la Humanitat, per la UNESCO l'any 2010. X. El supòsit particular de Menorca. XI. Les conseqüències de l'aprovació per l'Estat de la Llei 10/2015, de 26 de maig, per a la salvaguarda del patrimoni cultural immaterial, de directa aplicació a les Illes Balears en virtut de la disposició final tercera de la Llei del patrimoni històric de 1998. XII. La realitat actual, més propera. XIII. D'altres vies per a la protecció de la cultura popular i tradicional. XIV. Una valoració crítica final. XV. Bibliografia.

* Aquest és el text, resumit, de la ponència de la meua participació, a les *I Jornades de cultura popular i tradicional de les Illes Balears, 2016*, celebrades a Palma, els dies 4 i 5 de novembre de 2016.

I. Introducció general

On som i d'on venim? Aquestes dos¹ preguntes tenen una clara resposta: la realitat sobre la cultura popular i tradicional en aquest arxipèlag ve determinada, de manera absoluta, pel fet inconcís, previ a qualsevol altre, de compartir una llengua, el català, sobre un territori segmentat en illes: les quatre illes majors habitades de Mallorca, de Menorca, d'Eivissa i de Formentera, tot conformant aquestes dos darreres el subarxipèlag de les Pitiüses, i les respectives tradicions. Aquesta és una dada cabdal, a partir de la qual s'entén tota la resta, i sense la qual no és possible atracar-se a l'objecte d'aquesta ponència. Per això, cal esmentar, ni que siga a grans trets, aquestos elements previs tot començant per la pròpia realitat geogràfica.

El fet insular és tan obvi que explícita, de manera profunda, la resta i així, fins i tot, en plena Dictadura franquista es va reconèixer en una llei que, tot i que puga semblar que no té relació amb el que direm, en té molta: en concret la *Ley 5/1961, de 19 de abril, de Compilación de Derecho Civil Especial de las Islas Baleares* que es va dividir en tres Llibres, a propòsit de les disposicions aplicables a cada illa; amb la qual cosa, elements fonamentals de la cultura de cadascuna de les illes varen ser reconeguts i això, en el fons, afecta les diverses visions que, a cada illa, hom dóna a la pròpia conformació de la realitat. És a dir, en ple franquisme una part de la «identitat» mallorquina, menorquina i pitiüsa, va quedar, d'alguna manera, reconeguda o apuntada, com a «foralitat» civil.

L'altra passa fonamental va ser, en plena transició a la Democràcia, «la recuperació» de les institucions que en el passat havien manifestat, des de cada illa, la defensa de la seua autonomia política i administrativa interna i, per tant, el reconeixement de la seua identitat cultural, de cadascuna front a la resta: la creació del Consell General Interinsular de Balears i *la recuperació* dels consells Insulars de Mallorca, Menorca i d'Eivissa-Formentera, amb la qual cosa, davant del que ocorria des d'un llunyà 1812 quan es va crear la Diputació Provincial de Balears, l'autonomia arribava a Menorca i a les Pitiüses, que eren les que més la reclamaven, front a Mallorca, on radicava la institució.

¹ De conformitat amb l'establert en l'Estatut d'autonomia, el català que empram en aquest text és el normatiu propi de les Pitiüses, per tal d'expressar la diversitat que aquest té al si de l'arxipèlag i fer notori que unitat i diversitat van lligades plenament. Per això empram, per exemple, el terme dos que a les Pitiüses val tant per al masculí com per al femení i no es flexiona (a Mallorca i a Menorca, sí: *dos* per al masculí i *dues* per al femení).

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

L'anterior esdevingué una realitat amb rang de llei orgànica, en aprovar-se l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears (EAIB, en endavant), amb la Llei orgànica 2/1983, de 25 de febrer.²

I, sobretot, fruit de la redacció originària de l'EAIB ens interessa referir-nos al que va dir la Llei 5/1989, de 13 d'abril, de consells insulars, amb una exposició de motius més que impecable en sentit descentralitzador i del que significa el fet insular, com a estructural, també en matèria de cultura popular i tradicional, en tractar la identitat de cada illa (o grup d'illes, en aquell temps, amb les Pitiüses com a conjunt). En efecte, aquesta Llei explicita que el fet insular és configurador de «TOT» (amb majúscules) en la cultura i tradició illenques. Fins al punt que ens trobam davant d'una plasmació i explicació, detalladíssima, de la pluralitat constitutiva interna —en tots els àmbits, i no només en el geogràfic, sinó també i expressament de la identitat illenca peculiar de cadascun dels àmbits insulars, fruit de la història i de la diversitat de tradicions i de realitats pròpies de cada illa, cosa que és més que evident en matèria de cultura popular i tradicional, incloses les modalitats i particularitats idiomàtiques autòctones del català.³

I anant avançant, ens trobam que l'any 1990 s'aprova la Llei 8/1990, de 28 de juny, sobre la Compilació de Dret Civil de Balears (d'acord amb l'art. 10.22 EAIB) que, refosa amb la citada Llei 5/1961, de 19 d'abril, va donar lloc al Text refós de la Compilació de Dret Civil avui vigent, aprovat per Decret legislatiu 79/1990, de 6 de setembre, amb el manteniment, com a qüestió intangible, de la divisió en els citats tres Llibres, amb el significat profund que

² En el Preàmbul originari hi ha una referència, en singular al poble [de les Illes Balears], però també als pobles —en plural— que formen la Comunitat insular, tot parlant de solidaritat, aproximació i respecte mutu, la qual cosa en matèria de cultura popular i tradicional és una evidència, i una necessitat. Així mateix destacam els articles següents: l'1 —on parla del poble de les Illes Balears i de la seva identitat històrica; el 3 —sobre la llengua catalana, com a pròpia de les Illes Balears; el 9 —sobre «les institucions d'autogovern»; el 13 —sobre la competència exclusiva de la Comunitat Autònoma respecte de la protecció i el foment de la cultura autòctona, i el 14 —sobre la competència exclusiva de la Comunitat Autònoma per a l'ensenyament de la llengua catalana, i el 39, apartats 6 —sobre patrimoni arqueològic, històric, artístic i monumental, arxius i biblioteques, museus, conservatoris i belles arts— i 17 —sobre foment de la cultura.

³ Com ja va palesar la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística a les Illes Balears, que en l'Exposició de motius es refereix al caràcter de la llengua catalana i advoca per la seua defensa i normalització, en el marc del citat art. 9 EAIB, cabdal en matèria de tradicions illenques i de la segmentació interna, i diu que [la llengua] «és un component essencial de la identitat nacional dels pobles de les Illes Balears».

això també implica en matèria identitària i, en el fons, de reconeixement a la personalitat de cada illa. Fins i tot, aqueixa «interiorització» del fet cultural la trobam en la Llei 3/1992, de 15 de juliol, de comunitats balears assentades fora del territori de la Comunitat Autònoma.⁴

I també dos anys més tard, en matèria estricta de patrimoni històric i de cultura —on s'encabeix, una part, però no el tot, de la cultura popular i tradicional— es donà, en el territori de la comunitat autònoma, una passa fonamental amb l'aprovació de la Llei 6/1994, de 13 de desembre, d'atribució de competències als consells insulars en matèria de patrimoni històric, de promoció sociocultural, d'animació sociocultural, de dipòsit legal de llibres i d'esports. Tot això, de conformitat amb l'establert en l'art. 39 EAIB i la pròpia realitat geogràfica de l'arxipèlag.

Aquesta és la Llei que va permetre que les competències en matèria de patrimoni històric i de cultura es gestionassin, autònomament, des de cada illa, pel respectiu consell insular i no pel Govern de la Comunitat Autònoma, la qual cosa explicita també un reconeixement de l'evidència del fet insular i la voluntat que cada illa administràs, per si mateixa, aquestes qüestions que tan afecten a la seua governació autònoma, i a la vivència de la pròpia tradició, per immediatesa i apropament en la gestió. Amb aquesta Llei, en matèria estricta de patrimoni històric, els consells insulars passaren a assumir totes les competències que havien estat assumides per la comunitat autònoma com a conjunt, des de l'Estat i, sense perjudici de quedar algunes competències reservades a l'Administració dependent del Govern balear, el gruix passà als consells insulars, que, des de llavors són, com diu la Llei, les autèntiques «administracions autonòmiques» competents.

Però, fins aquí, segur que algú pot fer la reflexió següent: «Heu anat parlant de normes atributives de competències a la pròpia comunitat autònoma de les Illes Balears i als consells insulars que la conformen però, quines són les normes substantives en matèria cultural i de patrimoni històric en general i, més en particular, en matèria de cultura popular i tradicional? N'hi havia, a Balears?»

Aquí rau el problema que, fins 1998, no va haver-hi pròpiament, com veurem una Llei de fons que ho tractàs. Aquest va ser el problema.

Fins al moment, l'única norma aplicable relacionada, «d'alguna manera» amb la concreta matèria de la cultura popular i tradicional, venia representada pels art. 46 i 47.3 de la Llei

⁴ Aquesta Llei parla, específicament, en l'art. 3.1 de «Tots els mallorquins, menorquins, eivissencs o formenterers residents fora d'aquesta comunitat autònoma» i en l'art. 10 de «facilitar el coneixement de la història, l'art, la llengua, les tradicions i la realitat social de Mallorca, Menorca, Eivissa i Formentera».

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

16/1985, de 25 de juny, del patrimoni històric espanyol (LPHE, en endavant), a propòsit del patrimoni etnogràfic (títol VI de la Llei).⁵

II. La Llei 12/1998, de 21 de desembre, del patrimoni històric de les Illes Balears

No va ser fins 1998 que s'aprovà la Llei de patrimoni històric de les Illes Balears, la Llei 12/1998, de 21 de desembre (LPHIB, en endavant); una Llei, com hem assenyalat en d'altres ocasions,⁶ «correcta», completament necessària en el seu moment, però massa poc innovadora, en excés administrativista. Així es deriva de l'exposició de motius —que, si bé parla de la «voluntat ferma de transmetre a les generacions venidores el testimoni avui encara ric de la història, l'art i la cultura dels pobles illencs», en el fons, quasi no té nervi cultural i històric— i del mateix text normatiu. Per contrast, així quedà acreditada l'anterior crítica també, de les esmenes que formularen els grups de l'oposició parlamentària en el moment en què es va aprovar, que volien una llei més incisiva en un àmbit com aquest, que tant de si pot donar, però el resultat fou el que fou.

Des del punt de vista estrictament normatiu, la Llei va fer seua, en bona part, la citada LPHE, i s'hi remet (això té molta importància a dia d'avui) i, de les poquíssimes coses on innova el que ja coneixíem, resulta rellevant el que preveu sobre la protecció de la riquesa arqueològica (on diu que la protecció ha de ser «enèrgica»), però res més. Pel que fa al tema competencial, té en compte la distribució estatutària del poder públic *ad intram* i apareixen els consells insulars com les principals administracions intervenents, tot fent-se ressò d'algunes

⁵ No obstant això, destacam la iniciativa legislativa que partí del Parlament de les Illes Balears a les Corts Generals i que fructificà, a propòsit de la denominació de la província de Balears a Illes Balears, en virtut de la Llei 13/1997, de 25 d'abril.

⁶ Sobre això, el llibre col·lectiu *Comentaris a la Llei del Patrimoni Històric de les Illes Balears*, volum núm. 2 de la col·lecció «L'Esperit de les Lleis» de l'Institut d'Estudis Autònomic del Govern de les Illes Balears. Vegeu també el nostre article «La protecció jurídica de la cultura popular i tradicional de les Pitiüses» donat a conèixer dia 7 de març de 2003, en el marc de les *III Jornades sobre cultura popular de les Pitiüses*, tot havent-se publicat l'any 2004: *III Jornades sobre cultura popular de les Pitiüses. Es vestir antic. Imatges d'ahir*, p. 35-77 (versió en castellà en la revista jurídica *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3 (2004), p. 427-446.

mancances com ara la necessitat de crear i mantenir l'específic Museu de Formentera,⁷ com la resta d'illes.

En matèria estricta de cultura popular i tradicional, l'única regulació que la Llei contenia, en la seua redacció originària, és la dels art. 65 a 67 (que conformen el títol IV de la Llei, sobre «Patrimoni etnològic»), molt semblant a la regulació genèrica estatal.

La inclusió en el text originari del Projecte de Llei⁸ —intitulat Projecte de Llei del patrimoni «cultural» de les Illes Balears, nom que va caure en la tramitació parlamentària, en favor de Llei del patrimoni «històric» de les Illes Balears— d'un tercer apartat en l'equivalent a l'art. 67 [llavors era l'art. 65] sobre la consideració dels valors immaterials de la llengua, incloses les modalitats internes o insulars del català, fou suprimit.

Paradoxalment, i tret del règim jurídic establert per als béns etnològics immaterials (art. 67, en tot el que diu i, en particular, en tot el que no diu), en el títol IV de la Llei no hi ha cap règim jurídic sobre els béns que integren el patrimoni etnològic (en concret, per als béns que n'integren el patrimoni etnològic material). L'únic que existeix és una definició amb dos classificacions.

Atès aquest estat legal de la qüestió, ¿on era el règim jurídic dels béns que integren el patrimoni etnològic, segons la redacció originària de la LPHIB? En puritat, el règim s'havia de cercar en els articles generals de la Llei (en concret, en els títols I i II), a propòsit dels béns d'interès cultural materials (BICs) i dels béns catalogats (BCs).

De conformitat amb la LPHIB, on els béns materials —immobles i mobles— compten amb un règim de possible i efectiva protecció, resultava molt i molt difícilots fer-ho respecte dels béns immaterials, a més de conceptualment jurídicament la pròpia idea «d'immaterialitat» o «intangibilitat». Aquí la Llei era molt «pobra», atès que només es comptava amb l'art. 67, apartats 1 i 2.

En efecte, els vímets jurídics per protegir el patrimoni immaterial o intangible al conjunt de l'arxipèlag eren mínims, i només, tal volta, tractant-lo com una cosa (cosificant-lo) ens vàrem atrevir a dir —com també altres autors— que seria possible la seua protecció.

⁷ En virtut de la disposició addicional quarta, incorporada en la tramitació parlamentària, i que a hores d'ara no s'ha arribat a crear.

⁸ Sobre aquesta qüestió vegi's el dossier de documentació que es conté al web del Parlament de les Illes Balears, en: <http://web.parlamentib.es/webgtp/scripts/unregexpn.asp?CFNumExp=41996GLEX-0008>

El text del Projecte de Llei es va publicar en el *Butlletí Oficial del Parlament de les Illes Balears* [BOPIB] núm. 74, de 22 de novembre de 1996, IV legislatura, p. 1978-1997.

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

Era necessari que la Llei de 1998 es modificàs o que s'aprovassin altres lleis que tractassin específicament el patrimoni immaterial o intangible i que, efectivament, donassin eines per a aqueixa protecció. I, sobretot, en el plànol de la pròpia «satisfacció moral» dels pobles illencs, perquè alguna cosa hi havia —i n'hi ha— de tot això, que s'establissin regles jurídiques que permetessin demostrar que les administracions públiques de l'arxipèlag, que venien reconeixent des de feia lustres els béns materials (amb l'establiment de figures de protecció efectiva), també eren sensibles, conscients i volien protegir de mode efectiu els béns immaterials o intangibles més rellevants, fins ara «abandonats» o no tenguts en compte suficientment; i que en això també s'emulava el que havien començat a fer altres comunitats autònomes en sentit equivalent en favor dels seus béns de caire immaterial, alguns d'ells, fins i tot, compartits entre diversos territoris, pel que significa la idea de la immaterialitat i la pròpia idea de cultura, inclòs el patrimoni lingüístic (cosa patent a les Illes respecte a la llengua compartida, com el mateix EAIB palesa des de la seua redacció originària).

Finalment, feim esment de la DF 3a LPHIB (no prevista en el Projecte de Llei, sinó incorporada al llarg de la tramitació parlamentària), per la remissió que fa explícitament a la LPHE. Més endavant veurem el valor, molt rellevant, que aqueixa remissió comporta avui, en 2016.

III. La Llei 1/2002, de 19 de març, de cultura popular i tradicional

En un marc normatiu procliu al reconeixement màxim del fet insular, ja fos a nivell politicoadministratiu, ja fos a nivell identitari, i també ateses les insuficiències manifestes, ja descrites, de la LPHIB, el Parlament de les Illes Balears aprovà la Llei 1/2002, de 19 de març, de cultura popular i tradicional⁹ (LCPT, en endavant), de la qual destacam l'exposició de motius i el articulat.

⁹ Sobre aquesta qüestió vegi's el dossier de documentació que es conté al web del Parlament de les Illes Balears, en: <http://web.parlamentib.es/webgtp/scripts/unregexpn.asp?CFNumExp=52001GLEX-0009>

El text del Projecte de llei es va publicar en el BOPIB núm. 106, de 17 de setembre de 2001, V legislatura, p. 2511-2514.

La nova Llei es caracteritza, com ha assenyalat la doctrina mallorquina,¹⁰ enfront del que va suposar la Llei de patrimoni històric (que podríem conceptuar globalment com a Llei del patrimoni «estàtic»), per tenir un altíssim contingut de recuperació identitària a cadascuna de les illes de l'arxipèlag, i amplia notablement l'objecte de la protecció, envers allò material, però també i sobretot, envers allò immaterial, i en concret respecte a tot el que fos popular i tradicional (amb la qual cosa la LCPT, pot ser conceptuada com una Llei de caire «dinàmic»). La Llei també suposa un avanç notable en protecció del patrimoni etnològic i etnogràfic, material i immaterial, propi de cadascun dels territoris d'aquesta comunitat autònoma i d'allò que hom anomena l'«imaginari col·lectiu», el qual caracteritza la identitat dels illencs com a realitat innata, imbuïda dels trets del respectiu fet insular.

El text en què es va basar el Projecte de llei fou, com es pot fàcilment comprovar, la Llei catalana 2/1993, de 5 de març, de foment i protecció de la cultura popular i tradicional i de l'associacionisme cultural.

A propòsit de l'objecte de la LCPT ens interessa conèixer què s'entén per cultura popular i tradicional, a la qual cosa s'hi refereix l'art. 2, tot incloent «la música i els instruments, els balls, la indumentària,¹¹ les festes, els costums, les tècniques i els oficis, la gastronomia i els jocs, els esports, les danses rituals o religioses, les representacions, les creacions literàries», etc.

Feim esment del fet que aquesta Llei parla, en la part normativa, dels «pobles» de les Illes Balears i així també ho fa, abans, l'exposició de motius (on, a més a més, els identifica), tot referint-se a la cultura popular i tradicional com una part substancial de la identitat dels «pobles» de Mallorca, Menorca, Eivissa i Formentera (i, per l'evidència de la qüestió, aqueixa identitat es plasma a cada illa, en un seguit de trets, dins dels quals també hi és inclosa la respectiva tradició lingüística, que s'expressa en «el seu» català propi i autòcton; i en el seu cabal costumista).

¹⁰ Vegeu LLODRÀ GRIMALT, F. «La protecció jurídica de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears». *II Jornades d'estudis locals de Manacor. Llengua, literatura i cultura popular*. Manacor (Mallorca), 2002, p. 369-380. D'aquesta mateixa autora, «La protección jurídica de los conocimientos tradicionales». *Ecosostenible*, núm. 17 (2006), p. 39-51.

¹¹ Sobre la indumentària tradicional, a les Pitiüses podem citar la que mantenen les dones pageses que encara queden a Eivissa i a Formentera. Una indumentària que és expressió d'un món en vies d'extinció; però d'autèntica singularitat, sense equivalència en el conjunt d'Espanya, com a reminiscència de la més antiga tradició i d'un tresor que entronca amb la vestimenta femenina de segles enrere i que és exemple de molt més que una estampa polida per a ser fotografiada per turistes encuriosits o sorpresos.

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

I, respecte a les competències administratives, hem d'acudir a l'art. 4 LCPT, precepte intitulat «Patrimoni etnològic», on hi ha una crida, expressa a la intervenció, en tot cas, dels consells insulars, tot resultant residuals les competències de l'Administració dependent del Govern de les Illes Balears. I en aquells supòsits en què algunes competències —poques— segueixen residuades en el Govern de les Illes Balears és preceptiu que el Govern vetli pel respecte absolut a les tradicions pròpies de cada illa, en totes les seues manifestacions, i col·labori amb els consells insulars, titulars de les principals responsabilitats en la matèria, fruit de les exigències de l'EAIB.

Segons l'art. 4.2 LCPT, correspon als consells insulars elaborar i gestionar el Catàleg del patrimoni etnològic de l'illa respectiva, feina immensa, gegantesca i que, com ha posat de relleu la doctrina menorquina¹² ara fa un temps, era —i és— una necessitat inel·ludible. Perquè, emprant les paraules de CAMPS, «Com es pot protegir un bé que prèviament no ha estat identificat d'una manera precisa com a integrant del patrimoni històric?»

Això requereix, doncs, i la LCPT ho contempla així, una labor d'identificació de tota la riquesa material, però també immaterial, en el plànol etnològic del que gaudeixen i són titulars les illes i la seua gent, i una vegada feta aqueixa «operació», proposar línies d'actuació efectiva, per a la seua protecció, segons el tipus de bé i la naturalesa tangible o intangible. I això és el que darrerament, a les quatre illes, amb major o menor incidència en unes que en les altres, es ve fent i és positiu.

La LCPT parteix, com no podia ser d'una altra manera, del que diu la LPHIB, a propòsit del patrimoni etnològic, però la supera, en particular amb la introducció de més tècniques de protecció, que transcendeixen d'allò merament estàtic. Unes altres fites rellevants de la LCPT, pel que varen suposar d'innovació plena, són les següents:

- a) Establir la figura de les «festes d'interès cultural», inclòs el procediment per declarar-les (art. 5).
- b) Preveure, amb detall, la inclusió de la cultura popular i tradicional dins dels currículums de tot l'ensenyament reglat (art. 6).
- c) Establir mesures de foment i subvenció (art. 7) en pro de la cultura popular i tradicional.

¹² Així, CAMPS. A. «La catalogació dels béns que integren el patrimoni etnològic com a eina bàsica per conservar-lo». *Jornades sobre els 15 anys de la reserva de biosfera de Menorca*. Maó: Institut Menorquí d'Estudis, 2008, p. 413-419.

- d) Establir que determinades associacions i fundacions relacionades amb la cultura popular i tradicional poden ser declarades «d'interès cultural» (art. 11) i els efectes d'aqueixa declaració (art. 12).

A tot l'anterior s'afegí la creació, per primera vegada a les Illes Balears (i sense perjudici de les entitats consultives oficials en matèria de patrimoni històric, segons l'art. 96 de la Llei 12/1998: UIB, IEB, IME i IEE), d'un òrgan de consulta oficial en matèria de cultura popular i tradicional, el «Consell Assessor de Cultura Popular i Tradicional de les Illes Balears», tot referint-se en l'art. 9 a les seues funcions consultives. A més en l'art. 10 preveu la possibilitat —facultativa, doncs, per tal de respectar l'autonomia dels Consells Insulars— que aprovin aquestos l'existència d'òrgans equivalents de consulta en matèria de cultura popular i tradicional per al seu àmbit territorial respectiu.

Ens correspon, ara, versar la figura de les «Festes d'Interès Cultural» (FIC). Es tracta de la gran innovació de la LCPT. En els primers textos dels avantprojectes de llei tramesos es parlava de «Festes d'Interès Nacional», per a les Balears o de les Balears, seguint la terminologia i caràcter de la citada Llei catalana de 1993 (i no només en l'exposició de motius, sinó també en el text), però finalment la Llei balear parla de «festes d'interès cultural».

Aquesta era la gran aposta i innovació de la LCPT en pro del reconeixement de les festes tradicionals pròpies de la cultura popular illenca.

A més, i com a expressió que no bastava amb la mera o simple declaració —àmbit dinàmic proactiu— s'establí que els poders públics de les Illes Balears —tots, i no només els consells insulars— han de vetlar per protegir i per promoure adequadament les festes declarades d'interès cultural, com també per conservar-ne els elements essencials, sense perjudici de l'evolució natural i de l'adaptació històrica de cada festa, la qual cosa diu molt a favor d'aquest enunciat normatiu, per evitar falses recuperacions o anacronismes patents o, a l'inrevés, per a no fomentar la desfiguració d'aquelles.

IV. Les insuficiències de la Llei 12/1998, de 21 de desembre, i de la mateixa Llei 2/2002, de 19 de març: la modificació *ad hoc* de la Llei 12/1998, en 2004

Arribats en aquest punt ens trobam que al setembre de 2004, en el Consell Insular d'Eivissa i Formentera, per part del llavors conseller executiu de Patrimoni Històric Sr. Joan Marí Tur se'ns va demanar formalment si veïem possible la declaració de les Caramelles de

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

Nadal, pròpies d'Eivissa i Formentera, com a FIC, a la qual cosa vàrem contestar que pròpiament no, perquè difícilment es podia subsumir en l'art. 5 el que són les Caramelles.

I, llavors, se'ns va dir, pel citat conseller de Patrimoni Històric, quina protecció es podia donar a les Caramelles, perquè se n'era conscient que a Mallorca el seu Consell Insular a través de la Comissió Insular d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Històric de Mallorca, segons Acord de 19 de desembre de 2003, i així s'havia publicat en el BOIB de 14 de febrer de 2004, havia incoat l'expedient per tal que el Cant de la Sibil·la fos declarat Bé Immaterial d'Interès Cultural [apreci's l'ordre concret de les paraules, amb contingut], sobre la base de la Llei de patrimoni històric de 1998? La nostra sorpresa fou majúscula, perquè era una mica agosarat fer-ho, però en el fons, segur que ningú s'atreveria a dir que les bases jurídiques no eren massa segures i, menys encara, impugnar-ho, atès el que representa la Sibil·la a Mallorca. I, als efectes oportuns, després d'indagar en l'assumpte vàrem descobrir que el mateix informe fet per la UIB, com a entitat consultiva oficial, ho va informar favorablement tot basant-se genèricament en els preceptes del títol I de la LPHIB, sense que pròpiament n'hi hagués un precepte explícit que ho permetés i, pel que fa al procediment, seguint genèricament el previst per als BICs materials, mobles o immobles, sense que explícitament el legislador de 1998 ho hagués previst, més aviat el contrari.

El nostre parer fou que allò correcte —i seria inatacable, per al futur— era efectuar explícitament una modificació *ad hoc* de la LPHIB. I, fins i tot, sobrevingudament, una vegada aprovada la normativa nova, si n'era el cas, es comptaria amb unes regles que permetrien incoar l'expedient per declarar les Caramelles com a BIC immaterial, com per exemple en el cas d'altres manifestacions dignes de protecció com, per exemple, la Sibil·la.

I, doncs, això va ser el que va ocórrer. L'esmentat conseller pitiús ens va encarregar la redacció d'una proposta d'addició a la LPHIB, en el sentit que hem descrit. La proposta es va incloure finalment en el Projecte de llei de mesures tributàries, administratives i de funció pública de 2004 per a 2005,¹³ segons Acord del Consell de Govern de les Illes Balears, de data 22 d'octubre de 2004.

O siga, que dins de la més absoluta de les heterodòxies jurídiques que hom pot imaginar, pel que fa al procediment (a través d'una «llei d'acompanyament») resulta que el Parlament

¹³ Sobre aquesta qüestió vegi's el dossier de documentació que es conté al web del Parlament de les Illes Balears, en: <http://web.parlamentib.es/webgtp/scripts/unregexpn.asp? CFNumExp=62004GLEX-0006>

El text del Projecte de llei es va publicar en el BOPIB núm. 59, de 28 d'octubre de 2004, VI legislatura, p. 1979-2001.

de les Illes Balears ho va tramitar i, tot i que va haver-hi esmenes de pes per part de l'oposició,¹⁴ al final es va aprovar el text com es proposava. És a dir, de la manera més poc adient al fons que la matèria mereixia — la creació de la figura dels béns d'interès cultural immaterial a les Illes Balears i el procediment per poder-los declarar— va passar a ser dret positiu i, explícitament, la LPHIB es va modificar, en aqueix concret sentit.

El procediment seguit resultà molt poc edificant, sobretot si hom té en compte la pròpia jurisprudència del Tribunal Constitucional sobre aquest tipus de lleis, però en aquell temps aqueixa jurisprudència no era molt abundosa ni taxativa, com ha ocorregut després de manera clara. Finalment es va aprovar el text tal qual es proposava,¹⁵ com a «acció administrativa en matèria de patrimoni històric: junt (!) amb accions administratives en matèria «de comerç interior», «de treball i formació», «de pesca i activitats subaquàtiques», «d'aigües» i «de patrimoni públic local del sòl i règim d'alienació de béns patrimonials».

D'aquesta manera, i fruit d'aqueix procediment tan peculiar, el legislador balear (amb l'art. 36 de la Llei 8/2004, de 23 de desembre, de mesures tributàries, administratives i de funció pública) va aprovar una normativa que permet atorgar una completa protecció al caràcter intangible o immaterial dels béns, amb la introducció de la categoria de l'anomenat «bé d'interès cultural immaterial» (art. 5.2 i art. 67.3 en la LPHIB), tot resultant que també hi queda protegida, per conseqüència inel·ludible, la llengua i les seues manifestacions, com a bé cultural immaterial, el més rellevant de tots.

De tal manera que el legislador va acollir la nostra proposta en els mateixos termes que l'havíem formulat assumint en aquell moment la responsabilitat d'intentar donar una solució jurídicament assenyada, i culturalment adequada per a la protecció completa del sencer patrimoni cultural immaterial de les illes.

¹⁴ En efecte, així es deriva del que es va tractar a la Comissió d'Hisenda i Pressuposts, segons el *Diari de Sessions de la Comissió d'Hisenda i Pressuposts del Parlament de les Illes Balears*, exemplar núm. 35, VI Legislatura, del 14 de desembre de 2004. També hi hagué un debat profund a l'hora de la votació del Dictamen de la Comissió citada, com es deriva del *Diari de Sessions del Ple del Parlament de les Illes Balears*, exemplar núm. 48, VI legislatura, del dia 21 de desembre de 2004.

¹⁵ Únicament, i en descàrrec del que hem dit, sobre la legalitat del procediment seguit, i a propòsit de la declaració del Cant de la Sibíl·la com a Bé Immaterial d'Interès Cultural cal assenyalar que encara que es va aprovar abans que la Llei del patrimoni històric fos modificada, ja s'havia publicat en el BOPIB núm. 59, de 28 d'octubre de 2004, el Projecte de llei que modificava la Llei de 1998. I la publicació en el BOIB de la declaració del Cant de la Sibíl·la com a Bé Immaterial d'Interès Cultural es va fer el dia 15 de febrer de 2005, quan la Llei del patrimoni històric de 1998 ja s'havia modificat expressament.

V. Les primeres declaracions de BICs immaterials i de FICs

Va ser en aquest marc on es varen començar a implementar les figures de protecció previstes en les dos lleis que comentam, ja fos com a «BICs immaterials»,¹⁶ ja fos com a «FICs».

A més a més, i pel que fa a les FICs va ser precisa la constitució pròpiament dita, a finals del mandat 2003-2007, a nivell de tota la comunitat autònoma, del Consell Assessor de Cultura Popular i Tradicional de les Illes Balears, creat per la LCPT,¹⁷ i constituït primigèniament al mandat 1999-2003, al març de 2003. També a cada consell insular es varen crear organismes equivalents.

La creació del Consell Assessor de Cultura Popular i Tradicional d'Eivissa i Formentera l'any 2004 i l'aprovació del Reglament sobre el procediment a seguir per a la declaració de festes d'interès cultural a les Illes d'Eivissa i Formentera l'any 2006 anà encaminada, com a actuació pionera també a tot l'arxipèlag, a declarar la primera FIC de tota la comunitat autònoma. En efecte, així es deriva de l'expedient iniciat pel llavors Consell Insular d'Eivissa i Formentera i que acabà en virtut d'Acord del Ple de 14 de juny de 2007.¹⁸ En concret es declarà FIC les Festes de la Terra (Eivissa). Unes Festes que recullen el naixement, l'any 1235, un 8 d'agost, del que és la fesomia principal de les arrels culturals, lingüístiques, religioses i d'identitat nacional d'Eivissa (i, per derivació, també de Formentera), amb motiu de la conquesta de l'illa d'Eivissa per l'arquebisbe electe de Tarragona Guillem de Montgrí, en nom de Jaume I.

¹⁶ Pel que fa a les declaracions de BICs immaterials, el primer que es va aprovar fou el de ses Caramelles de Nadal, a les Pitiüses, segons Acord del Ple del Consell Insular d'Eivissa i Formentera de 28 de novembre de 2005 (BOIB de 16 de febrer de 2006 i BOIB d'1 d'abril de 2006), just com a «Bé etnològic d'interès cultural immaterial». Apreciï's l'ús de l'article salat i no el literari en la designació oficial. Així mateix, en aquesta primera època, també es declarà BIC immaterial la Festa de l'Estendard, a Palma (BOIB de 15 de desembre de 2007), i que provenia d'un expedient iniciat en el mandat anterior, en concret el 20 d'octubre de 2006. Una festa o commemoració que recull el naixement, l'any 1229, un 31 de desembre, del que és la fesomia principal de les arrels culturals, lingüístiques, religioses i d'identitat nacional de Mallorca, amb motiu de la conquesta de l'illa pel Rei Jaume I.

¹⁷ Actualment vigent el Decret 8/2016, de 12 de febrer, pel qual es regula l'organització i el funcionament del Consell Assessor de Cultura Popular i Tradicional de les Illes Balears (BOIB de 13 de febrer de 2016).

¹⁸ Aquest Acord apareix publicat en el BOIB d'11 d'agost de 2007.

VI. La ratificació per l'Estat de la Convenció per a la salvaguarda del patrimoni cultural immaterial, de 2003

Tot seguit hem de referir-nos al que suposà en tots els ordres la Convenció per a la salvaguarda del patrimoni cultural immaterial, feta a París el 3 de novembre de 2003, i que es va ratificar per Espanya el 6 d'octubre de 2006 (BOE de 5 de febrer de 2007); text que constitueix un tractat internacional, dictat a instàncies de la UNESCO. I, en qualsevol cas, és dret intern espanyol ex art. 10.2 CE (i, per tant, cànon d'interpretació dels drets fonamentals relacionats amb la cultura i, fins i tot, amb l'expressió lingüística i la faç de tot això) i també ex art. 94 i 96.1 de la CE i ex art. 1.5 Cc.

El seu rang és superior al de les lleis internes d'acord amb el que estableix la Llei 25/2014, de 27 de novembre, de tractats i altres acords internacionals.

D'aquesta Convenció destacam, d'una banda, la claredat de les definicions de l'art. 2 que són molt diàfanes i, d'altra banda, les mesures de salvaguarda previstes en l'art. 13 i, sobretot, en l'art. 16, que es refereix a la «Llista representativa de patrimoni cultural immaterial de la humanitat», que explicita la singularitat de la matèria que tractam i la competència per protegir el patrimoni cultural immaterial a través de l'acció decidida dels consells insulars.

A més, el «Plan Nacional de Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial» d'octubre de 2011 té un contingut inconcís i molt revelador, també «a» i «per a» cadascuna de les Illes Balears, per separat i en conjunt.¹⁹

¹⁹ En efecte, d'aquest Plan Nacional es deriva que en el concepte de patrimoni cultural immaterial s'inclou:

«1.1.3. Ámbitos en los que se manifiesta el Patrimonio Cultural Inmaterial.

[...]

Ámbitos en los que se manifiesta el PCI en España:

- a. Conocimientos tradicionales sobre actividades productivas, procesos y técnicas [...].
- b. Creencias, rituales festivos y otras prácticas ceremoniales [...].
- c. Tradición oral y particularidades lingüísticas [...].
- d. Representaciones, escenificaciones, juegos y deportes tradicionales [...].
- e. Manifestaciones musicales y sonoras [...].
- f. Formas de alimentación [...].
- g. Formas de sociabilidad colectiva y organizaciones [...].».

VII. La reforma de l'Estatut d'autonomia per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer

Avançant en l'iter administratiu i polític, la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'EAIB, que és el text vigent avui, manté una exposició de motius prou clara i diàfana, respecte al per què de la modificació, cosa que també tengué —i té— repercussions clares en la «interiorització absoluta» del fet insular, amb la creació del Consell Insular de Formentera (per emersió de l'Ajuntament de Formentera que ha esdevingut a la vegada Consell Insular de Formentera) i la restricció de l'antic Consell Insular d'Eivissa i Formentera a l'illa d'Eivissa. I, en conseqüència, també comporta la nova redacció de l'Estatut la «interiorització absoluta» respecte a la protecció i posada en valor de la cultura popular i tradicional de cadascuna de les illes. En qualsevol cas, no es pot confondre l'exposició de motius (d'aquesta Llei orgànica de 2007)²⁰ amb el nou preàmbul de l'EAIB de 2007, de nova redacció i de suma rellevància en els seus postulats i declaracions.

Es tracta, en tots dos casos, d'una sèrie de principis generals o valors institucionals del dret autonòmic balear, intangibles i absoluts, també en matèria cultural, als quals es troben subjectes el conjunt de poders públics a l'arxipèlag, en virtut del principi de jerarquia normativa que preveu l'art. 9.3 CE, i que cal llegir en clau d'interiorització del fet insular emparat per l'art. 138.1 *in fine* CE i, fins i tot, de l'art 3 de l'Estatut sobre el fet insular a nivell intern i extern, i que apareix titulat sota la rúbrica evident de la «Insularitat».

I, atès tot l'anterior, la nova redacció del text estatutari és manifestament «insularista»²¹ la qual cosa en matèria de cultura popular i tradicional reconeix una obvietat, un *prius* innat, com ja es palesava, per exemple, i entre d'altres normes autonòmiques, en la Llei 15/2006, de 17 d'octubre, d'arxius i patrimoni documental de les Illes Balears.²²

²⁰ Es parla d'«un major aprofundiment en el reconeixement del fet insular», i de l'atribució del que anomena «més protagonisme a cadascuna de les illes i dels seus respectius consells insulars» (inclusivament la creació del Consell Insular de Formentera), perquè «s'apuntava com un desig generalitzat el fet que Formentera gaudís [sic] d'un consell insular propi que gestionàs, des de la mateixa illa, l'administració insular».

²¹ L'insularisme apareix en els art. 12, 18, 24, 34, 35, 70 i 90 de l'EAIB. Vegi's, en aquest sentit, P. OLLERS VIVES, en BLASCO ESTEVE, A. (dir.). *Comentaris a l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears*. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2008, p. 195-211.

²² L'obligació d'intervenir dels respectius consells insulars respecte a la defensa i recolzament formal de la cultura popular i tradicional ve establerta en la Llei 15/2006 d'una manera taxativa. Així, s'atribueix la competència als consells insulars en matèria d'imatge i so, tot resultant que existeixen els respectius

VIII. Les darreres declaracions de FICs i de BICs

La creació del Consell Insular de Formentera (constituït el 10 de juliol de 2007, en virtut de la reforma estatutària que hem descrit), ha fet inevitables canvis en la composició de l'originari Consell Assessor de Cultura Popular i Tradicional d'Eivissa i Formentera tot donant lloc al nou Consell Assessor de Cultura Popular i Tradicional d'Eivissa, restringit a l'illa d'Eivissa, cosa que va ocórrer l'any 2009.

I també ha comportat «derivades» curioses respecte a la protecció com a BICs de determinats béns immaterials comuns o indistints d'Eivissa i Formentera, realitats difícilment produïbles, o del tot descartables a Mallorca o Menorca.²³

I ja, apropant-nos al present, ens trobam que hi ha hagut darrerament, a Mallorca, un autèntic esclat en la declaració de FICs, a propòsit de festes emblemàtiques d'aquella illa²⁴ (encara queden d'altres que encara no s'han declarat, però és previsible que ho siguin), cosa que prové, a la vegada del Reglament del procediment a seguir per a la declaració de festes d'interès cultural a l'illa de Mallorca, de l'any 2012; text que presenta moltes particularitats i derivacions per ser el Consell Insular el competent per declarar-les, com a institució autonòmica, i no pel Govern balear.

Les últimes FICs declarades —any 2016— se refereixen a l'illa d'Eivissa²⁵ i a la de Mallorca.²⁶

«Arxius d'Imatge i So», on es recullen els fons documentals gràfics i multimèdia de plasmació de la vivència i pràctica de la tradició autòctona.

²³ En efecte, el Consell Insular d'Eivissa ha declarat com a Bé d'interès cultural, amb la tipologia de bé immaterial, ses Caramelles de Pasqua (BOIB de 15 de desembre de 2011). Una altra vegada l'article salat, i no el literari. Per altra banda l'anterior Consell Insular d'Eivissa i Formentera va declarar BIC immaterial ses Caramelles de Nadal a les dos illes. De manera que les de Pasqua són només BIC immaterial a Eivissa. Així mateix el Consell Insular d'Eivissa ha declarat Bé d'Interès Cultural (BIC), amb la tipologia de bé immaterial, les Quatre ballades més importants de ball pagès d'Eivissa: la curta, la llarga, sa filera i les nou o dotze rodades (BOIB de 28 de juny de 2012).

²⁴ I així ens trobam amb les següents FICs declarades a Mallorca (BOIB de 10 de novembre de 2015): Festa del Firó de Sóller; Festa de Sant Antoni de sa Pobla; Festa de Sant Joan Pelós de Felanitx; Festa del ball dels cossiers de Manacor; Festa del ball dels cossiers d'Alaró i Festa dels Cavallets de Felanitx.

²⁵ És el cas de la declaració com a FIC de la Festa del Primer Diumenge de Maig a Santa Eulària des Riu (BOIB de 27 de gener de 2016), festa emblemàtica d'aquella població eivissenca i que popularment es coneix com «Anar a Maig».

²⁶ Ens estam referint a la declaració com a FIC de la Festa del Sermó de l'Enganalla de Llucmajor (BOIB de 7 de juliol de 2016).

IX. La declaració de la Sibil·la com a Patrimoni de la Humanitat, per la UNESCO l'any 2010

La declaració del Cant de la Sibil·la pel Consell Insular de Mallorca el 13 de desembre de 2004 com a Bé Immaterial d'Interès Cultural —i la rellevància màxima del bé; la repercussió que la Sibil·la té en l'imaginari col·lectiu entre els mallorquins; i el seu caràcter de representació ritual que lliga un temps (el Nadal, i la seua vivència dins de la tradició cristiana més antiga) i un territori (Mallorca)— varen fer que l'any 2009 el Consell Insular de Mallorca iniciàs una primera campanya de recollida de signatures per tal de donar suport i reforçar la candidatura de la Sibil·la com a Patrimoni de la Humanitat davant la UNESCO, sobre la base de la Convenció internacional citada més amunt.

Així mateix, existia l'antecedent que la UNESCO havia inclòs el Misteri d'Elx (amb què presenta alguna relació), l'any 2001, en la primera Proclamació de les Obres Mestres del Patrimoni Oral i Immaterial de la Humanitat.

I, així, tot seguint el protocols establerts²⁷ i per tal de complir amb els terminis establerts, el Consell Insular citat va remetre a l'agost de 2009, a la primera fase, un informe detallat sobre la Sibil·la a l'esmentada organització internacional, acompanyat dels milers de signatures recollides per reforçar la candidatura; que l'Administració de l'Estat va recolzar plenament.

El 16 de novembre de 2010, la UNESCO decidí, durant la cinquena sessió del Comitè Intergovernamental per a la Salvaguarda del Patrimoni Cultural Immaterial celebrada a Nairobi, incloure «el Cant de la Sibil·la» en la Llista Representativa del Patrimoni Mundial. Aquell mateix dia també s'inclogueren d'altres béns immaterials espanyols en aqueixa Llista, com ara «el Flamenc», «els Castells» (l'activitat castellera), «la Dieta mediterrània» i «la Cetreria».

²⁷ El principal, el relatiu a haver rebut el bé la més alta protecció i consideració per l'Administració pública del territori on aquest es manifesta o expressa: el Consell Insular de Mallorca. A més, per la vinculació amb l'Església, vegeu art. 4 LPHIB, que disposa que l'Església catòlica, com a titular d'una part molt important del patrimoni històric de les Illes, haurà de vetlar per la protecció, la conservació i la difusió d'aquest patrimoni i, amb aquesta finalitat, haurà de col·laborar amb les diverses administracions públiques de l'arxipèlag i, a més, la normativa establerta per l'Estat (la citada LPHE), i, en qualsevol cas, l'anomenat «Acord de 3 de gener de 1979» —que n'és un tractat internacional, entre l'Estat espanyol i la Santa Seu— sobre ensenyament i assumptes culturals (Instrument de Ratificació de 4 de desembre de 1979), en particular amb l'apartat XV.

X. El supòsit particular de Menorca

Curiós és que essent emblemàtiques les Festes de Sant Joan de Ciutadella de Menorca i que, no només mereixerien la consideració que hem descrit com a BIC immaterial o com a FIC, sinó fins i tot la d'incloure's en la citada Llista Representativa del Patrimoni Mundial, no s'hagin declarat FIC (ni aquestes ni cap altra festa de Menorca), ni tampoc BIC immaterial.

La raó o raons cal buscar-les, al nostre parer, en intentar evitar, des dels poders públics, el fer una major publicitat o fomentar una arribada més gran de gent, per la «massificació» que poden arribar a patir i, sobretot, en el plànol normatiu, perquè existeixen a nivell municipal en aquella illa un seguit de «protocols» aprovats que suposen una vertadera protecció, en tots els àmbits i que, si fa no fa, li atorguen una protecció «equivalent» a la que podria suposar la pròpia declaració com a FIC o, fins i tot, la concreten encara més; si bé, tal volta, no hi ha dubte que amb la declaració com a BIC immaterial la seua consideració pública o, més bé, «publicitada» formalment en els respectius butlletins oficials i per les institucions —el Consell Insular de Menorca i els respectius ajuntaments— adquiriria més «rellevància».

XI. Les conseqüències de l'aprovació per l'Estat de la Llei 10/2015, de 26 de maig, per a la salvaguarda del patrimoni cultural immaterial, de directa aplicació a les Illes Balears en virtut de la disposició final tercera de la Llei del patrimoni històric de 1998

La Llei 10/2015, de 26 de maig (LSPCI, en endavant) explicita d'una manera considerable —no «total», emperò, si bé prou aprofitable i profitosa en el nostre cas— el que es deriva de la diverses vegades referida Convenció per a la Salvaguarda del Patrimoni Cultural Immaterial, de 2003.

La LSPCI es limita a executar —plasmear i desenvolupar, tot i que no de manera completa— obligacions taxatives que ja venien establertes des de l'entrada en vigor l'any 2007 de la citada Convenció de l'any 2003, que té, com hem dit, el rang de tractat internacional.²⁸

²⁸ El fons constitucional d'aquesta Llei 10/2015, de 26 de maig, ha estat plenament avalat pel Tribunal Constitucional en la Sentència 177/2016, de 20 d'octubre, on, entre d'altres qüestions (FJ 6), i pel que ara ens interessa, diu que l'esmentada Llei implica «un “tratamiento general” del patrimonio cultural inmaterial a la luz del notable florecimiento conceptual así como de la conciencia social y, sobre todo, en el ordenamiento jurídico internacional», ordenament jurídic internacional que precisament ve representat per l'esmentada Convenció internacional de 2003, dret intern des de 2007.

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

Els postulats d'aquesta Llei queden plasmats en l'exposició de motius (d'obligat compliment en el conjunt de l'arxipèlag globalment, i a cadascuna de les illes que formen les Balears per separat) i en el mateix text normatiu, com ocorre amb l'art. 1 sobre «Objecte» i amb l'art. 2 sobre «Concepte de patrimoni cultural immaterial».

Significativament, i de cara a cadascuna de les illes i la seua cultura popular i tradicional, la redacció de l'art. 2 LSPCI és molt exigent. Pròpiament es tracta del «dret» en abstracte que tenen aqueixes tradicions i manifestacions culturals a ser emparades i també i, sobretot, *in concreto* de l'obligació de les administracions públiques de l'arxipèlag, i per totes, els consells insulars a emparar-les degudament. I per això tenen una força vinculant molt rellevant aquesta Llei i la Convenció de 2003, de la qual n'és creditora la primera.

Per aqueixa raó, tot el que explicita la LSPCI és d'aplicació per a la protecció de la cultura popular i tradicional «de» i «a» les Illes, com a conseqüència obligada de caràcter tècnic i/o científic i descriptiu i també ho són, aplicables, els postulats de la dita Llei; i, fins i tot, ho és, aplicable, el concepte de patrimoni cultural immaterial, en tota la seua descripció molt gran i de caràcter polièdric.

Fins i tot de l'aplicació de la Llei se'n desprèn, aplicat a les Balears, que sense perjudici de la protecció que el patrimoni cultural immaterial puga rebre dels consells insulars i del Govern de les Illes Balears (i, fins i tot, si n'era el cas, de les administracions territorials vesines, com ara les altres comunitats autònomes), aquest patrimoni immaterial, i part de la cultura autòctona, és fins i tot susceptible de ser considerat/protegit per l'Estat [art. 12.1, lletres a, b i c de la Llei], quan no hi hagi instrument jurídic de cooperació entre comunitats autònomes per donar-li una protecció integral; quan ho sol·liciti la comunitat autònoma o les comunitats autònomes on es manifesten aquestos béns o, finalment, per donar-li una visió o tractament de conjunt o global, més enllà de la que li atorgui —o no li atorgui— la comunitat o comunitats autònomes concernides.²⁹ És més, s'estableix en la LSPCI (i així ho versa el preàmbul) que tendria possibilitat aquest tipus de béns de rebre la protecció estatal addicional mitjançant la seua consideració *ad hoc* per Reial decret com a «manifestació representativa del patrimoni cultural immaterial».

També la LSPCI faculta l'Estat a actuar a favor dels fets culturals que es donen als pobles d'Espanya si, a causa de la no-protecció/no-reconeixement efectiu per les administracions competents autonòmiques, d'una manera evident, contrastada i mantinguda en el temps

²⁹ El supòsit més evident seria el relatiu a la protecció i recolzament efectiu de les modalitats insulars del català, totes, les de totes les illes (conforme a l'art. 35 EAIB), inclosa l'obligada protecció, reconeixement i ús preceptiu i formal per part de l'Administració de les Illes Balears.

s'arribàs a acreditar que aquesta no-protecció/no-reconeixement implicàs una «espoliació encoberta». I per evitar-ho, com a mínim, l'Estat pot en virtut de la nova Llei incloure aqueixos béns en la Llista de béns immaterials en perill, i així tractar de protegir-los; cosa rara o poc probable que passàs i que l'Estat fes, però jurídicament possible en virtut d'aquesta Llei. De tal manera que cal aprofitar totes les possibilitats/consideracions que fa la Llei, que són moltes.³⁰

La plasmació final en el sentit que amb aquesta LSPCI, bastant ha canviat (a millor i que això ha de tenir repercussions favorables, en tots els ordres, a les Balears) a nivell legislatiu, i que el concepte —reduït o «estàtic»— de patrimoni històric a què se referia la ja citada LPHE s'ha ampliat a un de «dinàmic» i més exigent, en el marc de la Convenció, la tenim en la DF 1a en el sentit que s'ha afegit el següent incís final a l'apartat 2 de l'art. 1 LPHE, del patrimoni històric espanyol: «Així mateix, formen part del patrimoni històric espanyol els béns que integrin el patrimoni cultural immaterial, de conformitat amb el que estableixi la seva legislació especial».

I tot això, òbviament, té una especial concreció i força vinculant a l'hora de protegir, com a riquesa cultural immaterial, els diversos béns d'interès cultural immaterial de caràcter individual i de caràcter col·lectiu de què són titulars les illes, sense perjudici de les proteccions addicionals que aquests béns puguin rebre en la seua materialitat «corpòria», si n'era el cas (per exemple, a propòsit de les obres de replega de cultura popular i/o etnogràfica o estrictament literàries, inclosos els seus diversos valors, que n'hi hagi).

La demostració que el factor «patrimoni cultural immaterial» ja s'ha incorporat, de ple, al nostre ordenament jurídic, i amplia a les totes el vell i vetust concepte de patrimoni històric, per un concepte global de «patrimoni cultural», la tenim en la DF 5a LSPCI, que obliga a elaborar un text refós de la LPHE i de la LSPCI (i d'altres normes amb rang legal que tractin aquestes qüestions), la qual cosa facilitarà l'aplicació d'aquesta normativa.

Doncs bé, com ja vàrem dir al començament, la DF 3a LPHIB conté una remissió explícita a la citada LPHE, en el sentit que «[e]n tot allò no previst en aquesta llei, serà

³⁰ És el cas dels següents preceptes: art. 6, sobre la «Transmissió, difusió i promoció» del patrimoni cultural immaterial; art. 7, sobre «Mesures de caràcter educatiu»; art. 8, sobre «Mesures d'informació i sensibilització», i art. 10, sobre la «Comunicació cultural entre administracions públiques» on fa referència al «Pla nacional de salvaguarda del patrimoni cultural immaterial», tot havent-se de dictar un de nou en el termini de tres anys, des de l'entrada en vigor de la Llei, segons la disposició transitòria única i, mentre tant s'aplicarà el Pla nacional aprovat pel Ministeri de Cultura l'any 2011, que ja hem esmentat.

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

d'aplicació la Llei 16/1985, de 25 de juny, *del patrimonio histórico español*, de tal manera que com que resulta que la mateixa LPHE ha ampliat el seu objecte, per protegir, més i millor, més béns, en aquest cas, els del patrimoni cultural immaterial, també la LPHIB ha ampliat el seu objecte, amb tot el que representa, de positiu, la nova LSPCI, incloses totes les seues afirmacions i tècniques de protecció.

Això és molt rellevant a les Balears i, si bé, tal volta ha passat desapercebut l'anterior, es tractà d'una actuació correcta la que es va fer amb aqueixa remissió i, pel que fa al fons, ara es tracta de dret aplicable directament que amplia l'objecte dels béns a protegir (les definicions) i la manera de fer-ho.

XII. La realitat actual, més propera

L'any 2016 es tramitaren, en paral·lel, als quatre consells insulars els respectius expedients sobre incoació, per ser declarat BIC immaterial, del treball o tècnica de «la pedra en sec». El valor d'aquesta tècnica és extraordinari, amb particularitats a cada territori. Està relacionat amb el respectiu dret consuetudinari o tradicional i, per damunt de qualsevol altra referència, amb l'etnografia, el paisatge i la cultura dels pobles illencs, i per aquest motiu últimament està rebent la màxima protecció patrimonial possible com a bé material i també com a bé immaterial.³¹

³¹ Així es deriva dels corresponents acords adoptats, pels consells insulars, de la manera següent, i per aquest ordre cronològic:

1. Formentera, com a pionera en tota la comunitat autònoma, en virtut de l'Acord del Ple del Consell insular de 27 de maig de 2016, sobre «Proposta d'adhesió a la candidatura internacional de la “pedra en sec” per a formar part de la llista representativa del Patrimoni Cultural Immaterial de la Humanitat (UNESCO)»; així com l'Acord de l'esmentat Consell insular, de la mateixa data d'«Incoació de l'expedient per a declarar Bé d'Interès Cultural Immaterial la tècnica tradicional de construcció amb pedra seca» (BOIB de 4 de juny de 2016).
2. Menorca, en virtut de l'Acord del Consell Executiu del Consell Insular de 18 de juliol de 2016 (BOIB de 20 d'agost de 2016) d'«Incoació de l'expedient de declaració de Bé d'Interès Cultural Immaterial de la tècnica de la pedra seca».
3. Mallorca, en virtut de l'Acord de la Comissió Insular de Patrimoni Històric de Mallorca, de 26 de juliol de 2016, sobre «Incoació de la declaració com a Bé d'Interès Cultural immaterial de la tècnica tradicional de construcció amb pedra seca» (BOIB de 6 de setembre de 2016). En aqueix sentit, es destaca com antecedent l'Acord del Ple del Consell Insular de Mallorca, d'aprovació

Aquestos quatre expedients paral·lels acrediten la impossibilitat jurídica manifesta que el Govern de les Illes Balears pugui declarar cap mena de BICs, sense perjudici, com és el cas, que doni suport tècnic, o coordini les actuacions. Però això evidencia que la competència és *in totum* dels quatre consells insulars, si bé en aquest cas es preveu formular una petició a la UNESCO com a candidatura internacional de la «pedra en sec» per a formar part de la llista representativa del Patrimoni Cultural Immaterial de la Humanitat, en coordinació de les quatre illes, dirigida pel Govern de les Illes Balears i el Ministeri d'Educació, Cultura i Esport, i a presentar amb altres països de la Mediterrània, com ara Grècia i Xipre.

Per això, consideram que l'apartat 3 de l'art. 40³² de la Llei 5/2013, d'1 d'octubre, audiovisual de les Illes Balears (precepte intitulat «Filmoteca de les Illes Balears») contradiu l'EAIB d'acord amb les al·legacions que el Consell Insular de Formentera va formular i que no varen ser acceptades i que posaven de manifest que a les Balears no n'hi ha «béns d'interès cultural autònom» pròpiament dits, i que el legislador es basava en un text d'altres comunitats autònomes que no tenen la particularitat dels consells insulars.

En canvi sí que hi ha béns d'interès cultural insular «i insularitzats», declarats per cada consell insular, sense perjudici que el Govern de la Comunitat Autònoma, a través de la conselleria competent, pugui sol·licitar al respectiu consell insular, la declaració com a BIC d'aquelles obres audiovisuals o material filmic de marcat interès artístic, històric o cultural per a l'illa respectiva.

I, en idèntic sentit, la interpretació que cal fer de la Llei 3/2015, de 23 de març, per la qual es regula el consum cultural i el mecenatge cultural, científic i de desenvolupament tecnològic, i s'estableixen mesures tributàries, sense perjudici de la intervenció del Govern de les Illes Balears, és la de la «necessària interiorització» amb relació a cada consell insular i la seua intervenció, i no una forma d'assumpció incorrecta de competències dels consells insulars.

definitiva del «Pla especial d'ordenació i protecció de la Ruta de la Pedra en Sec» (PERPS), de 21 de maig de 2015 (BOIB de 25 de juny de 2015).

4. Eivissa, en virtut de l'Acord de la Comissió Insular d'Ordenació del Territori, Urbanisme i Patrimoni Historicoartístic —CIOTUPHA— d'Eivissa, dependent del seu Consell Insular, de 13 d'octubre de 2016 (BOIB de 6 de desembre de 2016).

³² L'apartat 3 de l'art. 40 diu: «3. Correspon a la conselleria competent en matèria audiovisual sol·licitar, d'ofici o a instància de part, la declaració d'aquelles obres audiovisuals o material filmic de marcat interès artístic, històric o cultural com a béns d'interès cultural autònom o nacional, si escau».

XIII. D'altres vies per a la protecció de la cultura popular i tradicional

No podem deixar de citar l'existència de tot un seguit de normes que evidencien la protecció de la cultura popular i tradicional a cadascuna de les illes i que impliquen altres possibilitats més enllà d'un enfocament patrimonialista o culturalista i que ofereixen altres enfocaments distints; fins i tot des d'un punt de vista ambiental i/o territorial i/o urbanístic, però amb una visió global de la respectiva realitat insular.

És el cas de diversos supòsits de protecció *ad hoc* de determinats immobles que impedeixen la seua demolició en funció de valors equivalents als històrics, però inclosos en altres normes, com per exemple, en la Llei 1/1991, de 30 de gener, d'espais naturals i de règim urbanístic de les àrees d'especial protecció de les Illes Balears (LEN), ja des de 1991, a propòsit de les edificacions amb valor arquitectònic i exemples d'arquitectura tradicional situades en les zones de sòl rústic protegit a què es refereix aquesta llei (AANP, ANEI i ARIP).

Volem deixar constància que en aquesta comunitat autònoma manca, en l'àmbit de la legislació de patrimoni històric (i de cultura popular i tradicional) una normativa d'ultra-protecció dels BICs a la vegada declarats béns integrants del Patrimoni Mundial per la UNESCO, com per exemple, i des de desembre de 1999 (pioners del conjunt de l'arxipèlag), a Eivissa i Formentera, l'acròpoli de Dalt Vila (el nucli antic de la ciutat d'Eivissa), les praderies de posidònia oceànica entre les illes d'Eivissa i Formentera, la necròpoli feniciopúnica des Puig des Molins (en la ciutat d'Eivissa) i l'assentament fenici de Sa Caleta (a Sant Josep de sa Talaia), exemples d'elements del Patrimoni de la Humanitat, terrestres i marins, com a mostra de «biodiversitat i cultura».³³ Això és el que haurà d'ocórrer, al nostre parer, el dia en què el conjunt de la riquesa arqueològica de Menorca —la riquesa talaiòtica— com a candidatura per a la seua consideració com a Patrimoni Mundial, rebí aquesta merescuda protecció singular per part de la UNESCO. Sens dubte, tot això haurà de tenir repercussió en la legislació de patrimoni històric i de cultura popular i tradicional, amb algun tipus de referència específica d'especial protecció, i no merament retòrica, sinó efectiva i certa. I més quan resulta que la Sibil·la (any 2010) ha rebut la més alta consideració per part de la UNESCO, el mateix que va ocórrer amb la Serra de Tramuntana, també de Mallorca (any 2011), com a Paisatge Cultural, dins del Patrimoni Mundial protegit.

³³ Amb tot, en el Pla Territorial Insular d'Eivissa i Formentera, de 2005, sí que se'ls va donar una protecció *ad hoc* específica i superior.

També podem apreciar, en fi, aqueixa idea de protecció de la cultura popular i tradicional amb una llei molt específica, i singularíssima per a l'illa de Menorca: és el cas de la Llei 13/2000, de 21 de desembre, del «Camí de Cavalls» de Menorca, fruit de la iniciativa legislativa efectuada l'any 1999 (legislatura 1999-2003), per part del Consell Insular de Menorca davant el Parlament de les Illes Balears amb la «Proposició de llei reguladora del Camí de Cavalls de Menorca» (exemple de vial de pas públic per tot el litoral d'aquella illa, segons servitud immemorial), que finalment va fructificar, tot resultant que, entre d'altres qüestions, el Consell Insular de Menorca, en la seua iniciativa legislativa es va referir, com a fonament del text, també al dret civil propi de cadascuna de les Illes, la qual cosa acredita una territorialització evident i una interiorització clara del fet civil a cadascuna de les illes que formen l'arxipèlag. La Llei finalment aprovada declara el «Camí de Cavalls» explícitament «com una realitat històrica i cultural del poble de Menorca».

La relació entre la cultura popular i tradicional a Eivissa i Formentera i el dret civil autòcton o privatiu es posa de manifest amb l'anomenat «Consell Assessor per al Manteniment, la Conservació i la Defensa del Dret Foral d'Eivissa i Formentera», en virtut de l'Acord unànim del Ple de Consell Insular d'Eivissa i Formentera, de dia 27 de novembre de 1998. Des de la creació del Consell Insular de Formentera, les funcions d'aqueix Consell assessor les duu a terme l'actual «Consell Assessor de Dret Civil propi d'Eivissa i Formentera» (segons Acord del Ple del Consell Insular d'Eivissa de 30 d'abril de 2010), un òrgan consultiu dependent del Consell Insular d'Eivissa però amb representació del Consell Insular de Formentera, per tractar-se d'un dret comú a les dos illes.³⁴

Fins i tot aqueixa protecció del fet cultural s'aprecia, respecte a Eivissa i Formentera (dins la legislació balear), quan aquesta darrera té en compte «degudament» la realitat dels hàbitats rurals i l'escala territorial específica de les Pitiüses, completament distinta de l'escala territorial mallorquina i menorquina, com evidencien, per exemple aquestes dos lleis: la Llei 7/1992, de 23 de desembre, de modificació de determinats articles de la citada

³⁴ Sobre la defensa del dret civil propi d'Eivissa i Formentera i la tradició jurídica autòctona, amb una perspectiva de Formentera, els nostres articles: «Des de Formentera, la lluita per la protecció i defensa del Dret Civil de les Pitiüses», impartit com a conferència el 18 de març de 2015, amb motiu de les *Jornades d'Estudis Locals*, dedicades a D. Joan Marí Cardona. V ed. Formentera: Consell Insular de Formentera, 2015, i «*Els prohoms*: continuació d'una institució medieval vigent a l'actualitat. L'exemple d'Eivissa i d'altres territoris vesins de l'arc mediterrani». *XVI Jornades de cultura popular de les Pitiüses, dedicades als Prohoms, homes bons*. Eivissa: Federació de Colles de Ball i Cultura Popular d'Eivissa i Formentera, 2016.

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

LEN, modificada l'any 2003 i la Llei 11/2005, de 7 de desembre, de mesures específiques i tributàries per a les illes d'Eivissa i Formentera, en matèria d'ordenació territorial, urbanisme i turisme.

XIV. Una valoració crítica final

Finalment, i a mode de reflexió, ens demanam si és possible defensar, per a unes societats posturístiques, una tradició cultural popular preturística a les illes.

En parlar de la tradició cultural de les quatre illes, amb les particularitats a la volta, de les Pitiüses entre si, ens referim a una tradició moderna però basada, sobretot, en el paradigma cultural no turístic, però no de la totalitat de la població que hi resideix. En efecte, moltes de les coses que hem citat es refereixen al món de l'imaginari preturístic però no a l'actual amb una població variadíssima i d'abast planetari, molta de la qual, com és més que palès, difícilment s'hi integra (l'exemple més rotund i incontestable és, al conjunt de l'arxipèlag, el de l'illa d'Eivissa).

A més, tot i que correspongui lloar la tradició pròpia de les illes i aquesta estiga tenyida de record del passat i de veneració de l'ídiocràtic (i s'expressi en el respectiu català insular), i en contacte amb la «foravila» i «les coses nostrades», a Mallorca, i amb la «pagesia» a Menorca i a les Pitiüses, resulta que, per exemple, l'economia d'Eivissa i de Formentera està majoritàriament basada en el turisme.

Per això, i centrant-nos en l'exemple d'Eivissa (i en menor grau a Formentera), a ningú se li escapa la superposició de diversos «móns» i cultures que explicita una destinació de primer ordre a nivell mundial, un empori economicoturístic, en tots els sentits; una marca («IBIZA» o les seues inicials «IBZ»), més que un territori; la cultura de la nit, la diversió i la festa i la disbauxa de l'estiu; les discoteques de fama internacional i tot el que això comporta; els *beach clubs*, a la vora de les platges; els *clubbers*, i el tipus de turisme que implica; les *party boats*, o festes nàutiques en vaixells; inclosa la gent relacionada amb tot això, i la cultura —o cultures— que aquesta gent té per pròpia.³⁵ Tot plegat es troba a anys llum del que significa la tradició cultural pitiüsa.

³⁵ Sobre aquesta qüestió i quant a Mallorca, vegeu el nostre llibre *Derecho Balear, inmigración y Turismo de Masas en Calvià*, volum núm. 4 de la Col·lecció «Valldargent». Calvià: Ajuntament de Calvià, Mallorca, 1998. Treball que rebé un Accèssit en el *Premi d'Investigació Rei en Jaume 1997* (Calvià, Mallorca).

Per aquesta raó és molt difícil pretendre —tal volta, per a alguns, serà una feina titànica i per a d'altres serà una *contradictio in terminis* irresoluble— salvar «tota» una idiosincràsia basada en una tradició cultural dins una societat que inclou, a l'interior, multitud de societats a la volta, i ha deixat de ser tradicional, i allò pretesament tradicional (que podríem anomenar «neopagesisme» o equivalent pitíus, per entendre'ns) no seria més que un estrat en el qual «s'està», però que ja no és un estrat del que «es viu» i «s'hi viu», o només ho és d'una manera molt limitada, i en un sector poblacional petitíssim.

En conseqüència, resulta molt difícil mantenir i respectar la tradició cultural com si es tractàs d'una societat no turística, en el si d'una societat que ha esdevingut eminentment turística, on la base física i mental (la cosmovisió) és, per complet, dins un segment significatiu de la població, una altra.

També a Formentera aqueixes qüestions estan tenint prou repercussió. L'illa ha experimentat un augment continuat de la població resident i una pluralitat social manifesta que inclou segments de població molt significatius, com ara els de nacionalitat italiana, que ja s'està assentant a l'illa. També un desenvolupament socioeconòmic de caire turístic «a» l'illa i «de» l'illa cada vegada més notori i d'envergadura, sent més coneguda i visitada que mai, per exemple, per població de tots els territoris de parla catalana, molta de la qual també acaba assentant-se definitivament a l'illa, amb totes les repercussions que això comporta fent que l'illa «més aïllada» de tot l'arxipèlag, ho hagi deixat de ser, almenys alguns mesos de l'any.

Com a feina de síntesi i nexa d'unió entre totes aquestes diferents variables, consideram que és ben possible, des de la modernitat, recuperar/revitalitzar plenament la cultura popular i tradicional de les illes, a partir de la llengua en què s'hi expressa, des d'una concepció de respecte al que significa ser *la pròpia* del territori. Ajudaria plenament a aconseguir-ho comptar amb una refosa i actualització de tota la legislació que hem esmentat: la LPHIB de 1998 i la LCPT de 2002, tot tenint en compte, a la volta, la Convenció internacional de 2003 i la LSPCI, ja citades (i l'EAIB), en un únic text legal, complet i aplicable a les Balears, com a Galícia s'ha fet amb la Llei 5/2016, de 4 de maig, del patrimoni cultural.

En particular, aqueixa recuperació seria possible, des del respecte a la diversitat de tradicions i persones, en un món globalitzat, ja que la cultura autòctona hi era abans que les altres i és la que dóna sentit «i nervi» a tot, i posseeix les eines per enfocar el futur.

Només així, s'estarà fent realitat la regla jurídica i moral contemplada en la Constitució *Gaudium et Spes* (*Sobre l'Església en el Món actual*) del Concili Vaticà II, a propòsit del fet cultural autòcton a cadascuna de les Illes Balears, i de la protecció autèntica de tota la seua

La protecció de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears (i Pitiüses)...

riquesa cultural i humana *ad intram*, així com de la interpretació fidel i veritable d'aqueixa protecció, com a plasmació d'un valor universal del dret, quan diu el següent, al punt 54:

«I així poc a poc, es va gestant una forma més universal de cultura, que tant més promou i expressa la unitat del gènere humà, quan millor sap respectar les particularitats de les diverses cultures».

És obligat, doncs, el respecte «a» i «de» totes les particularitats de les diverses cultures il·lenques, entre si, les unes amb les altres; així com també és obligat el respecte d'aquelles pels que hi arriben a les Illes i, amb la vida, les acaben fent seues plenament.

XV. Bibliografia

BASSOLS TERRÉS, J. M. *El llegat de les Pitiüses*. Gravació televisiva en imatge i so (26 capítols). RTVE. Emissió: anys 2000 i 2001. En català: circuit territorial de TVE a Balears. En castellà: emissió estatal de TVE.

BLASCO ESTEVE, A. (dir.). *Comentaris a l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears*. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2008. A aquesta obra:

- OLLERS VIVES, P. «Comentaris a l'article 18 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears», p. 195-211.

CAMPS, A. «La catalogació dels béns que integren el patrimoni etnològic com a eina bàsica per conservar-lo». *Jornades sobre els 15 anys de la reserva de biosfera de Menorca*. Maó: Institut Menorquí d'Estudis, 2008, p. 413-419.

Diversos autors. *Comentaris a la Llei del Patrimoni Històric de les Illes Balears*. Palma: Institut d'Estudis Autòmic, 2003. Col·lecció *L'Esperit de les Lleis*; 2. A aquesta obra:

- FERNÁNDEZ-VENTURA ÁLVAREZ, J. V. «El règim de protecció dels denominats paratges pintorescs», p. 201-222.
- NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. «Els patrimonis especials», p. 161-200.

LLODRÀ GRIMALT, F. «La protecció jurídica de la cultura popular i tradicional a les Illes Balears». *II Jornades d'estudis locals de Manacor. Llengua, literatura i cultura popular*. Manacor, 2002, p. 369-380.

- «La protección jurídica de los conocimientos tradicionales». *Ecosostenible*, núm. 17 (2006), p. 39-51.

NARRIA. *Estudios de artes y costumbres populares*, núm. 101-104 (2003), dedicat a Eivissa i Formentera; núm. 109-112 (2005), dedicat a Menorca, i núm. 113-116 (2006), dedicat a Mallorca.

NAVARRO SÁNCHEZ, Á. C. *Derecho Balear, inmigración y Turismo de Masas en Calvià*. Calvià: Ajuntament de Calvià, 1998. Col·lecció *Valldargent*; 4. Àccessit en el *Premi d'Investigació Rei en Jaume* 1997 (Calvià, Mallorca).

- «La protecció jurídica de la cultura popular i tradicional de les Pitiüses». *III Jornades sobre cultura popular de les Pitiüses. Es vestir antic. Imatges d'ahir*. Eivissa: Federació de Colles de Ball i Cultura Popular d'Eivissa i Formentera, març de 2004, p. 35-77.
- «La protección jurídica de la cultura popular y tradicional. El ejemplo de las islas de Eivissa y Formentera». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 3 (febrer de 2004), p. 427-446.
- «Des de Formentera, la lluita per la protecció i defensa del Dret Civil de les Pitiüses». *Jornades d'Estudis Locals*, dedicades a D. Joan Marí Cardona. V ed. Formentera: Consell Insular de Formentera, 2015. En premsa.
- «*Els prohoms*: continuació d'una institució medieval vigent a l'actualitat. L'exemple d'Eivissa i d'altres territoris vesins de l'arc mediterrani». *XVI Jornades de cultura popular de les Pitiüses*, dedicades als *Prohoms, homes bons*. Eivissa: Federació de Colles de Ball i Cultura Popular d'Eivissa i Formentera, 2016, p. 19-100. Eivissa, 2017.

SANSANO COSTA, L. (2015). «Josep Maria Bassols, el documentalista de l'Eivissa tradicional», homenatge pòstum a J. M. Bassols (1930-2015). *Diario de Ibiza*, 17 de juliol de 2015.

rjib15

COMENTARIS I NOTES

REFLEXIONES SOBRE EL *CHILD GROOMING*. A
PROPÓSITO DEL LIBRO «EL DELITO DE
ONLINE CHILD GROOMING O PROPUESTA
SEXUAL TELEMÁTICA A MENORES»

María Isabel Montserrat Sánchez-Escribano

Profesora Ayudante de Derecho Penal

Universitat de les Illes Balears

**I. Introducción. II. Concepto y naturaleza del *child grooming*. III. Análisis
criminológico y victimológico. IV. Política criminal. V. Normativa internacional.
VI. Normativa comparada. VII. Normativa española. VIII. Bibliografía.**

I. Introducción

En la actualidad, uno de los principales focos de preocupación de la ciudadanía y de los poderes públicos lo constituye el hecho de que los menores puedan ser víctimas de delitos a través de Internet y, todavía en mayor medida, a través de las redes sociales. Las dos razones fundamentales de esta creencia, fundada o no, se basan en su supuesta vulnerabilidad ante las nuevas tecnologías y en el hecho de que, si ya en general Internet facilita enormemente la comisión de ilícitos penales, aun más lo hace en relación con tan «inocentes» e «ignorantes» víctimas. Desde esta perspectiva, la Red es concebida como un posible agente victimizador de los menores en distintos ámbitos de riesgo entre los que, sin duda, destacan los delitos sexuales. En este sentido, el libro cuyo comentario hoy me ocupa, *El delito de online child grooming o propuesta sexual telemática a menores* de Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, que, con el número 109, forma parte de la clásica «Colección los delitos» de la Editorial Tirant lo Blanch, versa sobre uno de los temas que, al respecto, más interés está suscitando en estos momentos tanto a nivel supranacional como nacional: el *child grooming*, esto es, la propuesta de encuentro realizada por parte de un adulto a un menor de edad con la finalidad de cometer contra él un delito de naturaleza sexual, conducta castigada, conforme a la redacción del Código Penal vigente (modificado recientemente por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo), en el art. 183 *ter*. Este estudio congrega los principales aportes de la autora en relación con esta temática, viéndose, a su vez, complementado por dos artículos más: el primero, «Nuevas tecnologías y victimización de menores por *online grooming*», publicado en 2016 en la *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología* y, el segundo, «Propuesta sexual telemática a menores u “online child grooming”: configuración presente del delito y perspectivas de modificación», antecedente cronológico del libro referido, publicado en la *Revista Estudios Penales y Criminológicos* en el año 2014.

Como notas relacionadas con el trabajo en su conjunto, creo que deben reseñarse su elevada calidad técnica, su perfil omnicomprendivo en lo que se refiere al campo de las Ciencias Penales, su rigurosidad y, en especial, el interés que suscita, a mi juicio, la visión crítica que la autora ofrece de la normativa española, aspectos todos ellos en perfecta armonía y coherencia con los anteriores (y posteriores) trabajos de la profesora VILLACAMPA ESTIARTE. De todas las características mencionadas, merece la pena detenerse ahora en la segunda de ellas, pues las restantes podrá constatarlas por sí mismo el lector si decide leer el libro, algo a mi juicio indispensable y no sólo recomendable si desea profundizar en el análisis de este delito. Pues bien, como venía diciendo, se hace necesario en este momento

ahondar en por qué resulta digno de mención el tratamiento global que del fenómeno realiza la autora. La respuesta es fácil: se trata de uno de los pocos libros que, en el marco de las Ciencias Penales, ofrece un enfoque criminológico y victimológico —incluso, más bien, victimocéntrico— del objeto de estudio.

La idea apuntada tiene un reflejo claro en la estructura del libro, que consta de seis Capítulos organizados del siguiente modo: el primero está dedicado a la conceptualización del *child grooming*, muy conflictiva en la doctrina; el segundo, contiene el análisis criminológico y victimológico referido; el tercero, analiza la política criminal imperante en la materia; y los capítulos cuatro a seis examinan la tipificación del delito desde las perspectivas internacional, comparada y nacional, respectivamente. Me parece adecuado mantener esta estructuración del contenido como hilo conductor del presente comentario.

II. Concepto y naturaleza del *child grooming*

El primer Capítulo trata, tal y como he adelantado, sobre el concepto de *child grooming* que, como muy bien señala la autora, no se halla uniformemente determinado ni jurídicamente formulado en la doctrina y la jurisprudencia (pág. 19), ello debido a la difícil aprehensibilidad del fenómeno así como al hecho de que éste está integrado por actividades que en sí mismas son inocuas pero que se convierten en ilícitas por su finalidad maliciosa (pág. 25).

La cuestión terminológica, habitualmente carente de cualquier trascendencia más allá de la mera identificación del fenómeno (que suele recibir, además, varias denominaciones), cobra en este caso especial relevancia en tanto en cuanto las denominaciones existentes permiten vislumbrar la divergente naturaleza que los variados autores atribuyen al fenómeno. Esta distinta naturaleza no sólo justifica la extensa referencia de la autora a la significación de los términos utilizados para conceptuar este hecho delictivo, sino que, además, le permite definirlo y caracterizarlo avanzando al lector la base sobre la que serán contruidos los Capítulos posteriores.

Así pues, teniendo en cuenta que las muy variadas denominaciones y definiciones del *child grooming* pueden ser aglutinadas en tres grandes grupos (las que consideran que es una forma de acoso, las que ponen el acento en el aspecto cibernético del mismo y, finalmente, las que priorizan sobre cualquier otro elemento el componente sexual de la conducta), se decanta la autora por la que a mí también me parece la más acorde con la verdadera naturaleza, puramente sexual, de este fenómeno: la de *child grooming*. Comparto también las dos razones que utiliza para descartar las otras propuestas realizadas: en primer lugar, que se trate de una

forma de acoso, ello porque el *child grooming* no produce ninguna de las dos consecuencias que se derivan de éste, a saber, incidencia en el equilibrio emocional de la persona (acoso psicológico) y/o producción de sentimientos de humillación (acoso moral) (pág. 24); en segundo lugar, que conforme una forma de criminalidad exclusivamente vinculada al ámbito de Internet, pues, como más tarde demuestra la propia autora en el Capítulo II, muchos casos de *grooming* tienen lugar al margen de la Red (pág. 25).

A ellas añadiría, asimismo, dos motivos más (el segundo, reconozco, de menor peso) para optar por esta denominación y descartar cualquier otra. Y es que el término *grooming* (procedente del verbo *to groom* que significa preparar) refleja perfectamente la naturaleza de esta conducta, la cual pretende castigar un fenómeno de criminalización anticipada, esto es, la preparación de ciertos actos delictivos que el sujeto pretende cometer con posterioridad. Además, se trata de un término fácil y sencillo utilizado por la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y por la doctrina mayoritaria (RAMOS VÁZQUEZ, 2011, 9). Aunque he de decir que, personalmente, no soy amante de utilizar anglicismos para calificar hechos o actos que perfectamente podemos describir en castellano, no puedo negar o dejar de reconocer que la simplicidad y facilidad con que en inglés es posible definir determinados delitos conduce habitualmente a una generalizada incorporación del correspondiente anglicismo en nuestra lengua.

Sobre la base de la denominación anterior, la autora atribuye al *child grooming* una naturaleza puramente sexual —no vinculada ni al acoso ni ceñida exclusivamente al ámbito de Internet— afirmando que, en realidad, acontece en forma de seducción (utiliza esta misma expresión DOLZ LAGO, 2016, 14-15), siendo la esencia del fenómeno el proceso conducente a ganarse la confianza del menor con el fin de obtener el control sobre el mismo y así lograr tener acceso sexual a él (pág. 28), caracterización por la que, en definitiva, también se decanta la jurisprudencia (véase, por ejemplo, la STS 97/2015, de 24 de febrero). De esta forma, el *child grooming* sería el proceso con el que se inicia el ciclo de abuso sexual y no sólo eso, sino que, yendo más allá, llegaría a constituir un papel integral de todo el proceso del abuso (pág. 28).

Sin descartar que ello sea así, aunque el *child grooming* es, también desde mi punto de vista, un acto preparatorio de un delito contra la indemnidad sexual y, en este sentido, su naturaleza es evidentemente sexual, no comparto el cariz psicológico que la autora le atribuye, es decir, creo que el agresor crea una relación emocional pero no considero que en el ámbito penal ésta deba centrarse en la adquisición de algún género de control sobre el menor. Aunque es verdad que el *grooming* consiste frecuentemente en una relación de confianza o amistad que, posteriormente, deriva en un vínculo más intenso de seducción o

Reflexiones sobre el child grooming...

enamoramiento, ello no tiene por qué ser siempre así. Así pues, si el *groomer* envía un primer y único mensaje con una propuesta sexual al menor y éste lo contesta, aceptándola y quedando con él, no existirá tal control pero cabe interpretar esta conducta como *child grooming* a los efectos del art. 183 *ter* 1 del Código Penal español. Igualmente, si se producen todos los actos constitutivos de *grooming* pero el menor no acude al encuentro, el delito está consumado porque se habrán producido las tres acciones que el tipo exige y que comentaré posteriormente (a favor, TAMARIT SUMALLA, 2016, 354, GÓRRIZ ROYO, 2016, 23; en contra de lo que opina la autora en la pág. 32; DÍAZ CORTÉS, 2011, 18).

Aun a pesar de que opine de este modo, es cierto que en la mayor parte de los supuestos la conducta consiste en un proceso de socialización durante el cual un adulto interactúa con un menor en orden a prepararlo para el abuso sexual (pág. 32) y, desde esta perspectiva, me parece interesantísimo que la autora recurra al ámbito extrapenal para explicar, siguiendo a O'CONNELL, cómo se produce el proceso del *child grooming* y las fases que marcan su desarrollo (págs. 33-35):

- a) Fase de establecimiento de amistad, en la que el ofensor conoce al niño;
- b) Fase de conformación de la relación, en la que se convierte en su mejor amigo e inicia conversaciones relacionadas con su vida;
- c) Fase de valoración del riesgo, en la que intenta obtener información acerca de las posibilidades de riesgo de su conducta;
- d) Fase de exclusividad, en la que la conversación se torna más personal o privada y el niño es incitado a revelar problemas personales; y
- e) Fase sexual, en la que el adulto conduce la conversación hacia el terreno sexual, al principio de forma implícita pero progresivamente derivando en intercambios explícitos focalizados en actos sexuales potenciales.

III. Análisis criminológico y victimológico

El Capítulo II contiene el análisis criminológico y victimológico del fenómeno, presentando en este sentido la autora datos sobre la prevalencia del *child grooming* en Estados Unidos, en el ámbito europeo y, finalmente, en la Comunidad de Madrid, una de las pocas en las que se ha llevado a cabo un trabajo con este cariz.

Lo primero que pone de relieve es que el *child grooming* no conforma un fenómeno naturalmente cibernético, sino que los estudios demuestran que, en realidad, el mayor número de propuestas sexuales a menores se producen de forma presencial, ya sea dentro o fuera del

ámbito familiar, y que el número de propuestas telemáticas ha descendido durante los últimos años si se comparan con las producidas *offline*, algo, por cierto contrario a la prevalencia percibida por los padres, que es precisamente la inversa (pág. 40). A tal efecto, resalta que la importancia de este delito ha sido magnificada por los medios de comunicación y por determinados grupos de presión que se han centrado en la conformación de un estereotipo de pedófilo que emplea la Red para contactar con sus víctimas (pág. 37).

Lo cierto es que, a pesar de que ello sea así, debe reconocerse que, como indica RAMOS VÁZQUEZ, el trinomio menores, sexo e Internet plantea numerosos problemas (2015c, 436) y que la Red ofrece numerosas facilidades para que los delincuentes sexuales entren en contacto con los menores (pág. 40), siendo especialmente las redes sociales, muy utilizadas por éstos, los contextos *online* en los que se producen la mayor parte de solicitudes sexuales (pág. 42). Por este motivo, me parece especialmente reseñable que VILLACAMPA ESTIARTE tampoco soslaye que se trata de un espacio en cuyo marco pueden acechar peligros para los niños y adolescentes usuarios (pág. 44) y que, a tal efecto, evalúe tales riesgos identificando así las características de la Red de las que éstos se derivan (págs. 46 - 50). Los distintos caracteres que presenta pueden ser, en mi opinión, clasificados en dos grupos: por una parte, los que se refieren a Internet como medio o instrumento tecnológico (su carácter universal, *low cost*, ilimitado, dinámico, base de la comunicación personal desconectada y cimentado en la ubicuidad) y, por otra parte, los que están vinculados al propio contenido de la Red, es decir, la información (es una tecnología conductora de información en la que ésta en ocasiones puede ser asimétrica y/o irreal).

Asimismo, recogiendo datos del Proyecto *EU Kids Online*, añade la autora que los menores tienen más dificultades que los adultos para identificar conductas arriesgadas y que, en ocasiones, ellos mismos se pueden colocar en situaciones que pueden conducir a su propia victimización al revelar de forma insegura información personal, adoptar un comportamiento sexual arriesgado en Internet, ser víctimas de *cyberbullying* o ciberamenazas, pertenecer a comunidades peligrosas como las redes sociales (págs. 51-52), visualizar pornografía infantil o contenido violento u odioso a través de la Red (pág. 62) y/o, especialmente en el caso de España, según un estudio realizado por investigadores de la Universidad del País Vasco, al tener contacto *online* con personas desconocidas.

Tras la evaluación de las características de riesgo de la Red y de las conductas arriesgadas que pueden adoptar los menores en ella, la profesora VILLACAMPA presenta una clasificación de los países en la que relaciona el uso que los menores hacen de Internet con el riesgo a que sean víctimas en la Red, situando en este caso a España entre los países con un uso escaso y un

riesgo moderado (págs. 63-64).¹ Acertada cuanto menos parece esta conclusión si se tienen en cuenta datos proporcionados por otros estudios (siempre con algunas excepciones), que indican cómo, entre los adolescentes españoles, de un 71% a un 82% disponen de ordenador con conexión a Internet e, incluso, se conectan a diario, pero la mayor parte de ellos se conecta menos de dos horas al día, un uso que, efectivamente, puede considerarse escaso (DÍAZ CORTÉS, 2011, 8-9).

Después de esta demarcación de los peligros de la Red, conforme a datos obtenidos de los resultados del proyecto *European Online Grooming Project*, realizado en el marco del *Safer Internet Plus Programme*, la autora diseña los contornos criminológicos y victimológicos del *groomer* y de las víctimas del *child grooming*, respectivamente:

- a) Por lo que al perfil criminológico del *groomer* se refiere (a las que dedica las págs. 67-75), explica que, lejos de lo que se pueda pensar, los *groomers* no responden al estereotipo de depredador *online* que promocionan los medios de comunicación y que, además, existen diferencias sustanciales entre los delincuentes sexuales *online* y los *offline*. Como corroboración de esto último, trae a colación dos estudios llevados a cabo en Estados Unidos y en el Reino Unido que coinciden en que los delincuentes *offline* abusan más de las drogas, tienen más antecedentes, consumen (en el estudio del Reino Unido, además, producen) mayor pornografía infantil y son más proclives al *grooming*. Seguidamente, con base en los resultados a los que llegó el *European Online Grooming Project*, identifica tres tipos de ofensores atendiendo a su comportamiento: los victimarios que buscan intimidad (*intimacy seeking*), que buscan una relación consentida; los ofensores de estilo adaptable (*adaptable style*), que no califican el encuentro como una relación; y los hipersexualizados (*hyper-sexualized*), que tienen extensas colecciones de pornografía infantil así como contactos *online* significativos con otros delincuentes sexuales y cuyo contacto con los jóvenes está elevadamente sexualizado y es tendente a deshumanizar a la gente joven.

¹ Los resultados que la autora presenta son los siguientes:

- a) Países con uso escaso y riesgo escaso: Austria, Francia, Bélgica, Alemania, Grecia, Italia y Hungría.
- b) Países con uso escaso y riesgo moderado: Irlanda, Portugal, España y Turquía.
- c) Países con uso elevado y riesgo moderado: Chipre, Finlandia, Holanda, Polonia, Eslovenia y Reino Unido.
- d) Países con uso y riesgo elevado: Bulgaria, República Checa, Dinamarca, Estonia, Lituania, Noruega, Rumanía y Suecia.

- b) En cuanto al aspecto victimológico, la autora recoge también datos del *European Online Grooming Project*, que divide a las víctimas en dos grupos sobre la base de un estudio extraído de los relatos de los propios ofensores (págs. 75-77):
 - b.1) Víctimas vulnerables, que sufren baja autoestima, soledad o incluso problemas psicológicos y tienen una elevada necesidad de atención y afecto como consecuencia de una difícil relación con sus padres o una compleja situación en sus hogares. Algunos estudios señalan, en este sentido, que a esta vulnerabilidad contribuye el bajo nivel educativo del menor (DÍAZ CORTÉS, 2011, 13).
 - b.2) Víctimas que asumen riesgos, esto es, jóvenes que observan un comportamiento desinhibido y en busca de aventuras.

IV. Política criminal

El Capítulo III analiza la política criminal imperante en la materia. A tal efecto, lo primero que pone de relieve la autora es que la incriminación del *child grooming* gira sobre la base de lo que se denomina *stranger danger*, una concepción que halla su origen en Norteamérica y que se ha introducido en los países occidentales a través de Reino Unido, debido al especial influjo que tiene la política criminal de aquel país en este último como consecuencia de diversos factores tales como la proximidad ideológica o la existencia de discursos políticos y lengua compartidos, hecho que ha llevado a un sector doctrinal incluso a defender la existencia de una armonización en los conceptos regulativos y en los marcos normativos adoptados por ambos países (pág. 94).

Explica, asimismo, la profesora VILLACAMPA que la figura del *stranger danger* se asienta sobre la errónea consideración del delincuente sexual como una persona aislada, con problemas de socialización, de perfil pedófilo y que emplea los mecanismos que los chats y, más contemporáneamente, las redes sociales ofrecen para contactar con víctimas inocentes, en la mayor parte de los supuestos haciéndose pasar también por adolescentes (pág. 87). Concluye que esta idea es, cuando menos parcialmente, fruto del pánico moral, habiéndose instalado un mito en la sociedad actual que ha conducido a la sobre-reacción de los centros de decisión legislativa frente a una amenaza que no se ha demostrado empíricamente que haya alcanzado los niveles de pandemia que se han pretendido (pág. 80). Dicho mito para la autora se concreta en cinco creencias infundadas:

Reflexiones sobre el child grooming...

- a) La atracción sexual hacia los niños constituye un problema en los países modernos y tecnológicamente avanzados (pág. 88).
- b) El abuso sexual a los niños a menudo es realizado por extraños, de manera que éstos donde realmente están protegidos es en casa (pág. 89).
- c) Abundando en la imagen de familia idealizada, se cree que el abuso infantil está menos generalizado en sociedades con estructuras familiares sólidas (pág. 89).
- d) La pedofilia se concibe como patología individual (pág. 91).
- e) Los niños constituyen víctimas inocentes (pág. 91).

A este respecto, la autora interpreta como corolario de lo anterior la imperancia de una política-criminal punitivista que conduce a la implementación de medidas cuya aplicación persiste aunque no funcionen, a la erosión de las libertades civiles, especialmente de los sospechosos y convictos y a lo que se ha identificado también en esta contienda como daños colaterales, entre los que destaca la posible revictimización de las mismas víctimas a quienes se pretendía proteger con semejante cruzada (pág. 107). Indica, además, que la política criminal comentada no sólo ha calado y ha tenido su traducción normativa en el Derecho interno de los Estados que han recibido tal influencia, sino que la misma ha alcanzado también a organismos internacionales y, sobre todo, europeos, que establecen requerimientos normativos que vinculan a los Estados parte. A estudiar cuáles son tales requerimientos dedica el siguiente Capítulo.

V. Normativa internacional

En el Capítulo IV la autora efectúa un análisis crítico-comparativo de carácter internacional y comunitario sobre las distintas normas que se han aprobado en la materia y que son, concretamente, el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, suscrito en Lanzarote el 25 de octubre de 2007 (y conocido como Convenio de Lanzarote), en vigor el 1 de julio de 2010 y que España ratificó el 1 de diciembre de ese mismo año, y la Directiva 2011/92/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (pág. 122). Ambas normas

propusieron por primera vez la incriminación de esta conducta en el art. 23² y el art. 6,³ respectivamente.

VILLACAMPA ESTIARTE destaca el hecho de que ambos textos efectúen una aproximación integral al fenómeno en la que la persecución del delito no sea la única prioridad y que aspectos como la prevención de este tipo de conductas y, sobre todo, la protección de la víctimas pasen a ocupar el lugar que merecen (pág. 123). Acto seguido, desgana como se traduce cada uno de estos aspectos en las normas comentadas:

- a) Prevención: respecto a la cual señala que el abordaje del fenómeno es ahora claramente victimocéntrico, adoptándose medidas de prevención primaria, como campañas de sensibilización dirigidas al público en general, programas y políticas públicas, y demás medidas de coordinación entre distintos organismos y autoridades especializadas; y medidas de prevención secundaria, tales como la formación de los profesionales, de las potenciales víctimas y de los ofensores. A ello añade que la Directiva recoge la necesidad de implantar medidas que tiendan a la disuasión de la demanda (págs. 127-131).

² «Artículo 23. Propositiones a niños con fines sexuales

Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el hecho de que un adulto, mediante las tecnologías de la información y la comunicación, proponga un encuentro a un niño que no haya alcanzado la edad fijada en aplicación del apartado 2 del artículo 18 con el propósito de cometer contra él cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al apartado 1.a del artículo 18 o al apartado 1.a) del artículo 20, cuando a dicha proposición le hayan seguido actos materiales conducentes a dicho encuentro.»

³ «Artículo 6. Embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos

1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas siguientes:

La propuesta por parte de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de encontrarse con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, con el fin de cometer una infracción contemplada en el artículo 3, apartado 4, y en el artículo 5, apartado 6, cuando tal propuesta haya ido acompañada de actos materiales encaminados al encuentro, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor.»

- b) Protección (págs. 131-138): en cuanto a las medidas de protección, indica que se prevén medidas para posibilitar la detección de las víctimas, medidas asistenciales para las víctimas y las personas próximas a las mismas.
- c) Derecho Penal: en este ámbito reseña que la garantía de la persecución de las conductas cuya sanción se propone en ambos instrumentos no se agota con la determinación de los comportamientos que deben incriminarse a nivel estatal, sino que se recogen tipos cualificados, estableciendo la sanción que resulta adecuada a las personas físicas que cometen tales delitos, garantizando que se haga responder por la comisión de los mismos a las personas jurídicas y disponiendo normas ampliatorias de la competencia de los Estados parte a delitos cometidos por sus nacionales o residentes legales contra sus nacionales allende de sus fronteras (págs. 138 y 139).

VI. Normativa comparada

El quinto Capítulo contiene un análisis de Derecho comparado, estudiando la normativa de Estados Unidos, país, como se ha indicado, pionero en la incriminación de este tipo de conductas, el Reino Unido, primer país europeo que tipificó el *child grooming*, en parte por la transferencia producida por la política norteamericana en parte por la ocurrencia de algunos casos mediáticos, y, de forma más breve, comenta las legislaciones de Escocia, Irlanda, Noruega, Holanda, Austria, Italia y Alemania. Llama la atención que la autora analice la legislación penal vigente en los países nórdicos y no en otros Estados de nuestro entorno como pueden ser Francia o Portugal. Sin duda, no es algo habitual estudiar la legislación noruega, escocesa, irlandesa o austríaca y sí resulta más corriente observar cómo han incriminado la conducta objeto de análisis Italia y Alemania. Considero, en este sentido, que la presentación de un panorama normativo tan amplio debe ser destacada.

VII. Normativa española

En el último Capítulo del Libro, el VI, VILLACAMPA ESTIARTE realiza un análisis crítico de la normativa española aprobada en la materia sobre la base de las consideraciones vertidas en los Capítulos precedentes. En él se contiene un exhaustivo examen hermenéutico del tipo, completado a su vez con una interesante y acertada visión crítica de las necesidades

de mejora del tipo penal que culminan en diversas propuestas de *lege ferenda*. Véase, a continuación, un comentario detallado de tales aspectos.

1. El delito de *child grooming* fue introducido en el Código Penal español por la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio,⁴ como consecuencia de la firma y ratificación del Convenio de Lanzarote y de la previsible aprobación de la Directiva 2011/92/UE. La Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo⁵ ha cambiado su ubicación sistemática y ha previsto algunos aspectos novedosos en el art. 183 *ter* 1, aunque no ha mejorado aspectos que la doctrina penal acertadamente había criticado (pág. 190). Concretamente, las modificaciones que ha llevado a cabo son las siguientes:
 - a) La edad de la víctima, que se ha elevado de 13 a 16 años; y
 - b) El fin o propósito perseguido por el autor (la comisión de determinados delitos), que ha pasado de efectuarse una remisión a los arts. 178 a 183 y 189, a una remisión más restringida de los delitos de los arts. 183 y 189.

⁴ «Artículo 183 bis

El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.»

⁵ «Artículo 183 *ter*

1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.»

2. En general, este delito no ha tenido muy buena acogida por la doctrina de nuestro país, que considera innecesaria la tipificación de esta conducta por considerarla una clara manifestación del Derecho Penal simbólico, un delito de sospecha o, incluso, un precepto falto de contenido real lesivo (pág. 166), ni tampoco en la jurisprudencia, donde han sido escasos los pronunciamientos al respecto, especialmente los condenatorios (pág. 165). Lo cierto es que, como evidencia VILLACAMPA ESTIARTE, aunque plegarse a disposiciones emanadas del contexto internacional no puede constituir un argumento incontestable para justificar la incriminación de conductas sin suficiente contenido lesivo, el establecimiento de obligaciones supranacionales de incriminación hace surgir la necesidad de efectuar las correspondientes adaptaciones de la normativa interna, que deben tener lugar sin excederse en el celo incriminador, sin olvidar los principios informadores del Derecho Penal ni las obligaciones de investigación acerca de la realidad social para efectuar una adecuada política criminal y sin cortocircuitar el ensayo de estrategias que, más allá de la criminalización de conductas, contribuyan a la prevención de los comportamientos lesivos en dicho ámbito (pág. 168).
Siendo así, como ella misma indica, no puede decirse que en nuestro país el legislador esté haciendo más de lo que dictan instancias supranacionales (pág. 168), sobre todo porque las Directivas comunitarias son directamente aplicables en los Estados miembros cuando no han sido transpuestas o lo han sido de forma incorrecta y, en el supuesto del Convenio, su grado de cumplimiento será observado directamente desde el Consejo de Europa, habida cuenta de que ya el propio Convenio prevé un mecanismo de seguimiento (pág. 122).
3. El Código Penal español castiga únicamente la modalidad de *child grooming* cometida a través de «cualquiera de las tecnologías de la información y comunicación», haciendo expresa alusión a Internet y al teléfono, de ahí que la autora (y un sector de la doctrina) se refiera al delito como *online child grooming* o propuesta sexual telemática. Se aduce al respecto que la referencia a la conexión *online* no alude tanto a un medio concreto por el que se comete *grooming*, sino más bien a que los cauces más usuales empleados para ello hacen uso de un servicio virtual para comunicarse e informarse (GÓRRIZ ROYO, 2016, 8). Sin embargo, en mi opinión, utilizar dicho término implica soslayar que el precepto efectúa una referencia abierta a todas las tecnologías de la información y la comunicación y que no todos los supuestos de *child grooming* se producen por medio de tecnologías que

ostentan esa naturaleza cibernética a la que se refiere la autora (a favor, DÍAZ CORTÉS, 2011, 7), existiendo en algunos supuestos incluso una combinación de tecnologías virtuales (*online*) y extravirtuales (*offline*), como es el caso de la STS 527/2015, de 22 de septiembre, en la que la menor cuelga una oferta de trabajo en una red social en la que especifica su número de teléfono y el *groomer* utiliza dicho número para contactar con ella. En este sentido, si se desea añadir algún calificativo a la denominación de *child grooming* —que es ya lo suficientemente expresiva por sí misma desde mi punto de vista— la más acertada sería la de telemática, puesto que así sería susceptible su aplicación a todas las técnicas de la telecomunicación y no sólo a la informática en tanto transmisión de información computarizada (con un fundamento similar, denomina el fenómeno *meeting a child following sexual grooming through TICs* o *contacto TICs preordenado a la actividad sexual con menores*, DÍAZ CORTÉS, 2011, 7).

4. Por lo que respecta a los elementos del tipo, puede decirse lo siguiente:

4.1. El bien jurídico protegido en el delito es la indemnidad sexual, que debe concebirse en los términos definidos por la propia autora, es decir, como el normal [o, más bien, adecuado (GORRIZ ROYO, 2016, 12)] desarrollo y formación de la vida sexual o, en términos más amplios, el derecho a no sufrir daño en la esfera sexual (pág. 170).

A tal efecto, el tipo conforma un delito de peligro porque adelanta la barrera punitiva a un momento anterior al inicio de la ejecución del delito contra la indemnidad sexual, los actos preparatorios, sin atender a la lesión efectiva del bien jurídico protegido (pág. 170), ello tal y como sostiene la STS 97/2015, de 24 de febrero y, desde ésta, toda la jurisprudencia posterior (STS 527/2015, de 22 de septiembre). La autora califica este peligro como abstracto o también hipotético (pág. 170), algo que contrasta con la más reciente jurisprudencia, que, desde la STS 97/2015, de 24 de febrero, se decanta a favor de la estructura de peligro concreto con base en que el tipo exige la realización de actos materiales encaminados al acercamiento.

Aunque la estructura de peligro abstracto se compadece mejor con la configuración típica que al *child grooming* se ha atribuido en tanto acto preparatorio de delitos de naturaleza sexual con mayor contenido de injusto (GORRIZ ROYO, 2016, 17; PÉREZ FERRER, 2012, 1 y 5; ORTS BERENGUER, 2016, 227), la consideración del mismo como un delito de

peligro concreto me parece más acorde a la naturaleza individual del bien jurídico protegido y, sobre todo, al hecho de que está integrado por actividades que en sí mismas son inocuas pero que se convierten en ilícitas por su finalidad maliciosa, finalidad que sólo se entiende materializada cuando se producen los actos físicos tendentes a la consecución del contacto sexual con el menor, esto es, un resultado de peligro que incrementa la probabilidad de producción efectiva de la lesión del interés tutelado por el tipo penal.

- 4.2. Por lo que se refiere al sujeto activo del delito, VILLACAMPA ESTIARTE critica, acertadamente, que sea un delito común comisible también por menores de edad con capacidad para responder penalmente, es decir, menores entre 14 y 18 años, debiéndose haber circunscrito el ámbito aplicativo a los supuestos en los que el sujeto activo fuese mayor de edad. Esta incongruencia que, además, no ha sido corregida por la reforma de 2015, deberá hallar solución a través de la aplicación de la cláusula Romeo y Julieta que prevé el art. 183 quáter y que permite excluir de la imposición de la pena al autor que tenga una edad próxima al menor de edad y un grado de desarrollo o madurez similar a éste (pág. 189). En cualquier caso, sería más acertado dirigir la atención penal únicamente a los adultos (DÍAZ CORTES, 2011, 17; PÉREZ FERRER, 2012, 3)
- 4.3. En cuanto al sujeto pasivo, el texto de la Ley conforme a su redacción en 2010, y en aplicación estricta de lo previsto en el Convenio, amparaba únicamente a los menores de 13 años, dejando fuera a menores de mayor edad y a los incapaces. Este aspecto, fuertemente criticado por un sector de la doctrina (véase DÍAZ CORTÉS, 2011, 17 y 2012, 303, 304 y 314) y alabado por otro (RAMOS VÁZQUEZ, 2010, 10 y 2015a, 622), creaba una disparidad entre la edad exigida por el tipo para ser sujeto pasivo del delito (13 años), la edad de consentimiento sexual (16 años) y el fin último del *groomer* (cometer alguna de las conductas previstas en los arts. 178 a 183, entre las que se incluía atentar contra la indemnidad sexual de mayores de 13 años (art. 178)). Ambas incongruencias han sido corregidas en la reforma de 2015, que ha elevado, correctamente, la edad de los menores víctimas a 16 años de tal forma que existe una plena correspondencia entre la edad de la víctima y la edad de consentimiento sexual, y también entre el delito-fin del *groomer* y la edad de la víctima.
- 4.4. La conducta típica está integrada por una pluralidad de acciones que la doctrina y también la autora suelen reconducir a tres: el contacto con el menor, la

propuesta sexual y los actos materiales encaminados al acercamiento. Además, se trata de lo que la literatura jurídica (GÓMEZ TOMILLO, 2011, 731; GONZÁLEZ TASCÓN, 2011, 245; GORRIZ ROYO, 2016, 21; FERNÁNDEZ CIPRIÁN, 2013, 193) y la jurisprudencia reciente (STS 97/2015, de 24 de febrero) denominan un tipo mixto cumulativo, en tanto en cuanto cada una de estas tres acciones ha de realizarse de forma consecutiva a la anterior para poder entender culminado el tipo.

- a) Contacto: el *child grooming* exige en primer lugar el envío de un mensaje por parte de un adulto y la respuesta del menor al mismo (pág. 174), produciéndose una comunicación entre ambos (como indica la autora, si no hay respuesta no hay contacto) para la que es requisito indispensable que el medio empleando sea tecnológico (también TAMARIT SUMALLA, 2015, 534; PÉREZ FERRER, 2012, 6). Este último aspecto (la comisión del delito mediante la utilización de las nuevas tecnologías) condiciona la tipicidad, que queda restringida meramente a los contactos telemáticos, algo que, a mi modo de ver, resulta criticable tanto desde una perspectiva cuantitativa, pues, como indica la autora, la mayor parte de los supuestos de *child grooming* no se producen *online* (pág. 175), como cualitativa, ya que se deja fuera a todo un conjunto de supuestos con igual o mayor desvalor de injusto. Por este motivo, considero junto a VILLACAMPA ESTIARTE que el ámbito de aplicación del precepto debería cubrir los supuestos con mayor incidencia práctica en nuestro país, sin que ello constituya un exceso de intervención penal (pág. 190 y, en este mismo sentido, CANCIO MELIÁ, 2011, *online*; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2012, 183). Especial alabanza merece, sin embargo, el hecho de que el precepto prevea una cláusula abierta que permite englobar en el tipo tanto los medios tecnológicos existentes en la actualidad cuanto aquellos que puedan aparecer en el futuro como consecuencia del avance tecnológico.
- b) Proposición: esta implica una o varias propuestas de encuentro realizadas al menor que, en cualquier caso, requieren algún género de respuesta afirmativa por parte de éste, quedando extramuros del tipo los casos en que el menor no llegue a tener conocimiento de dicha propuesta o no la perciba como seria. En mi opinión, la proposición conforma el elemento fundamental del *child grooming*, puesto que si existen actos materiales

Reflexiones sobre el child grooming...

dirigidos al acercamiento pero no existe una previa proposición en los términos expuestos no quedará confirmada la tipicidad. Por consiguiente, me parece acertada la opinión de la autora cuando afirma que se podría haber excluido de la redacción típica del delito el contacto y haber iniciado la ejecución del tipo en el acto de la proposición (págs. 176 y 190).

- c) Actos materiales dirigidos al acercamiento: respecto de este último elemento VILLACAMPA realiza una interpretación restrictiva del tipo en el sentido de exigir que la conducta trascienda más allá de lo virtual para entrar en el ámbito presencial o físico (pág. 177), postura que, desde mi perspectiva, debe ser rechazada en la medida en que uno de los delitos fin del autor puede ser la utilización del menor con fines exhibicionistas o pornográficos (art. 189 CP), para lo que no se requiere un encuentro físico (a favor, GONZÁLEZ TASCÓN, 2011, 247; NÚÑEZ FERNÁNDEZ, 2012, 194). Así pues, la consumación tiene lugar en el momento en que se realice cualquier acto dirigido a que dicha propuesta se ejecute (hace una referencia genérica sin mayores precisiones MAGRO SERVET, 2010, 9; consideran que se trata de un delito de mera actividad GÓRRIZ ROYO, 2016, 28 y SANTA CECILIA GARCÍA, 2014, 3). No obstante, la STS 97/2015, de 24 de febrero, se pronuncia a favor de la postura sostenida por la autora, entendiendo como actos materiales el propio encuentro o todos aquellos que deben «necesariamente repercutir y reflejar más allá del mundo digital», mientras que el acercamiento tendería al «estrechamiento de la relación de seducción».

A todo ello, la autora hace notar que la previsión de este elemento permite afirmar que el *child grooming* constituye la elevación a delito de los actos preparatorios dirigidos a cometer un delito contra la indemnidad sexual (pág. 177) y, a este efecto, entiende que la utilización del término acercamiento debe ser sustituida por la de encuentro (pág. 190), propuesta a la que me uno pero no porque ésta última permita expresar mejor el carácter físico de tales actos materiales tal y como entiende VILLACAMPA ESTIARTE (pág. 177), sino porque, a mi juicio, el encuentro será determinante para la comisión del delito contra la indemnidad sexual.

5. Delimitada la conducta típica, la autora analiza los posibles concursos que se pueden producir cuando, junto al *child grooming*, se cometa algún delito contra la

indemnidad sexual. Para ella, la solución debería encontrarse en el principio de subsidiariedad tácita del concurso de normas previsto en el art. 8 CP (pág. 178) aunque el art. 183 *bis* prevea una cláusula concursal *ad hoc* que obliga a sancionar tales supuestos como un concurso de delitos (pág. 179). En este sentido, juzga esta cláusula como distorsionadora y afirma que no respeta la teoría general del delito y que, en consecuencia, debe desaparecer (pág. 180). Esta solución me parece también la más adecuada teniendo en cuenta la naturaleza meramente preparatoria del *child grooming*, motivo por el cual los casos de concurso se deberían resolver conforme al principio de consunción del art. 8.3 CP (se decanta por el principio de absorción TAMARIT SUMALLA, 2015, 354). De hecho, esta ha sido la solución adoptada por la jurisprudencia que, por cierto, hace caso omiso de la literalidad de la Ley (véanse las SSTs 527/2015, de 22 de diciembre, que resuelve conforme al principio de alternatividad, y 684/2015, de 10 de diciembre).

6. A continuación, VILLACAMPA ESTIARTE critica el subtipo cualificado, que agrava la pena para aquellos casos en los que en la conducta medie coacción, intimidación o engaño, al considerar que fundamentalmente este último será el modo de comisión más habitual del *child grooming*. Sin embargo, ni la seducción ni el engaño deben, a mi modo de ver, formar parte del tipo básico, puesto que ello supondría dejar fuera de la esfera aplicativa del precepto supuestos tales como aquellos en los que la relación entre el autor y la víctima es consentida por el menor (a favor, CUGAT MAURI, 2010, 235; 2014, *online*).
7. Por último, la autora dedica un apartado a comentar la tipicidad subjetiva, en relación con la cual considera adecuado que el Código Penal ciña el castigo del *child grooming* a la modalidad dolosa y manifiesta el mayor acierto de la vigente redacción del Código Penal por lo que se refiere al elemento subjetivo del injusto, que reduce la remisión de los delitos-fin que informan la realización de la conducta del sujeto a los previstos en los arts. 183 y 189 CP, en lugar de la remisión a los arts. 178 a 183 y 189 que efectuaba la redacción del tipo conforme normativa anterior. Además, propone una interpretación restrictiva del art. 189 basada en el art. 23 del Convenio de Lanzarote (defendida anteriormente por TAMARIT SUMALLA, 2015, 354), que supone limitar el alcance de la remisión del art. 189 a los actos encaminados a la agresión, abuso o captación y utilización del menor para elaborar material pornográfico o para hacerlo participar en espectáculos

exhibicionistas pornográficos, de tal forma que tan solo quedarían abarcadas las conductas del art. 189.1.a) (pág. 183).

VIII. Bibliografía

BOIX REIG, F. J. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (3): abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años». BOIX REIG, F.J. (Coord.). *Derecho penal. Parte Especial*. T. I. Madrid: Iustel, 2016.

CANCIO MELIÁ, M. «Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual». *La ley penal*, núm. 80 (2011).

CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. «Artículo 183 bis». CORCOY BIDASOLO, M.; MIR PUIG, S. (Dirs.). *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

CUERDA ARNAU, M. L. «Menores y redes sociales: protección penal de menores en el entorno digital». *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 112 (2014).

CUGAT MAURI, M. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (arts. 181, 182, 183 y 183 bis, 187, 188, 189, 189 bis y 192, Disposición Final Segunda)». ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dirs.). *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

- «La tutela penal de los menores ante el *online grooming*: entre la necesidad y el exceso». *La ley penal*, núm. 10 (2014).

DE LEMUS VARA, F. J. «El delito de *child grooming* tras la modificación operada en el artículo 183 ter del Código penal por la Ley Orgánica 1/2015». *Diario La Ley*, núm. 8604 (2015).

DÍAZ CORTÉS, L. M. «Algunas consideraciones sobre el *meeting a child following sexual grooming through TICs* (contacto preordenado a la actividad sexual con menores)». *Cuaderno Red de Cátedras*, núm. 2 (2011).

- «El denominado *child grooming* del artículo 183 bis del Código penal: una aproximación a su estudio». *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 66, núm. 2138 (2012).
- «Aproximación criminológica y político criminal del contacto TICS preordenado a la actividad sexual con menores en el Código penal español - art. 183 bis CP». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8 (2012).

DOLZ LAGO, M. J. «Un acercamiento al nuevo delito de *child grooming*. Entre los delitos de pederastia». *Diario La Ley*, núm. 7575 (2011).

- «*Child grooming* y *sexting*: anglaicismos, sexo y menores en el Código Penal tras la reforma de 2015». *Diario La Ley*, núm. 8758 (2016).

FERRANDIS CIPRIÁN, D. «El delito de *online child grooming* (art. 183 bis CP)». LAMEIRAS FERNÁNDEZ, M.; ORTS BERENGUER, E. (Coords.). *Delitos sexuales contra menores: abordaje psicológico, jurídico y policial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

GÓMEZ TOMILLO, M. «De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años». GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.). *Comentarios al Código penal* (2a ed.). Valladolid: Lex Nova, 2011.

GONZÁLEZ TASCÓN, M. M. «El nuevo delito de acceso a niños con fines sexuales a través de las TIC». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 31 (2011).

GÓRRIZ ROYO, E. «*On-line child grooming* en Derecho penal español. El delito de preparación on-line de menores con fines sexuales, del art. 183 ter. 1º CP (conforme a la LO 1/2015, 30 de Marzo)». *InDret*, núm. 3 (2016).

MAGRO SERVET, V. «El “*grooming*” o ciber acoso infantil, el nuevo artículo 183 bis del Código penal». *Diario la Ley*, núm. 7492 (2010).

MIRÓ LLINARES, F.; MORÓN LERMA, E.; RODRÍGUEZ PUERTA, F. «*Child grooming*: art. 183 ter CP». ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.). *Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

MONGE FERNÁNDEZ, A. *De los abusos y agresiones a menores de 13 años: análisis de los artículos 183 y 183 bis, conforme a la LO 5/2010*. Barcelona: Bosch, 2011.

MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

NÚÑEZ FERNÁNDEZ, J. «Presente y futuro del mal llamado delito de ciberacoso a menores: análisis del artículo 183 bis CP y de las versiones del Anteproyecto de Reforma de Código penal de 2012 y 2013». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. 65 (2012).

ORTS BERENGUER, E. «Artículo 183 ter». GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Coord.). *Derecho penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

PANIZO GALENCE, V. «El ciber-acoso con intención sexual y el *child grooming*». *Quadernos de criminología: revista de criminología y ciencias forenses*, núm. 15 (2011).

PÉREZ FERRER, F. «El nuevo delito de ciberacoso o *child grooming* en el Código penal español (artículo 183 bis)». *Diario La Ley*, núm. 7915 (2012).

RAGUÉS I VALLÈS, R. «Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales». SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a (Dir.). *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial*. Barcelona: Atelier, 2015.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A. «El nuevo delito de ciberacoso de menores a la luz del derecho comparado». *La Ley*, núm. 17973 (2011).

- «Depredadores, monstruos, niños y otros fantasmas de impureza (algunas lecciones de Derecho comparado sobre delitos sexuales y menores)». *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 8 (2012).
- «Ciberacoso». QUINTERO OLIVARES, G. (Coord.). *Comentarios a la reforma penal de 2015*. Pamplona: Aranzadi, 2015.
- «El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: artículo 183 quáter CP». GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.
- «Grooming y sexting: artículo 183 ter CP». GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

SANTA CECILIA GARCÍA, F. «Acoso sexual a menores mediante tecnologías de la comunicación (“chilg grooming”)». *La Ley Derecho de Familia*, núm. 8201 (2014).

TAMARIT SUMALLA, J. M.^a «Art. 183 bis». T. I. QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.). *Comentarios al Código penal español* (6.^a ed.). Pamplona: Aranzadi, 2015.

VILLACAMPA ESTIARTE, C. «Propuesta sexual telemática a menores u ‘online child grooming’: configuración presente del delito y perspectivas de modificación». *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. 34 (2014).

VILLACAMPA ESTIARTE, C.; GÓMEZ ADILLÓN, M. J. «Nuevas tecnologías y victimización sexual de menores por online grooming». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 18 (2016).

rjib15

COMENTARIS I NOTES

ESTUDI DE LA LLEI 46/1981, DE 29
DE DESEMBRE: L'ORIGEN
DEL «DESCOMPTE DE RESIDENT»

Miquel Pons-Portella

Advocat

I. Introducció. II. El precedent canari: la Llei 118/1960, de 22 de desembre, i el Decret llei 22/1962, de 14 de juny. III. Elaboració parlamentària de la Llei 46/1981, de 29 de desembre. IV. Anàlisi de contingut de la Llei 46/1981, de 29 de desembre. V. El primer desenvolupament reglamentari de la Llei 46/1981, de 29 de desembre: el Reial decret 3269/1982, de 12 de novembre. VI. Reflexió prospectiva sobre la naturalesa del «descompte de resident». VII. Bibliografia.

I. Introducció

Es varen complir, el dia 1 de gener del 2017, 35 anys d'ençà l'entrada en vigor de la Llei 46/1981, de 29 de desembre, relativa al desplaçament a la Península dels residents a les Illes Balears. Es tracta de la primera norma que va reconèixer i regular l'anomenat popularment «descompte de resident», això és: la reducció del preu del transport a què tenim dret els ciutadans residents a l'arxipèlag balear.

Tot i haver quedat superada des de fa temps, la Llei 46/1981 mereix ésser recordada per diversos motius: en primer lloc, perquè fou una iniciativa genuïnament balear, fruit d'una acció política que avui resulta gairebé impensable a la llum del desenvolupament del nostre parlamentarisme; i, en segon lloc, perquè el «descompte de resident» s'ha demostrat com un dels instruments més eficaços per pal·liar la insularitat, un «fet diferencial i mereixedor de protecció especial» —adverteix l'art. 3 del nostre vigent Estatut d'autonomia— contra el qual els poders públics han de lluitar perquè no se'n «puguin derivar desequilibris econòmics o de qualsevol altre tipus que vulnerin el principi de solidaritat entre totes les comunitats autònomes». La posterior evolució de la regulació positiva inaugurada amb la Llei 46/1981 demostra, en efecte, el seu èxit, tot i que —avui més que ahir— presenti aspectes manifestament millorables.

Aquest treball se centra, per tant, en l'anàlisi jurídica de la Llei 46/1981, de 29 de desembre, com a punt d'origen de l'actual «descompte de resident». Insistim en emprar les cometes perquè sabem que es tracta d'una expressió col·loquial,¹ sense reflex en una normativa que —amb l'excepció gairebé única de l'art. 1 de la Llei 46/1981, on hi llegim «reducció en el preu»— ha optat normalment pels vocables tècnics «subvenció» i/o «bonificació». Així, la vigent disposició addicional 13a de la Llei 17/2012, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2013, per citar només un exemple, utilitza ambdues paraules de manera indistinta. En realitat, el nostre propòsit també és —seguint la millor doctrina administrativista espanyola— utilitzar l'estudi d'aquest tema «aparentment minúscul i excessivament concret» per deduir «ensenyances de valor dogmàtic

¹ Constitueixen sengles excepcions al respecte l'art. 3 de l'Ordre de 2 de juliol del 1979 i l'art. 2 de l'Ordre de 24 d'abril del 1980, juntament amb la resta de normes que es comenten en la nota al peu núm. 32. Com veurem, però, es tracta d'unes disposicions tan efímeres com irrelevantes.

general» sobre una categoria jurídica tan important com la subvenció,² tècnica per excel·lència de l'activitat administrativa de foment.³

Però per arribar fins aquí serà precís recórrer un camí que començà dia 26 de juny del 1980, quan uns 90 diputats del Grup Parlamentari Centrista⁴ presentaren al Congrés dels Diputats una Proposició de llei sobre «desplazamiento a la Península de los residentes en las Islas Baleares».⁵ Duia el pòndol d'aquella iniciativa el professor Miquel Duran Pastor i l'acompanyaven, entre d'altres, l'advocat Santiago Rodríguez-Miranda Gómez —que seria ministre de Treball i Seguretat Social durant el darrers compassos d'aquella I Legislatura⁶— i l'enginyer Francesc Garí Mir, tots tres naturals de Palma. Aquella proposició donaria lloc a la Llei 46/1981.

En un passatge de l'exposició de motius de la Proposició, els diputats al·legaven que «los españoles residentes en el archipiélago balear son los únicos, de entre los que habitan territorios extra-peninsulares, que no tienen reconocido su derecho a disfrutar de una bonificación sobre las tarifas de transporte regular para sus desplazamientos al resto del territorio nacional, lo cual supone una discriminación clara».⁷ És imprescindible, per tant, que analitzem en primer terme el Decret llei 22/1962, de 14 de juny, que era la norma que al tombant del 1981-1982 regulava la subvenció del transport aeri amb les Illes Canàries,

² MEILÁN GIL, J. L. «Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras». *Revista de Administración Pública*, núm. 71 (1973), pàg. 59 i 60. Aquest autor cita José Luis VILLAR PALASÍ per afirmar que «por un proceso sociológico y psicológicamente explicable, aunque no ciertamente progresivo, se corre el riesgo de llevar a cabo la formación de castas científicas: en el círculo de atención de los juristas sólo entran conceptos decantados, es decir, limpios de las impurezas de la concreción, inevitable patrimonio de la realidad. Y, sin embargo, de “las baldías, inatractivas, inquietantes y asimétricas minucias” es de donde “hay que extraer las grandes líneas de la construcción jurídica”».

³ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo General* (2a ed.). T. II. Madrid: Iustel, 2009, pàg. 363 i 364.

⁴ *Diario de Sesiones* (Congreso) núm. 164, de 29 d'abril de 1981, pàg. 10059. Al principi del seu discurs, que comentarem més endavant, el diputat Francesc Garí Mir es refereix a «la Proposición de Ley que, en unión de otros noventa diputados de la misma [Cámara], presentamos en su día».

⁵ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados), sèrie B, núm. 101-I, d'11 de juliol de 1980.

⁶ Nomenat pel Reial decret 2830/1981, d'1 de desembre, va ser cessat pel Reial decret 3297/1982, de 2 de desembre.

⁷ Ídem nota 5.

juntament amb els seus antecedents i els seus desenvolupaments. Només d'aquesta manera podrem abordar amb garanties l'estudi de la Llei 46/1981, que efectuarem repassant successivament la seva elaboració parlamentària, el seu contingut positiu i el seu primer desenvolupament reglamentari —a saber: el Reial decret 3269/1982, de 12 de novembre— per acabar reprenent, amb clara intenció prospectiva, la qüestió de la naturalesa del «descompte de resident» i les seves perspectives de futur.

II. El precedent canari:⁸ la Llei 118/1960, de 22 de desembre, i el Decret llei 22/1962, de 14 de juny

Durant el Consell de Ministres celebrat dia 21 d'octubre del 1960 sota la presidència del general Francisco Franco, que aleshores encara retenia el càrrec de president del Govern, es procedí a l'aprovació d'un Projecte de Llei confeccionat al Ministeri d'Hisenda «sobre otorgamiento de una subvención al tráfico aéreo interior con las Islas Canarias».⁹ És convenient indicar que, tot just l'estiu del mateix any 1960, havia estat aprovada la vigent Llei 48/1960, de 21 de juliol, sobre navegació aèria, l'art. 101 de la qual facultava —i faculta, de fet, perquè encara no ha estat modificat— el Ministeri de l'Aire per aprovar prèviament les tarifes del transport de viatgers i els seus equipatges.

En el breu preàmbul d'aquest Projecte, després de constatar precisament l'augment de les tarifes oficials del transport aeri amb les Illes Canàries «por el encarecimiento de algunos componentes del coste del servicio», el Govern explicava que «los nuevos precios pagados por el usuario resultan notoriamente elevados, sobre todo teniendo en cuenta la necesidad de facilitar el intercambio y la relación con dichas provincias, especialmente en el transporte de personas, por lo cual es llegado el momento de rectificar en parte aquellas elevaciones, refiriendo la tarifa de nuevo al nivel que se estima adecuado. Y como no sería justo que tal rebaja gravitase sobre la cuenta de explotación de las compañías aéreas, se establece que su importe deberá ser sufragado por el Estado, mediante una subvención, distinta en la forma, pero con análogos objetivos y

⁸ CALATAYUD PRATS, I. «Las obligaciones de servicio público y las subvenciones a pasajeros residentes en el transporte aéreo y Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Análisis crítico». *Hacienda Canaria*, núm. 40 (2014), pàg. 337-342.

⁹ *La Vanguardia*, de 22 d'octubre de 1960, pàg. 3. La informació constava en la «referència oficial» lliurada a la premsa pel Ministeri d'Informació i Turisme.

finalidades a los que viene persiguiendo tradicionalmente la política económica en relación con los servicios marítimos de soberanía».¹⁰

La cabal intel·lecció d'aquest darrer incís del preàmbul requereix acudir a l'art. 3 de la Llei de 12 de maig del 1956 de protecció i renovació de la flota mercant espanyola, que quatre anys enrere havia definit el concepte «servei marítim de sobirania» de la manera següent: «los [servicios marítimos] específicamente destinados a facilitar el ejercicio de la soberanía del Estado, mediante el establecimiento entre los puertos respectivos de las líneas de navegación regular que el Gobierno estime conveniente».¹¹ Segons el professor Juan Miguel de la CUÉTARA MARTÍNEZ, aquest terme en realitat estava destinat «a justificar conceptualmente, en el ámbito del último periodo colonizador —colonización africana—, el establecimiento con medios nacionales y bajo control del Gobierno del necesario enlace marítimo entre España, sus islas y sus colonias».¹² En realitat, l'art. 2.1 de la pròpia Llei de 12 de maig del 1956 establia que la regulació del tràfic i comunicacions marítimes havia de procurar el manteniment de «comunicaciones marítimas regulares entre los puertos de los territorios Metropolitano, Protegido y Colonial»¹³ amb l'objectiu últim —en paraules de d'Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA— d'«evitar un aislamiento político y económico de las dependencias extra-metropolitanas»,¹⁴ entre d'altres. Aquesta digressió permet col·legir millor l'«objectiu» i la «finalitat» de la subvenció del transport aeri amb les Illes Canàries projectada pel Govern la tardor del 1960: permetre l'exercici efectiu de la sobirania de l'Estat en aquell arxipèlag¹⁵ i evitar el seu aïllament.

¹⁰ Ídem nota 5.

¹¹ L'al·ludida Llei de 12 de maig del 1956 seria derogada expressament per l'apartat 2.j) de la disposició derogatòria única de la Llei 27/1992, de 24 de novembre, de ports de l'Estat i de la marina mercant, actualment refosa en el text aprovat pel vigent Reial decret legislatiu 2/2011, de 5 de setembre.

¹² CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de la. «Las comunicaciones marítimas nacionales: calificación jurídico-administrativa de los “servicios de soberanía”». *Revista de Administración Pública*, núm. 80 (1976), pàg. 170.

¹³ CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de la. «Las comunicaciones marítimas...», *cit.*, pàg. 196: «El fin genérico de mantener líneas regulares entre los territorios españoles se contiene en la Ley de Protección y Renovación de la Flota [o sigui: la Llei de 12 de maig del 1956] y se encomienda al Gobierno la determinación de las condiciones del mantenimiento de estas líneas».

¹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos». *Revista de Administración Pública*, núm. 12 (1953), pàg. 153, nota 41. Citat per CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de la. «Las comunicaciones marítimas...», *cit.*, pàg. 193.

¹⁵ CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de la. «Las comunicaciones marítimas...», *cit.*, pàg. 170, nota 5: «en la denominación utilizada [servicio marítimo de soberanía] se está aludiendo a una de las

El Projecte de llei aprovat pel Consell de Ministres dia 21 d'octubre del 1960, que constava només de cinc articles, va ser enviat a les Corts i, el venidor dia 11 de novembre, el seu president n'ordenà la remissió —seguint els tràmits habituals del procediment legislatiu— a la Comissió de Pressupostos.¹⁶ A partir de l'informe elaborat per una ponència formada pels procuradors Adolfo Díaz-Ambrona Moreno, Rafael Díaz-Llanos Lecuona¹⁷ i Miguel Rodrigo Martínez, la Comissió va aprovar el seu dictamen —sense introduir, per cert, cap canvi al Projecte presentat pel Govern¹⁸— en data 6 de desembre.¹⁹ El Ple de les Corts quedà assabentat d'aquesta aprovació en la seva sessió de dia 19²⁰ i dia 22 el cap de l'Estat sancionà la Llei, que seria publicada a l'edició del BOE del 24 de desembre del 1960.

Així les coses, en virtut de l'art. 1 de la Llei 118/1960, de 22 de desembre, dia 1 de gener del 1961 entrà en vigor una subvenció per al transport aeri entre les Illes Canàries i la resta d'Espanya²¹ de quantia equivalent al 12% del preu total de cada passatge.²² Aquesta ajuda pública romandria vigent, advertia el seu art. 1, «en tanto subsistan las actuales tarifas» i es

características básicas de la soberanía, conocida tanto por la Teoría del Estado, el Derecho internacional o el Derecho marítimo: la necesidad de que sea ejercida de hecho».

¹⁶ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* núm. 677, d'11 de novembre de 1960, pàg. 14171 i 14172.

¹⁷ Segons la informació de la web del Congrés dels Diputats, aquest procurador era natural de la ciutat de Santa Cruz de Tenerife.

¹⁸ Tot i així, segons la crònica de la reunió de la Comissió de Pressupostos publicada per *La Vanguardia*, el 7 de novembre de 1960, pàg. 7, presentaren esmenes al Projecte de llei els procuradors Juan Ravina Méndez, president de la Diputació Provincial de Santa Cruz de Tenerife, i Eliseu Vilalta Caralt. Però, llegim a la mateixa notícia, «no pudieron ser tramitadas por cuanto significaban aumento de gastos. Tras la intervención de los señores Ravina y Díaz-Llanos, la Comisión aprobó el Proyecto acordando, no obstante, elevar una moción exponiendo al Gobierno los problemas que suscitan en relación con dicho tráfico».

¹⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* núm. 684, de 9 de desembre de 1960, pàg. 14292 i 14293.

²⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* núm. 687, de 19 de desembre de 1960, pàg. 14377 i 14378.

²¹ L'art. 67 de la Llei de navegació aèria defineix el «transport aeri regular» com aquell que es presta «para transporte comercial de pasajeros, correo o carga y con arreglo a tarifas, itinerarios y horarios fijos de conocimiento general». Així mateix, l'art. 68 de la mateixa Llei distingeix, en el seu primer paràgraf, entre el «tràfic aeri interior», que s'efectua sobre territori de sobirania de l'Estat nacional de l'aeronau, i el «tràfic aeri exterior», que s'efectua en tot o en part sobre territori de sobirania d'un altre Estat. Per tant, el transport aeri subvencionat per la Llei 118/1960 havia de ser regular de passatgers i interior.

²² Ara bé, segons l'art. 4 de la Llei 118/1960, el Consell de Ministres quedava autoritzat per reduir el percentatge de la subvenció amb l'objectiu d'adaptar-la «a las reducciones que en el coste total actual del transporte aéreo interior pudieran producirse».

faria efectiva de la manera prevista per l'art. 2: «Desde la misma fecha indicada en el artículo anterior las Empresas subvencionadas por esta Ley rebajarán el precio de dichos pasajes en el importe mismo de la subvención concedida». Per tant, les companyies aeronàutiques senzillament havien de procedir a descomptar un 12% sobre el preu de tots els bitllets que expedissin entre les Canàries i la resta de l'Estat, sense altres exigències addicionals, amb el benentès que —com queda dit— podrien recuperar les quantitats avançades mitjançant unes liquidacions trimestrals que s'haurien de cobrar a compte de la partida dels pressupostos generals de l'Estat creada expressament l'art. 3 de la Llei 118/1960.²³

En ús de la facultat de desenvolupament normatiu prevista per l'art. 5 de la Llei va ser dictada l'Ordre de 8 de juliol del 1961,²⁴ amb la qual es concretaren diversos aspectes de la subvenció del tràfic aeri amb les Illes Canàries:

- Els vols subvencionables eren tant els directes entre l'arxipèlag i la Península com els que fessin escala al continent africà [art. 1].
- En el cas dels vols directes, segons l'art. 2 de l'Ordre, les tarifes resultants de la subvenció «serán combinables con las tarifas vigentes en cualquier otro tramo interior o internacional, sin discriminación del lugar de emisión del billete de pasaje, clase del billete, ni de la nacionalidad del pasajero».
- Les liquidacions trimestrals contemplades per l'art. 3 de la Llei 118/1960 s'haurien d'efectuar mitjançant certificació expedida per les empreses de conformitat amb l'art. 3 de l'Ordre.

La primavera següent, en la reunió de dia 11 de maig del 1962, el Consell de Ministres aprovà el Decret llei 22/1962, de 14 de juny, que derogà —amb l'art. 8— la Llei 118/1960²⁵ i establí tres canvis de rellevància en el règim jurídic de la subvenció que aquella norma havia creat:

²³ Aquest precepte disposava el següent: «Para el pago de esta subvención, que se efectuará mediante liquidaciones practicadas por trimestres vencidos, se consignarán en los Presupuestos Generales del Estado del ejercicio económico de mil novecientos sesenta y uno y sucesivos un crédito, expresamente destinado a ello, que se figurará en la Sección afecta al Ministerio del Aire, capítulo de “Subvenciones, auxilios y participaciones en ingresos”».

²⁴ BOE núm. 167, de 14 de juliol, pàg. 10510.

²⁵ Aquesta derogació s'havia de produir tan bon punt entrés en vigor el Decret llei 22/1962, l'art. 7 del qual disposava que «El presente Decreto-ley entrará en vigor a partir de la aprobación de las nuevas tarifas en las líneas aéreas que enlazan las provincias Canarias y la Península». En aquest mateix sentit, l'art. 1 establí que la nova subvenció s'aplicaria «A partir de la aprobación de las nuevas tarifas en las

- Amplià el seu àmbit a les províncies africanes d'Ifni i el Sàhara espanyol.
- Limità, però, la seva aplicació «Únicamente a los pasajes utilizados por los españoles residentes en las citadas provincias de Canarias, Ifni y Sáhara español» [art. 1]. «Entre los que quedan incluidos —advertia el preàmbul del Decret llei— los funcionarios de la Administración destinados en ellas».
- Incrementà la subvenció fins al 33% del preu de cada bitllet [art. 2].

Seguint la tònica de la Llei 118/1960, l'Ordre de 6 d'agost del 1962²⁶ desenvolupà les principals novetats del Decret llei 22/1962 en virtut del seu art. 6. Al respecte mereixen ser destacades les disposicions adoptades per justificar, per part dels viatgers interessats, la seva condició d'espanyols residents a les províncies afectades: la justificació s'efectuaria mitjançant un volant expedit expressament per l'autoritat competent —en el cas dels particulars, el secretari de l'ajuntament respectiu amb el vistiplau de l'alcalde [art. 1.b)]— que quedaria degudament registrat «a efectos de su control y comprobación» [art. 2]. Les companyies aèries i les agències de viatges quedaven obligades a confrontar la identitat del titular del volant amb la seva documentació personal [art. 3] i a conservar-los com a justificant de les liquidacions trimestrals de la subvenció [art. 1 i 5]. Aquestes previsions foren complementades per la posterior Ordre de 31 d'octubre del 1963,²⁷ dictada després d'haver-se comprovat «[los] inconvenientes de perentoriedad en cuanto a la obtención del documento acreditativo de la residencia de los españoles en casos de viaje de cierta urgencia, sobre todo cuando la persona interesada se encuentra desplazada de su residencia». Així, l'art. 1 de la nova Ordre permeté justificar a posteriori la condició de resident exigida per l'art. 1 del Decret llei 22/1962, concretament «durante un plazo de dos meses, a contar del día en que adquirieron el pasaje correspondiente». En aquest cas, l'interessat havia de pagar el preu íntegre del bitllet, però podia recuperar l'import de la reducció subvencionada si en el termini de referència —de conformitat amb l'art. 2— presentava en una oficina de la companyia aèria expendedora els tres documents següents: el

líneas aéreas que enlazan las provincias Canarias y la Península». Aleshores, el juny del 1962, feia pocs mesos de l'aprovació de l'Ordre de 23 de febrer del 1962, amb la qual fou fixat el límit màxim de les tarifes per al transport aeri interior [BOE núm. 67, de 19 de març, pàg. 3760]. Aquesta va romandre inalterada fins l'Ordre de 18 de març del 1971, amb què s'augmentaren les tarifes en qüestió [BOE núm. 70, de 23 de març de 1971, pàg. 4657 i 4658], la qual —com queda dit— determinà l'entrada en vigor del Decret llei 22/1962 dia 23 de març del 1971.

²⁶ BOE núm. 189, de 8 d'agost, pàg. 11125-11127.

²⁷ BOE núm. 271, de 12 de novembre, pàg. 15918 i 15919.

volant justificatiu de la seva condició de resident,²⁸ els resguards del passatge utilitzat i un document que li hauria lliurat la mateixa companyia en efectuar l'expedició fent constar el propòsit del client de sol·licitar el reintegrament.

Una seqüela importantíssima del Decret Llei 22/1962 seria l'Ordre de 6 de juny del 1963, «por la que se aprueban las tarifas de pasaje para los trayectos Península-Canarias y Canarias-Península de las líneas de Comunicaciones Marítimas de Soberanía».²⁹ La raó última d'aquesta disposició del Govern fou la «creixent demanda de passatges» per part del públic interessat amb viatjar per mar a l'arxipèlag canari, que féu imprescindible una àmplia modificació de preus per tal de corregir «el notorio desnivel entre sus costes reales y los módicos precios políticos de las mismas [comunicaciones marítimas]». Ara bé, el Govern volgué respectar el «criteri establert» pel Decret Llei 22/1962, de manera que —llegim en el breu preàmbul de l'Ordre— «esta modificación no debe afectar a los españoles residentes en dichas provincias, para los cuales seguirán rigiendo los precios actuales». Per això, els apartats 2, 3 i 4 i els annexos de l'Ordre de 6 de juny del 1963 regularen uns «preus especials» que serien «aplicables de modo exclusivo a los españoles que, al tiempo de serles expedido pasaje para cualquiera de los aludidos trayectos, justifiquen residir en el territorio que comprenden las provincias de Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife»; l'acreditació de la condició de resident s'havia de fer de manera anàloga a la prevista per la normativa de desenvolupament del Decret Llei 22/1962. El sistema era diferent, perquè en el cas del transport marítim no es preveia una reducció percentual de les tarifes, però en el fons el resultat estava cridat a ser el mateix: així, per exemple, un passatge de segona classe de la línia ràpida entre Barcelona i Canàries costava 3.261 pessetes segons la «tarifa general» i 2.174 pessetes, segons la «tarifa especial» per a residents.

Per altra banda, en virtut del Decret Llei 36/1962, de 5 de setembre,³⁰ es féu extensiva per raons de «justícia» als espanyols residents a les províncies de Fernando Poo i Río Muni la

²⁸ L'art. 3 de l'Ordre de 31 d'octubre del 1963 establia el següent: «Por los Gobernadores de las Provincias citadas se cursará la instrucción precisa a los Ayuntamientos o Juntas Locales para que éstos procedan a expedir con la urgencia necesaria para que el interesado pueda gestionar la devolución del 33 por 100 dentro del plazo establecido, el volante [...] justificativo de la condición de residente o que su empadronamiento como tal se encuentra en trámite».

²⁹ BOE núm. 145, de 18 de juny, pàg. 9707-9709.

³⁰ Segons l'art. 3, «El presente Decreto-ley entrará en vigor desde la fecha de su promulgación si en dicha fecha estuviese ya en vigor el Decreto-ley 22/1962 y, caso contrario, en la misma fecha en que

subvenció atorgada pel Decret llei 22/1962 «en la misma cuantía del treinta y tres por ciento y con las mismas condiciones establecidas en dicho Decreto-ley» [art. 1]. Produïda la independència de les antigues colònies africanes, que l'any 1968 formaren el nou estat de Guinea Equatorial, el Decret llei 13/1968, de 31 d'octubre,³¹ disposaria el manteniment «con carácter transitorio para los súbditos de la nueva nación los beneficios que hasta ahora han venido gozando en las comunicaciones aéreas y marítimas, al amparo de la legislación reguladora de la materia, en tanto se perfeccionan las disposiciones que puedan dictarse, adecuadas al nuevo carácter internacional del servicio». D'aquesta manera, l'art. 1 establí la continuïtat en l'aplicació de les referides subvencions «a los ciudadanos del nuevo Estado de Guinea Ecuatorial que residan en él». La nova mesura legislativa romandria vigent entre el 12 d'octubre del 1968 i el 31 de març del 1969, «sin perjuicio —advertia l'art. 3 del Decret llei 13/1968— de los nuevos acuerdos que pudieran concertarse entre el Gobierno de España y el de Guinea Ecuatorial».

III. Elaboració parlamentària de la Llei 46/1981, de 29 de desembre

Els promotors balears de la Proposició de llei de 26 de juny del 1980 s'inspiraren, com hem vist, en la subvenció que des del 1960 existia per al transport aeri amb les Illes Canàries. Amb novetats importants, però, que començaren per fonamentar la seva iniciativa en tres preceptes de la Constitució, que en aquell moment duia poc menys de dos anys en vigor: l'art. 138.1, l'incís final del qual inclou una referència a l'atenció particular que mereixen «les circumstàncies del fet insular»; l'art. 2, que consagra, entre d'altres, el principi de solidaritat; i l'art. 9.2, que atribueix als «poders públics» l'obligació de «remoure els obstacles» que impedeixin o dificultin que «la llibertat i la igualtat de l'individu i dels grups en els quals s'integra siguin reals i efectives».

Llegim, així doncs, al preàmbul d'aquella Proposició, que «el continuo incremento de tarifas en los servicios de transporte regular, por otra parte plenamente justificado dada la constante y reiterada elevación de los precios de los combustibles, está resultando cada día más gravoso para los residentes de las Baleares, que no disponen de autonomía a la hora de desplazarse a la Península». Aquesta és, prossegueixen els proponents, «una diferencia clara que establece la

empiece éste». Així doncs, pels motius que ja queden exposats, el Decret llei 36/1962 no entrà en vigor fins dia 23 de març del 1971.

³¹ BOE núm. 269, de 8 de novembre, pàg. 15814.

insularidad: los españoles residentes en las Islas tienen limitadas sus posibilidades de desplazamiento al resto del territorio nacional, al barco o al avión, mientras que los residentes en la Península pueden disfrutar de otros medios que, por cierto, al resultar deficitarios en su explotación deben ser subvencionados generosamente a través de los Presupuestos Generales del Estado a cuyo capítulo de ingresos contribuyen, sin distinción entre insulares o no, todos los ciudadanos españoles».

El diputat Francesc Garí Mir tingué ocasió de reiterar aquests arguments davant el Ple del Congrés quan, dia 29 d'abril del 1981, es discutí la presa en consideració de la Proposició de llei presentada gairebé un any abans.³² El parlamentari illenc dedicà una bona part del seu discurs a reflexionar sobre el fenomen de la insularitat, argumentant que presenta al mateix temps «inconvenientes y aspectos favorables: posibilita y favorece actividades en las que nuestra concurrencia puede realizarse en aceptables y hasta ventajosas condiciones, dificulta algunas e imposibilita totalmente otras». El seu propòsit, en efecte, era evitar presentar el fet insular només «como una desventaja, acentuando demagógicamente sus perfiles negativos». Seguidament va treure a col·lació l'art. 138.1 de la Constitució per afirmar que «las [Cortes] Constituyentes entendieron que el hecho insular es un hecho distinto, al que hay que dar, como tal, un tratamiento diferenciado, particular y específico». Per això, la presa en consideració i l'aprovació de la Proposició de llei —«peça indispensable» per resoldre el problema de la insularitat— seria útil, raonà l'orador, per a «transmitir la seguridad de que las Cámaras son conscientes del problema insular y de que la Constitución no es mera palabrería». Després prengué la paraula el diputat Santiago Rodríguez-Miranda Gómez, que havia rebut l'encàrrec per part del Govern de manifestar a la Cambra la seva «actitud favorable» envers la Proposició: el «criteri bàsic» del Govern, explicà, havia estat el mateix art. 138.1 de la Constitució, que estableix el «hecho insular como uno de los que han de ser determinantes de la aplicación del principio de la solidaridad entre las diversas partes del territorio nacional». També recordà la diferència de tracte entre les Illes Canàries i les Illes Balears; una situació que el propi diputat titllà de «concreto agravio para quienes residían, fueran o no oriundos de las Baleares, en el territorio de este archipiélago».

La votació de la presa en consideració, que es verificà tot seguit d'acabada la intervenció de Santiago Rodríguez-Miranda, fou gairebé unànime: 270 vots a favor, dos en contra i 12 abstencions.

S'inicià aleshores un nou torn d'intervencions per a l'explicació del vot. Parlà en primer lloc el menorquí Joan Francesc Triay Llopis, que començà el seu discurs reivindicant «el

³² *Diario de Sesiones* (Congreso) núm. 164, de 29 d'abril de 1981, pàg. 10059-10066.

interés y la preocupación de los socialistas por los problemas de transporte de los ciudadanos residentes en Baleares». També afirmà que, «para que los aumentos porcentuales no sean una solución ficticia, es necesario que exista transparencia en la confección de las tarifas de transporte, en su estructura interna, o sea, en la imputación de los distintos costes a las distintas líneas o trayectos. Y, por otro lado, que exista también transparencia en la gestión de las empresas concesionarias de transportes y en sus resultados económicos». En segon lloc, prengué la paraula el diputat Antonio Palomares Vinuesa, del Grup Parlamentari Comunista, que fins i tot elogià el discurs de Francesc Garí Mir: «quiero decir la satisfacción que hemos encontrado en la exposición del señor Garí Mir por lo que anuncia de predisposición, no sólo con esta ley, a empezar a resolver los problemas de los habitantes del archipiélago balear». Finalment parlà, pel Grup de Coalició Democràtica, el diputat Manuel Fraga Iribarne, que declarà haver votat favorablement la presa en consideració «con tanta mayor satisfacción cuanto que la primera iniciativa sobre este punto fue tomada en la otra Cámara por nuestro senador el señor Matutes».

Certament, dia 23 d'abril del 1980, el senador Abel Matutes Juan —membre d'Aliança Popular, fou elegit successivament per la circumscripció d'Eivissa i Formentera el 1977 i el 1979— havia presentat a la Cambra alta una Proposició no de llei «sobre homologación de las tarifas aéreas y marítimas para los residentes en las diversas regiones insulares y sobre no autorización de subidas en las mismas durante 1980».³³ El seu contingut era el següent:

«1. Que por el Gobierno se proceda inmediatamente a la homologación en las subvenciones a que tienen derecho los residentes en el archipiélago balear con las que disfrutaban los residentes en las Islas Canarias, tanto en el transporte aéreo como el marítimo.³⁴

³³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado), sèrie I, núm. 48, de 2 de maig de 1980, pàg. 1096 i 1097.

³⁴ Aleshores, en efecte, ja existia un «descompte de resident»: fou introduït per l'art. 3 de l'Ordre de 2 de juliol del 1979, «por la que se autoriza la elevación de tarifas en los servicios aéreos regulares para la red interior», segons el qual «los vuelos interinsulares dentro de las Islas Canarias, los interinsulares dentro de las Islas Baleares, así como los vuelos desde las Islas Baleares con la Península tendrán un descuento del 10 por 100 para los residentes en las Islas respectivas» [BOE núm. 158, de 3 de juliol, pàg. 15146]. Aquesta disposició seria reiterada per l'art. 5 de l'Ordre de 24 de gener del 1980 [BOE núm. 22, de 25 de gener, pàg. 1899], l'art. 3 de l'Ordre de 9 de juliol del 1980 [BOE núm. 160, d'11 de juliol, pàg. 15863], l'art. 3 de l'Ordre de 22 de desembre del 1980 [BOE núm. 307, de 23 de desembre, pàg. 28284] i l'art. 3 de l'Ordre de 10 de juliol del 1981 [BOE núm. 168, de 15 de juliol, pàg. 16090]. Es mantingué vigent, per tant, fins a l'entrada en vigor de la Llei 46/1981, el contingut de la qual s'incorporà a l'art. 3

2. Teniendo en cuenta la gravísima repercusión que la modificación al alza de las tarifas aéreas y marítimas supondría para la ya muy deterioradora economía de ambas regiones, el Gobierno no autorizará en el transcurso del presente año ningún tipo de subida en el precio de las tarifas aéreas y marítimas con destino a las Islas Canarias y Baleares [...]».

El debat sobre aquesta Proposició va tenir lloc durant la sessió plenària del Senat celebrada dia 22 d'octubre del 1980.³⁵ El senador Abel Matutes defensà la seva aprovació, tot i retirar-ne el segon punt per extemporani, amb un discurs de fort contingut polític. Li replicaren dos senadors mallorquins: el socialista Gregori Mir Mayol, que basà el seu vot negatiu —entre d'altres motius— en «el tono imperativo y coaccionante, casi, del texto de la Proposición»,³⁶ i el centrista Josep Zaforteza Calvet, que centrà la seva crítica en què, «para el señor Matutes, estos descuentos deben beneficiar a todos los residentes en Baleares. Para los hombres de Unión de Centro Democrático, estas subvenciones solamente van a beneficiar a los españoles residentes

de la posterior Ordre de 24 de maig del 1982 [BOE núm. 133, de 4 de juny, pàg. 15084]. Al seu torn, l'Ordre de 24 d'abril del 1980, «sobre actualización de los precios de pasaje marítimo y vehículos en el tráfico de cabotaje nacional», estipulà en el seu art. 2 que «el precio de los billetes entre Península e Islas Baleares tendrá un descuento del 10 por 100 para los residentes en las Islas Baleares» [BOE núm. 102, de 28 d'abril, pàg. 9218-9220]. Segons el diari català *La Vanguardia* [d'1 de maig de 1980, pàg. 29], aquesta darrera disposició s'hauria pres «tal vez en un intento de igualar a los isleños residentes en Baleares con los canarios», que «ya desde tiempo —en concret, com hem vist, des de l'Ordre de 6 de juny del 1963— venían disfrutando [de un descuento] en las líneas marítimas llamadas de “soberanía”». L'art. 2 de l'Ordre de 24 d'abril del 1980 seria reiterat per l'art. 2 de l'Ordre de 26 de setembre del 1980 [BOE núm. 235, de 30 de setembre, pàg. 21762-21764]. Curiosament, totes aquestes dades van ser omeses completament per part dels promotors de la Llei 46/1981, tal vegada perquè eren conscients de l'absoluta irrellevància d'aquell primerenc «descompte de resident»: el qual, per una banda, discriminava clarament les Illes Balears (recordem, per exemple, que la reducció del preu dels viatges entre les Canàries i la Península ascendia fins al 33%); i, per l'altra, quedava en la pràctica anorreat per les contínues «pujades diferencials» de les tarifes del transport, com denuncià amb encert el diputat Joan Francesc Triay Llopis en el seu discurs de dia 29 d'abril del 1981. També es mostra molt crític amb aquesta situació, com hem vist, el mateix senador Abel Matutes en el preàmbul de la seva Proposició no de llei.

³⁵ *Diario de Sesiones* núm. 79 (Senado), de 22 d'octubre de 1980, pàg. 4023-4031.

³⁶ En canvi, en aquell moment ja anuncià que el Grup Parlamentari Socialista votaria «afirmativamente la Proposición de Ley que pronto tiene que ser discutida en el Congreso y que pronto tiene que llegar a esta Cámara. Y la votaremos afirmativamente porque una Proposición de Ley obliga mucho más al Gobierno; porque su planteamiento formal es correcto y justificado; y, por último, porque vendrá avalada por un conjunto de estudios técnicos ya elaborados o en período de elaboración».

en el archipiélago balear».³⁷ Així les coses, la Proposició no de llei va ser rebutjada després d'obtenir tres vots a favor i 103 en contra.

Tornant a la Proposició de llei sobre el «descompte de resident», acabat el debat sobre la seva presa en consideració, en data 12 de maig, va ser remesa a la Comissió de Transports i Comunicacions perquè fos tramitada pel procediment ordinari.³⁸ La ponència corresponent³⁹ aprovà dia 15 d'octubre del 1981 el seu informe.⁴⁰ Del mateix mereixen ser destacades les següents particularitats:

- Es rebutjaren sengles esmenes a la totalitat presentades pel diputat centrista Lorenzo Olarte i pel Grup Parlamentari Socialista «en el sentido de transformar esta Proposición en una que, con un alcance más amplio, recogiera la situación de las bonificaciones del transporte a Canarias». Ambdues esmenes foren retirades pels seus proponents «para no interferir en la rápida aprobación de esta Proposición de Ley».
- En virtut d'una esmena plantejada pel diputat centrista Francisco Javier Aguirre de la Hoz, la ponència va acordar disminuir la reducció del 33% al 25%. «En estudios realizados por el Gobierno —había argumentat el parlamentari— se había determinado que el coste de la insularidad en Baleares, junto con la repercusión económica de la bonificación [...], resultaba desproporcionado».⁴¹ Així i tot, la ponència, abans de

³⁷ El règim jurídic establert per la Llei 46/1981 hauria de ser modificat precisament per aquest motiu, mitjançant la disposició addicional 1a de la Llei de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 1988, després que la Comissió Europea, amb la seva Decisió de 22 de juny del 1987, declarés incompatible amb el Dret de la Unió Europea el reconeixement del «descompte de resident» només als nacionals espanyols, sense incloure-hi els de la resta d'Estats membres.

³⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso) núm. 101-II, sèrie B, de 26 de maig de 1981.

³⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso) núm. 101-II, sèrie B, de 28 d'octubre de 1981, pàg. 398/3. La ponència en qüestió estava formada pels centristes Lorenzo Olarte Cullén, Francesc Garí Mir, Francisco Javier Aguirre de la Hoz, Antoni de Senillosa i Cros; pels socialistes Enric Sapena Granell, Joan Francesc Triay Llopis i Francesc Ramos i Molins; pel comunista Antonio Palomares Vinuesa; pel nacionalista basc Gerardo Bujanda Sarasola, i pel nacionalista català Joaquim Molins i Amat. Els únics membres balears de la ponència eren el mallorquí Francesc Garí Mir i el menorquí Joan Francesc Triay Llopis.

⁴⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso) núm. 101-II, sèrie B, de 28 d'octubre de 1981.

⁴¹ Durant el debat de presa en consideració, el diputat Santiago Rodríguez-Miranda —que tenia conferida la representació del Govern— ja havia advertit que «el principio de justicia y el principio de solidaridad imponen que el criterio, en orden al establecimiento de [la] bonificación en las tarifas, sea

prendre una decisió, reclamà la compareixença de l'enginyer palmesà Fernando Piña Saiz, subsecretari d'Aviació Civil,⁴² «para que explicase los conceptos que intervenían en la determinación de la tarifa del pasaje a Baleares».

- L'entrada en vigor de la Llei es fixà per a l'1 de gener del 1982.⁴³

La Comissió de Transports, Turisme i Comunicacions, amb competència legislativa plena,⁴⁴ va debatre aquest informe en la seva sessió de dia 5 de novembre del 1981.⁴⁵ A proposta del diputat centrista Francisco Javier Aguirre de la Hoz, i després d'una breu discussió tècnica, s'afegí a l'art. 2 de la Proposició de llei un incís final en el sentit que la bonificació seria aplicable «solamente a los trayectos directos, sin que en ningún caso pueda hacerse extensiva a los sucesivos». Així mateix, després de constatar els equívocs que podia provocar l'expressió «vuelos interinsulares»,⁴⁶ la Comissió decidí puntualitzar que l'expressió es referia en exclusiva

adecuado al hecho del distanciamiento en relación al territorio peninsular, a fin de evitar incidir en lo que pudieran ser situaciones de privilegios».

⁴² Nomenat pel Reial decret 2763/1978, de 28 de novembre, va ser cessat pel Reial decret 3533/1982, de 7 de desembre.

⁴³ El diputat Santiago Rodríguez-Miranda —que, com hem vist, tenia conferida la representació del Govern en el debat de presa en consideració— ja s'havia pronunciat en aquest sentit: «el criterio del Gobierno [es] [...] que la vigencia de la misma tenga lugar una vez haya concluido la actual Ley General de Presupuestos para el ejercicio de 1981, toda vez que los supuestos a que aquí se refiere no aparecen contemplados específicamente en la Ley de Presupuestos con vigencia para el ejercicio económico actual». La idea fou rebutada, en aquella mateixa avinentesa, pel diputat comunista Antonio Palomares Vinuesa: «no entendemos la propuesta hecha en nombre del Gobierno por el señor Rodríguez-Miranda, pretendiendo que esto, que es de justicia y hemos votado aquí, sólo entre en vigor en el año 1982. Vamos a defender que esto, que es de justicia, entre en juego legal en cuanto la Comisión dictamine sobre esta justicia al pueblo balear». Però també per Manuel Fraga Iribarne: «desde ahora anticipo que nuestro Grupo hará algunas enmiendas en el sentido que se ha indicado en la intervención anterior de adelantar —ya que tanto se ha retrasado— la entrada en vigor, con todos sus efectos beneficiosos, de esta Proposición de Ley».

⁴⁴ *Diario de Sesiones* (Congreso) núm. 194, de 3 de novembre de 1981, pàg. 11459 i 11460.

⁴⁵ *Diario de Sesiones* (Congreso-Comisión) núm. 52, de 5 de novembre de 1981, pàg. 2434-2438.

⁴⁶ El diputat català Joaquim Molins demanà la paraula per fer la següent al·legació al respecte: «en la redacción del art. 2 se habla de la bonificación del 25 por ciento para los trayectos entre el archipiélago y el resto del territorio nacional, y del 10 por ciento de los interinsulares [...]; pienso que se debería introducir una aclaración respecto a que son interinsulares en el archipiélago balear, no respecto a Canarias, para los cuales hay que aplicar el 25 por ciento. Creo que se puede malinterpretar la forma en que está escrito el art. 2».

a les Illes Balears perquè, «efectivamente, el término interinsulares estaba en la intención de la ponencia claramente referido únicamente al archipiélago balear».

La iniciativa legislativa va ser aprovada per unanimitat. En el posterior torn d'explicació de vot, el diputat socialista Joan Francesc Triay Llopis expressà la seva «satisfacció» alhora que manifestà la intenció del seu Grup Parlamentari d'aconseguir que «los residentes en Canarias puedan disfrutar también de bonificación en el transporte aéreo y marítimo entre islas, que es el que hoy no disfrutan». Advertí, així mateix, «que estos descuentos que ahora se obtienen, especialmente el del 10 por ciento en los trayectos aéreos o marítimos entre islas, pueden ser absolutamente pura ficción si el Gobierno, el Ministerio de Comercio y los organismos responsables siguen con la política de incrementar cada vez más [las tarifas de] los vuelos entre las islas más que el incremento de la media nacional [...]. Queremos expresar nuestro deseo de que se mantenga, en cierto modo, la estructura actual de las tarifas proporcionalmente». El diputat menorquí també demanà al Govern «agilizar al máximo la tramitación para que los ciudadanos puedan hacer efectivos estos descuentos [...], habría que ir a la utilización directa del Documento Nacional de Identidad o a certificaciones municipales de larga duración».⁴⁷ La seva intervenció va concloure amb la indicació dels «problemas de transporte en Baleares que aquí no quedan resueltos»: la programació horària dels vols, «que no responde en absoluto a las necesidades de una comunidad insular que carece de modos alternativos de transporte»; i l'obsolescència de moltes infraestructures de transport, tant aeri com marítim. A continuació va prendre la paraula molt breument el diputat centrista Francesc Garí Mir, que es limità a recordar que «para consagrar la igualdad entre todos los españoles es preciso y necesario considerar y corregir también la desigualdad que se produce entre algunos de ellos. De hecho, los extra-peninsulares —sin hacer distinción en este momento— sufríamos una discriminación con respecto al resto de los españoles, que era preciso y necesario corregir».

El text aprovat fou remès, seguint el curs habitual del procediment legislatiu, al Senat, on es registrà i publicà en data 26 de novembre.⁴⁸ El venidor dia 1 de desembre, el Ple de la Cambra atorgà competència legislativa plena a la Comissió d'Obres Públiques, Urbanisme, Transport i

⁴⁷ Aquesta darrera idea seria acollida per l'art. 2.2 del Reial decret 3269/1982, de 12 de novembre (BOE núm. 287, de 30 de novembre), com veurem en el moment oportú, que va preveure un període de validesa de sis mesos per als denominats «certificats de resident». En canvi, l'opció de justificar la residència amb el DNI no arribaria fins que es començà a aplicar la disposició addicional 34a de la Llei 66/1997, de 30 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social.

⁴⁸ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado) núm. 202 (a), sèrie II, de 26 de novembre de 1981.

Estudi de la Llei 46/1981, de 29 de desembre...

Comunicacions per a la seva tramitació.⁴⁹ Durant el termini obert a l'efecte, foren presentades dues esmenes: la núm. 1, plantejada pel diputat eivissenc Abel Matutes Juan, pretenia tornar a situar la reducció en el 33%; i la núm. 2, obra del parlamentari menorquí Tirso Pons Pons, perseguia que la reducció del 25% fos aplicable tant als vols amb la Península com als vols entre illes.⁵⁰ Al final, però, la Comissió rebutjà ambdues esmenes, de manera que en la seva sessió de dia 15 de desembre del 1981 la Proposició de llei fou aprovada «sin introducir modificaciones en el texto remitido por el Congreso de los Diputados».⁵¹

IV. Anàlisi de contingut de la Llei 46/1981, de 29 de desembre

La Llei 46/1981 fou promulgada pel rei Joan Carles I des de Vaquèira-Beret i publicada en el BOE en sol demà.⁵² La norma, sense preàmbul, constà finalment de cinc articles i una disposició final, que podem sintetitzar en els termes següents:

- Reconeixement del dret. L'art. 1 estipulà el dret subjectiu d'«els espanyols residents a les illes Balears» a gaudir, «en la utilització dels serveis de transport regular de passatgers entre l'arxipèlag i la resta del territori nacional, així com dels interinsulars», «d'una reducció en el preu».
- Quantia de la reducció. Segons l'art. 2, la «bonificació de les tarifes» —o, el que és el mateix, la «reducció en el preu»— seria del 25% «del total de l'import d'aquestes [tarifes] per als trajectes entre l'arxipèlag i la resta del territori nacional» i del 10% «per als [trajectes] interinsulars a l'arxipèlag balear».
- Àmbit d'aplicació. El mateix art. 2, en la seva apòdosi, advertia que la bonificació només seria aplicable «als trajectes directes, sense que en cap cas es pugui fer extensiva als successius».
- Funcionament. Els arts. 3 i 4 regularen la manera com s'hauria d'aplicar la bonificació de tarifes: les empreses concessionàries quedaven obligades a comercialitzar els seus passatges amb el preu reduït segons els percentatges de l'art. 2 i, al seu torn, l'Estat tenia el deure «de reintegrar a les empreses concessionàries dels

⁴⁹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado) núm. 202 (b), sèrie II, de 4 de desembre de 1981.

⁵⁰ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado) núm. 202 (c), sèrie II, de 12 de desembre de 1981.

⁵¹ *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Senado) núm. 202 (d), sèrie II, de 17 de desembre de 1981.

⁵² La seva traducció catalana oficial, que seguirem d'ara en endavant, consta en el suplement retrospectiu del BOE núm. 3 de 1981, pàg. 118.

serveis l'import total de la reducció aplicada que s'acrediti en la forma que es determini per reglament».

- Desplegament de la Llei. Com és habitual, l'art. 5 facultà el Ministeri de Transports i Comunicacions, el Ministeri d'Hisenda i el Ministeri de l'Interior per «dictar les disposicions necessàries per al desplegament» de la Llei.
- Entrada en vigor. De conformitat amb la disposició final, la Llei entraria en vigor en data 1 de gener del 1982, o sigui: dos dies després de la seva publicació en el BOE.

V. El primer desenvolupament reglamentari de la Llei 46/1981, de 29 de desembre: el Reial decret 3269/1982, de 12 de novembre

En la reunió de dia 12 de novembre del 1982, el Consell de Ministres aprovà el nou «tractament uniforme» per a l'obtenció, el control i la justificació de les bonificacions per al transport que aleshores regulaven, a les Canàries, el Decret llei 22/1962 i, a les Balears, la Llei 46/1981.⁵³ D'aquesta manera es posà fi a la dispersió normativa que hem vist a l'epígraf II i, al mateix temps, se simplificà notablement «el trámite para acreditar la condición de residente en las provincias insulares, que pretende eliminar formalismos excesivos, sin merma de las garantías precisas para la debida aplicación de los fondos públicos».

De fet, el gruix del Reial Decret 3269/1982 —art. 1 a 6— està dedicat precisament a regular les formes d'acreditació de la condició d'espanyol resident «en el territorio que comprenden las provincias de Baleares, Las Palmas y Santa Cruz de Tenerife» [art. 1]. El sistema seguia consistint en l'exhibició d'un «certificat de resident» que s'hauria d'expedir i registrar de la manera prevista per l'art. 2, en el benentès que seria vàlid durant mig any des de la data d'expedició [art. 2.2] i que els interessats podrien substituir-lo per una còpia compulsada [art. 3]. Les companyies de transport i les agències de viatge quedaven obligades, en virtut de l'art. 4 del Reial decret 3269/1982, a verificar la identitat del titular del certificat amb la seva documentació personal i, a més a més, l'art. 5 advertia que «El uso de los certificados de que se trata en los artículos anteriores por persona distinta de su titular así como su expedición indebida, dará lugar

⁵³ En realitat, l'art. 1 del Reial decret 3269/1982 també admetia la seva aplicabilitat a les bonificacions «concedidas o que en el futuro pudiera acordar el Gobierno, con arreglo a lo previsto en la base veinticinco de las del contrato regulador de los Servicios de Comunicaciones Marítimas de Interés Nacional a suscribir entre el Estado y la Compañía “Trasmediterránea, S. A.”, aprobadas por Real Decreto 1876/1978, de 8 de julio».

a que se ponga en conocimiento de la Jurisdicción Penal cuando tales hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal».⁵⁴ L'art. 6, per últim, mantenia la possibilitat de justificar a posteriori la condició de resident, tal i com ja havia contemplat l'Ordre de 31 d'octubre del 1963.

La resta de preceptes del Reial decret 3269/1982 —art. 7 a 10— regulaven l'operativitat pràctica del «descompte de resident»: la documentació acreditativa de la condició de resident dels viatgers serviria de justificant, en els termes de l'art. 7, a l'hora de realitzar les liquidacions trimestrals que seguia preveient l'art. 9. Mereix ser destacada, al respecte, la facultat d'inspecció atorgada per l'art. 10 al Ministeri d'Hisenda i al Ministeri de Transports, Turisme i Comunicacions en relació amb «la documentación presentada por las Compañías para hacer efectiva la subvención de que se trata».

Hem d'entendre que el Reial decret 3269/1982, que entrà en vigor dia 1 de desembre del 1982 d'acord amb la seva disposició final, deixà derogades (tàcitament) les diverses ordres ministerials que hem estudiat en l'epígraf II. Al seu torn, la disposició final 1a del posterior Reial decret 255/1989, de 17 de febrer, derogaria expressament el Reial decret 3269/1982.

VI. Reflexió prospectiva sobre la naturalesa del «descompte de resident»

El «descompte de resident», expressió col·loquial que hem procurat emprar amb mesura al llarg de les pàgines precedents, va néixer com una subvenció; recordem, en efecte, el títol literal de la Llei 118/1960, de 22 de desembre, «por la que se otorga una subvención al tráfico aéreo interior con las Islas Canarias». Posteriorment, el terme seria utilitzat amb reiteració per la normativa que hem estudiat amb detall en l'epígraf II. La Llei 46/1981, en canvi, evità l'ús del vocable «subvenció»: així, l'art. 1 es refereix a «una reducció en el preu», tal i com passa amb l'art. 4, mentre que l'art. 2 al·ludeix a «la bonificació de les tarifes». Ben al contrari, el Reial decret 3269/1982 recupera —en el seu mateix títol— la paraula «subvenció», però a l'articulat empra també «bonificació» [art. 1], «reducció» [art. 7] i àdhuc «preu reduït» [art. 9].

⁵⁴ Certament, el Codi penal del 1973, aleshores en vigor, tipificava en el títol III del seu Llibre II les «falsedats», entre les que s'inclouen —secció 3a del capítol IV— «la falsificación de documentos de identidad y certificados». Vegi's, en el Codi actual, el capítol II del títol XVIII, sobretot la secció 3a, així com l'art. 400 bis.

Aital dispersió terminològica —que hem de vincular a la indesitjable dispersió normativa que encara avui es pateix en aquest àmbit⁵⁵— justifica els dubtes que podria generar, des d'una perspectiva dogmàtica però també positiva, la naturalesa jurídica del «descompte de resident»: es tracta o no d'una subvenció?

En aquest sentit ha de ser mencionat el Decret 43/2008, d'11 d'abril, regulador de la bonificació a les tarifes dels serveis regulars de transport marítim interinsular per als residents a la comunitat autònoma de les Illes Balears,⁵⁶ la disposició addicional 2a del qual establí, textualment, que «Les bonificacions que preveu aquest Decret no es troben subjectes al règim de la legislació de subvencions». Aquesta mesura es prengué, segons s'explica al preàmbul del mateix Decret 43/2008, perquè «la terminologia utilitzada de “subvencions” per referir-se a les reduccions tarifàries [...] pot ser causa d'interpretacions equivocades i d'inseguretat jurídica amb relació a l'aplicabilitat de la regulació del Decret legislatiu 2/2005, de 28 de desembre, pel qual s'aprova el Text articulat de la Llei de subvencions; de manera que convé aclarir la qüestió amb l'adopció d'una terminologia més adequada a la naturalesa d'aquestes bonificacions, que no són subvencions, sinó reduccions o bonificacions tarifàries de les quals es beneficia una col·lectivitat indeterminada d'usuaris i no les empreses navilieres prestadores dels serveis». Així, el Decret 43/2008 usa sobretot l'expressió «bonificació», però també —en el seu art. 4— «reducció tarifària» i «descompte».

Ben diferentment, la disposició addicional 13a de la Llei 17/2012, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2013 —que constitueix el règim jurídic vigent del «descompte de resident»— es remet directament a Llei 38/2003, de 17 de novembre, general de subvencions, a l'hora de regular, en els seus apartats 8 i 9, les obligacions de les companyies aèries i marítimes que cobreixen els trajectes bonificats. També utilitza, però això

⁵⁵ Aquest problema va ser admès pel Govern de l'Estat en el preàmbul del Reial decret 1316/2001, de 30 de novembre: «Tal dispersión normativa, motivada en su momento por la necesidad de adecuar las ayudas a las características de cada territorio y al ámbito de los trayectos, ha generado diferencias carentes hoy de justificación, derivadas del distinto sistema de fijación de las bonificaciones y del mantenimiento en algunos casos de límites cuantitativos máximos». No podem afirmar, però, que actualment aquest problema s'hagi resolt.

⁵⁶ L'estudi dels diversos decrets que el nostre Govern autonòmic ha anat dictant des de la darrera de la dècada del 1990 per complementar alguns aspectes del règim estatal del «descompte de resident» aplicable al transport per mar és una qüestió que s'escapa de l'àmbit d'aquest treball. Només indicarem, per tant, que l'al·ludit Decret 43/2008 derogà expressament el Decret 57/1999, de 28 de maig, pel qual es regula un règim de subvenció per als residents a les Illes Balears que utilitzin el transport marítim regular en els desplaçaments interinsulars.

no és nou, les expressions «subvenció» i «bonificació», de la mateixa manera que ho fa el Reial decret 1316/2001, de 30 de novembre, que ha vingut a substituir a través del temps el Reial decret 3269/1982, estudiat amb detall en l'epígraf V.⁵⁷ Així, l'art. 5.3 del Reial decret 1316/2001 preveu, per al cas d'incompliment dels requisits de residència i de la seva acreditació, que «el beneficiario quedará sujeto a la responsabilidad que corresponda de conformidad con lo dispuesto para el incumplimiento de condiciones en la normativa reguladora de las ayudas y subvenciones públicas».

Sembla clar que el criteri de l'Estat —mantingut, en realitat, des de la Llei 118/1960— ha de prevaler davant els criteris excessivament puritans que aplicà el Govern de les Illes Balears amb l'aprovació del Decret 43/2008. I és que no podem oblidar que el món de les subvencions presenta una «extrema diversitat»⁵⁸ tant en el pla normatiu com en el pla doctrinal, fins al punt que Julio NIEVES BORREGO afirmava —en un moment tan reculat com el 1963— que entre totes les definicions de subvenció «no hay dos semejantes, e incluso la mayoría presentan diferencias importantes y que no obedecen a una simple cuestión de matiz»⁵⁹.

La caracterització de les quantitats que perceben les empreses de transport aeri i marítim en concepte de «descompte de resident» —en aplicació de l'art. 4 de la Llei 46/1981, en origen, i actualment en aplicació dels múltiples preceptes que l'han desenvolupat— pot ser caracteritzada fàcilment com una subvenció: es tracta d'una disposició dinerària que realitza l'Administració general de l'Estat sense cap contraprestació a canvi i que està subjecta a la realització d'una activitat que es considera d'utilitat pública o interès social. Al respecte, és ben rellevant destacar que l'art. 2.1.b) de l'al·ludida Llei general de subvencions,⁶⁰ per una

⁵⁷ Com hem vist, el Reial decret 3269/1982 fou derogat pel Reial decret 255/1989, que al seu torn seria modificat substancialment pel Reial decret 1291/1999, de 23 de juliol. Finalment, tant l'un com l'altre van ser derogats expressament pel Reial Decret 1316/2001, que es manté en vigor avui com aclareix l'apartat 10 de la disposició addicional 13a de la Llei 17/2012, de 27 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2013.

⁵⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo General*, op. cit., T. II, pàg. 365.

⁵⁹ NIEVES BORREGO, J. «Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención». *Revista de Administración Pública*, núm. 42 (1963), pàg. 23.

⁶⁰ El «concepte de subvenció» que ofereix l'art. 2.1 del ja referit Decret legislatiu 2/2005 és idèntic, gairebé paraula per paraula, i de fet es veu amplificat en virtut de l'art. 2.2: «així mateix, es considera subvenció qualsevol ajuda econòmica prestada amb càrrec als pressupostos generals de la comunitat

banda, permet que l'objectiu, el projecte, l'activitat o el comportament del beneficiari estiguin «ja efectuats o per efectuar»; i, per l'altra, estableix el deure del propi de beneficiari «de complir les obligacions materials i formals que s'hagin establert». En el cas que ens ocupa, la subvenció del «descompte de resident» es percebria una vegada efectuada l'activitat subvencionada i sempre i quan el beneficiari complís el conjunt de requisits que, originalment, estipularen els art. 7 a 10 del Reial decret 3269/1982.

Aquest, però, només és un vessant del problema, perquè si observem el «descompte de resident» des de la perspectiva del viatger és evident, pels mateixos motius que s'acaben d'exposar, que no es tracta d'una subvenció. En aquest punt hem de coincidir amb el preàmbul del Decret 43/2008 quan declara que «aquestes bonificacions [...] no són subvencions, sinó reduccions o bonificacions tarifàries de les quals es beneficia una col·lectivitat indeterminada d'usuaris». Certament, la paraula «bonificació» s'ajusta molt bé a la naturalesa del «descompte de resident» des del punt de vista d'aquest: el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia Española defineix «bonificar» com «conceder a algúen, por algún concepto, un aumento, generalmente proporcional y reducido, en una cantidad que ha de cobrar, o un descuento en la que ha de pagar». I això darrer és precisament el que els passa als residents a les Illes Balears gràcies a la subvenció que al seu torn ha rebut l'empresa aèria o marítima corresponent.

El «descompte de resident», aleshores, és tant «subvenció» com «bonificació» perquè al cap i a la fi no deixa de ser una «ajuda pública». I, com advertí el Tribunal de Justícia de la Unió Europea en la coneguda Sentència de 23 de febrer del 1961 (assumpte 30/59), «el concepto de ayuda es más general que el concepto de subvención»⁶¹. Per això, de la mateixa manera que durant molts anys els greuges de la insularitat han pogut ser combatuts mitjançant aquesta singularíssima ajuda pública que és el «descompte de resident» nascut amb la Llei 46/1981, el futur l'haurà d'escriure una altra ajuda pública com són les obligacions de servei públic.

autònoma, així com les ajudes finançades, totalment o parcialment, amb fons de la Unió Europea o d'altres ens públics».

⁶¹ SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo General*, op. cit., T. II, pàg. 366.

VII. Bibliografia

CALATAYUD PRATS, I. «Las obligaciones de servicio público y las subvenciones a pasajeros residentes en el transporte aéreo y Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Análisis crítico». *Hacienda Canaria*, núm. 40 (2014), pàg. 307-348.

CUÉTARA MARTÍNEZ, J. M. de la. «Las comunicaciones marítimas nacionales: calificación jurídico-administrativa de los “servicios de soberanía”». *Revista de Administración Pública*, núm. 80 (1976), pàg. 169-201.

- «La gestión de las comunicaciones marítimas nacionales. Un nuevo régimen». *Revista de Administración Pública*, núm. 94 (1981), pàg. 287-316.

El transporte regional en Canarias. III Jornadas de Estudios Económicos Canarios. Madrid: Instituto de Estudios de Transportes y Comunicaciones, 1983.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. «Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos». *Revista de Administración Pública*, núm. 12 (1953), pàg. 129-157.

MEILÁN GIL, J. L. «Sobre la determinación conceptual de la autorización y la concesión. (A propósito del régimen jurídico de las Centrales Lecheras)». *Revista de Administración Pública*, núm. 71 (1973), pàg. 59-99.

NIEVES BORREGO, J. «Estudio sistemático y consideración jurídico-administrativa de la subvención». *Revista de Administración Pública*, núm. 42 (1963), pàg. 17-120.

SANTAMARÍA PASTOR, J. A. *Principios de Derecho Administrativo General* (2a ed.). Madrid: Iustel, 2009.

rjib15

JURISPRUDÈNCIA

(gener 2016-desembre 2016)

Jaume Munar Fullana
Doctor en dret
(Constitucional)

Miquel Masot Miquel
Advocat
(Dret civil balear)

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

Antonio J. Terrasa García
President del TSJIB
(Penal)

Fernando Socías Fuster
Magistrat del TSJIB
(Contenciosa administrativa)

Ferran Gomila Mercadal
Advocat
(Laboral)

I. Constitucional

1. INTERLOCUTÒRIA NÚM. 55/2016, D'1 DE MARÇ (PLE). QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT. SUSPENSIO D'EFFECTES DE CONVENIS COL·LECTIUS PER LA LLEI 15/2012, DE 27 DE DESEMBRE, DE PRESSUPOSTS GENERALS DE LA COMUNITAT AUTÒNOMA DE LES ILLES BALEARS. MESURES DE GESTIÓ DE PERSONAL, COMPETÈNCIA ESTATAL EN MATÈRIA DE LEGISLACIÓ LABORAL I COMPETÈNCIES AUTONÒMIQUES D'ORGANITZACIÓ DE PERSONAL PROPI I DISCIPLINA PRESSUPOSTÀRIA. INADMISSIÓ A TRÀMIT DE LA QÜESTIÓ PLANTEJADA PER LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA DE LES ILLES BALEARS.

Resum dels fets: el sindicat Unió General de Treballadors va formular davant la Sala Social del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears una demanda de conflicte col·lectiu contra l'entitat pública empresarial de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears «Serveis de Millora Agrària i Pesquera», contra el seu comitè d'empresa i un altre sindicat, essent norma aplicable al cas la disposició addicional quinzena de la Llei 15/2012, de 27 de desembre, de pressuposts generals de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears per a l'any 2013, vers la qual el Tribunal planteja una qüestió de constitucionalitat.

Analitzant les pretensions del sindicat demandant, la interlocutòria de plantejament raona que són contràries a la norma aplicable, pel que fa a determinats aspectes del règim retributiu, declarant la nul·litat de ple dret de qualsevol conveni col·lectiu, acord o pacte que s'oposi al nou règim, l'absorció de les millores retributives, i la no retribució per qualsevol altre concepte que no estigui previst en la disposició; així com la suspensió dels convenis, acords i pactes ja signats en l'àmbit de les entitats que integren el sector públic instrumental de la Comunitat Autònoma, en la mesura estrictament necessària per a l'aplicació de la disposició. El Tribunal que formula la qüestió entén que la disposició autonòmica pot comportar vulneració directa dels art. 37.1 i 149.1.7 CE, per manca de competència legislativa autonòmica en la matèria, i també pot suposar vulneració mediata de la legislació laboral continguda en l'Estatut dels treballadors.

Fonamentació jurídica: s'exposa amb caràcter central que la qüestió plantejada és de caràcter netament competencial, en discutir l'òrgan judicial que promou la qüestió que la Comunitat Autònoma de les Illes Balears tenguí competència per aprovar una norma com la qüestionada, en considerar que la regulació de l'estructura salarial i de la classificació del personal laboral al servei dels ens del seu sector públic instrumental constitueix *per se* legislació laboral, essent una matèria que pertany en exclusiva a la competència estatal en aplicació de l'article 149.1.7 CE, precepte que empara estrictament normes estatals i per tant el legislador autonòmic no pot dictar legislació laboral que declari la nul·litat de ple dret de convenis col·lectius o pactes individuals o la suspensió d'altres aspectes inclosos en els convenis.

El TC considera que s'ha de partir de la premissa que, efectivament, no hi ha dubte que dit precepte constitucional atribueix una reserva a l'Estat de la facultat exclusiva de producció de les normes legals i reglamentàries que regulen la matèria laboral amb caràcter general. No obstant això, considera que la Sala Social del TSJIB obvia en el seu plantejament que la norma autonòmica qüestionada no pretén regular amb caràcter general el règim de la negociació col·lectiva o la força vinculant dels convenis, aspectes propis de la legislació laboral estatal; sinó que contràriament té una altra finalitat, que qualifica d'interna o domèstica, lligada a les condicions concretes reconegudes al personal laboral al servei de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, en el marc de les competències que l'Estatut d'autonomia li atribueix per a l'organització del seu personal laboral propi i de disciplina pressupostària en relació amb les despeses de personal.

Continua expressant que no seria lògic reconèixer a la Comunitat autònoma competència per concloure convenis col·lectius amb el seu personal laboral i negar-la per suspendre'ls, quan això es requereix per l'interès general. Així, entén que la norma autonòmica no incideix sobre la matèria de legislació laboral en el sentit de l'art. 149.1.7a CE, perquè no es refereix a una regulació general, sinó a condicions concretes dels empleats públics de la Comunitat Autònoma, sense afectar l'estructura bàsica i general de la normativa social ni les seves categories nuclears; com tampoc no té per objecte fixar condicions de treball que alterin els mínims indisponibles establerts per la legislació estatal.

Afegeix igualment que de la doctrina constitucional no es pot desprendre que els convenis col·lectius només estiguin subordinats a normes estatals, ni tant sols a normes amb rang de llei, sinó de manera més àmplia a normes de major rang jeràrquic, que poden ser tant estatals

com autonòmiques, atès que la competència sobre legislació laboral no és l'únic títol jurídic que legitima per intervenir en aquesta matèria, com és la regulació orientada a l'organització del propi personal laboral autonòmic, relacionada com ja s'ha dit amb la competència derivada de la disciplina pressupostària en matèria de despeses de personal.

Seguidament duu a terme un paral·lelisme amb la doctrina establerta pel mateix TC sobre el fet que les mesures legislatives estatals de contenció de despesa de personal no s'emparen en la competència de legislació laboral, ni tampoc en la competència, igualment estatal, en matèria de funcionaris públics ex art. 149.1.18a CE, sinó en la de bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica ex art. 149.1.13a CE. Addicionalment, aquestes mesures de contenció de despesa troben cobertura igualment en el principi de coordinació amb la Hisenda estatal reconegut en l'art. 156.1 CE, i a partir d'aquí entendrà que les mesures específiques de disciplina pressupostària, adoptades per la Llei balear de pressuposts generals per a l'any 2013, es vinculen a la competència normativa de la comunitat autònoma en matèria d'ordenació de la seva hisenda, d'acord amb l'art. 30.28 EAIB, i la d'ordenació i planificació de l'activitat econòmica prevista en l'art. 31.6, en relació amb les competències d'organització i funcionament de l'Administració autonòmica previstes en els art. 30.1, 79 i 80 de l'Estatut.

Finalitza amb la reflexió d'acord amb la qual la capacitat de les comunitats autònomes per definir les seves despeses en els pressuposts corresponents només queda desplaçada en la mesura en què l'Estat hagi exercit les seves competències ex art. 149.1.13a CE; estant obligades a respectar les mesures bàsiques en matèria de despeses de personal establertes per l'Estat. Però respectant aquestes bases o sense existir dites mesures bàsiques, la competència autonòmica en matèria econòmica els faculta per dur a terme les mesures de disciplina pressupostària relacionades amb les despeses de personal que creguin necessàries.

Comentari: en el tractament de la qüestió, el TC acudeix a una reiteració de la seva doctrina sobre la distinció entre els àmbits de competència exclusiva estatal en matèria de legislació laboral amb la possible coexistència d'àmbits normatius autonòmics que poden tenir projecció en el règim del personal laboral al servei de l'Administració autonòmica. Entén d'aquesta manera que, per tractar-se d'una qüestió prou tractada en altres precedents, pot rebutjar *a limine* d'acord amb l'art. 37.1 LOTC la qüestió de constitucionalitat plantejada mitjançant interlocutòria, com així ha fet finalment, tot i que en realitat potser la feina d'anàlisi jurídica prou extensa que es duu a terme en els fonaments jurídics fa que,

materialment, el seu contingut sigui molt proper a una sentència que hagués pogut motivar la desestimació de la qüestió, i no la seva inadmissió a tràmit per «notorietat infundada».

Efectivament, tot i que el TC diu expressament que aquest concepte no vol implicar un judici peyoratiu sobre el dubte de constitucionalitat que planteja l'òrgan judicial, també recorda que el TC té marge d'apreciació per controlar la solidesa de la fonamentació de les qüestions d'inconstitucionalitat fent un examen preliminar de la seva viabilitat.

Així, entén que en aquest cas la qüestió s'ha de considerar notòriament infundada sobre el dubte de constitucionalitat que va plantejar el TSJIB sobre la disposició addicional quinzena de la Llei de pressuposts generals de la CAIB per a l'any 2013, quant que aquesta disposició pogués incórrer, citant textualment, «en inconstitucionalidad mediata o indirecta en relación a la legislación laboral básica contenida en los arts. 22.1, 26.3, 41 y 82 del Estatuto de los Trabajadores». I segueix indicant com «En materia de legislación laboral la competencia estatal no es básica, sino exclusiva y plena, comprendiendo por ello tanto las leyes y normas con rango de ley como los reglamentos, de conformidad con el art. 149.1.7 CE; esto excluye absolutamente la intervención legislativa de las Comunidades Autónomas en esta materia [...]. Está fuera de lugar, por tanto, traer a colación en este caso el canon de la inconstitucionalidad mediata o indirecta por contradicción con la legislación básica».

L'afirmació anterior ens planteja un dubte, com és si el TC considera que l'argument d'inconstitucionalitat mediata d'una llei autonòmica només és possible en el cas de normativa bàsica estatal i no de normativa exclusiva estatal. No sabem per tant si la «notorietat infundada» de la qüestió de constitucionalitat que formulava la Sala Social del TSJIB era per la qualificació formalment incorrecta de «bàsica» de la legislació estatal, quan és formalment legislació «exclusiva», o pel fet que la qüestió de fons del conflicte normatiu ja s'ha resolt anteriorment d'acord amb la jurisprudència constitucional.

Tampoc no s'ha d'oblidar que la qüestió formulada per l'òrgan judicial s'argumentava en primer lloc damunt una infracció directa d'articles de la norma fonamental, el 37.1 i el 149.1.7a CE, respecte dels quals res no ens diu el TC en la seva fonamentació jurídica quant a si també des d'aquesta perspectiva dita qüestió es trobava absolutament mancada de fonament. Si més no, l'extensió i argumentació dels FJ 4, 5 i 6 de la Interlocutòria, com hem dit, haurien pogut servir segurament per a una sentència de desestimació, si no s'hagués aplicat la tesi de la inadmissió d'entrada.

2. *SENTÈNCIA NÚM. 38/2016, DE 3 DE MARÇ (PLE). Ponent: Sr. Xiol Ríos. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. REQUISITS CONSTITUCIONALS I ESTATUTARIS HABILITANTS DELS DECRETS LLEI. DRETS FONAMENTALS D'EDUCACIÓ I DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DECLARACIÓ PARCIAL D'INCONSTITUCIONALITAT I ANUL·LACIÓ D'ALGUNS PRECEPTES DEL DECRET LLEI 5/2013, DE 6 DE SETEMBRE, PEL QUAL S'ADOPTAVEN DETERMINADES MESURES URGENTS EN RELACIÓ AMB LA IMPLANTACIÓ, PER AL CURS 2013-2014, DEL SISTEMA DE TRACTAMENT INTEGRAT DE LES LLENGÜES ALS CENTRES DOCENTS NO UNIVERSITARIS DE LES ILLES BALEARS.*

Resum dels fets: arran de l'aprovació del Decret 15/2013, de 19 d'abril, mitjançant el qual es regulava el tractament integrat de les llengües en els centres docents no universitaris de les Illes Balears, s'hi interposaren distints recursos contenciosos administratius, i en dos d'aquests processos es declarà la suspensió cautelar de l'efectivitat del seu annex que recollia el calendari d'aplicació dels projectes de tractament de llengües per al curs 2013-2014, com igualment la suspensió cautelar de vigència de dues instruccions de 9 de maig de 2013 dictades per a l'execució del Decret, mitjançant resolucions judicials del TSJIB núm. 203/2013 i 207/2013, ambdues en data 6 de setembre.

En la mateixa data fou aprovat el Decret llei 5/2013, de 6 de setembre, esmentat abans.

Més de cinquanta senadors del Grup Parlamentari Socialista del Senat interposaren recurs d'inconstitucionalitat contra el Decret llei esmentat, dictat a l'empara de l'art. 49.1 EAIB.

El recurs d'inconstitucionalitat es plantejà contra la totalitat de la norma, per entendre que vulnerava distints preceptes constitucionals i estatutaris en no concórrer el pressupost habilitant de necessitat extraordinària i urgent, exigit per l'art. 86.1 CE i per l'art. 49.1 EAIB, i per afectar la regulació del contingut bàsic del dret a l'educació dels art. 27 CE i 26 EAIB, eludint la prohibició d'afectació als drets, deures i llibertats prevists en el títol I CE. Igualment s'invocà vulneració dels art. 24.1 i 118 CE per infracció del deure del compliment de les resolucions judicials i, finalment, de l'art. 9.3 CE sobre prohibició d'arbitrarietat. De manera subsidiària a la declaració total d'inconstitucionalitat, se sol·licitava la dels art. 3, 4 i 5, així com la disposició addicional única i la disposició derogatòria única del Decret llei 5/2013 esmentat.

Fonamentació jurídica: el FJ 3 aborda, com no podia ser d'una altra manera, una extensa recopilació jurisprudencial pròpia analítica dels requisits exigibles des de la perspectiva constitucional, i també en aquest cas estatutària, de la figura del decret llei i del seu requisit habilitant, que vol resumir el paràmetre de control que ha de considerar el TC i que es conforma en un doble vessant.

El vessant extern ha de respectar sempre un marge de discrecionalitat política en l'apreciació del requisit, i per determinar si concorre o no la situació de necessitat extraordinària i urgent s'han de considerar d'una banda els motius que explícitament i raonada el Govern ha tengut en compte per aprovar el Decret llei, que poden constar en l'exposició de motius de la norma, en l'expedient de la seva elaboració o haver-se manifestat en el debat parlamentari de convalidació. A continuació, cal atendre el vessant relatiu a les mesures adoptades per afrontar la situació que va determinar l'aprovació d'aquest tipus de norma, com és comprovar si hi ha una connexió o relació d'adequació entre la situació d'urgència i les mesures que adopta el Decret llei, de tal manera que tinguin una relació directa o congruent amb la situació que vol tractar.

Així, en el FJ 4 i analitzant el vessant extern, considera que el Govern va complir amb l'exigència d'exposició explícita i raonada de la situació de necessitat urgent i extraordinària, aportant una justificació suficient que permetia apreciar l'existència del pressupost habilitant, perquè és racionalment acceptable l'afirmació que conté el preàmbul de la norma impugnada en el sentit que la suspensió el 6 de setembre de 2013 del calendari d'aplicació del Decret 15/2013, és a dir, set dies abans de la incorporació dels alumnes a les aules, requeria una acció normativa immediata dins un termini més breu que el que exigia la via normal o el procediment d'urgència per a la tramitació parlamentària d'una llei, tot tenint en compte que, tret del calendari d'aplicació, la resta de l'articulat del Decret continuava vigent, que els centres escolars ja havien aprovat els projectes respectius de tractament integrat de llengües i ja s'havia dut a terme la planificació corresponent en tots els àmbits.

Valora igualment el fet que el TSJIB no havia acordat la suspensió de la totalitat del Decret, sinó només el seu annex, estant així davant la paradoxa que els centres escolars comptaven amb projectes docents aprovats conforme a un Decret vigent, vàlid i eficaç, inclosa la seva disposició final segona que determinava la immediata entrada en vigor, però no tenien calendari d'implantació. Aquesta situació afectava tots els centres de la Comunitat Autònoma que comptaven amb els horaris i la plantilla de professorat adaptats al sistema de tractament integrat, i els pares i alumnes que ja havien adquirit els llibres adaptats a l'idioma establert en el projecte lingüístic del centre.

Pel que fa a la dimensió relativa a la connexió de sentit entre la situació de fet i les mesures adoptades hi dedica el FJ 5, arribant a conclusions diferents segons els preceptes concrets de la norma.

Així, vers els art. 1 i 2 que regulen l'objecte, finalitat i àmbit d'aplicació de la norma, i vers l'art. 3 que estableix el calendari d'aplicació per al curs 2013-2014, entén que tenen una clara connexió de sentit amb la situació d'urgència definida, així com amb relació a la disposició derogatòria única quan deroga l'annex del Decret 15/2013; la disposició final primera que habilita la Conselleria competent per dictar les disposicions de desplegament, i la disposició final segona que fixa la data d'entrada en vigor.

Però no considera l'existència de connexió de sentit vers els arts. 4 i 5, la disposició addicional única i un apartat de la disposició derogatòria única, atès que no responen a la finalitat de fer front a la situació de necessitat, sinó que en realitat l'objectiu és modificar preceptes del Decret 15/2013 que no havien estat objecte de suspensió, portant a la declaració d'inconstitucionalitat i nul·litat subsegüent.

En aquest sentit, exposa que l'art. 4 es refereix a requisits d'altres projectes de tractament integrat i té com a finalitat substituir l'art. 20 del Decret 15/2013, que al seu torn és derogat pel Decret Llei 5/2013. Així, la regulació de dit art. 20 seguia vigent quan s'elaborà el Decret Llei, i establia una certa flexibilitat en els requisits que havien de tenir en compte els centres per a l'elaboració d'altres projectes atenent a una distribució horària diferent de les llengües a la que s'establia amb caràcter general per a tots els centres, per la qual cosa no existeix cap connexió de sentit amb les raons de necessitat extraordinària i urgent que en justifiquin la derogació, més quan com s'ha constatat un nombre elevat de centres ja havien elaborat i aprovat els seus projectes docents. Destaca com a factor distintiu que una cosa és explicar, com es fa certament en el Decret Llei, perquè es considera convenient modificar una norma reglamentària prèvia mitjançant una norma de rang legal d'urgència, i una altra és la justificació de l'existència de la situació extraordinària habilitant per aquesta modificació. Es projecta aquest argument d'inconstitucionalitat en el veredictat vers l'apartat concret de la disposició derogatòria única del Decret Llei que deroga l'art. 20 del Decret 15/2013 esmentat.

La regulació de l'art. 5 relativa als projectes transitoris tampoc no requeria una norma d'urgència, perquè si el mateix preàmbul de la norma afirma que tots els centres menys un han presentat el projecte de tractament integrat dins el termini per a l'inici del curs escolar, és fàcilment deduïble que no resulta ni urgent ni necessari aprovar un precepte que doni resposta a situacions particulars. La urgència no es pot fonamentar, com sosté el preàmbul, en que el Decret 15/2013 no tingués solucions per a situacions particulars eventuais en el procés

d'aprovació de projectes, perquè aquesta omisió normativa es podia suplir pels procediments normatius ordinaris, essent així que la urgència en realitat es fonamenta en l'existència d'una llacuna en la norma reglamentària que regula la matèria, que no pot ser justificativa del pressupost habilitant d'un Decret llei.

I els anteriors arguments es projecten també sobre la disposició addicional única que fixava l'exclusió dins el còmput horari de les hores dedicades a temps d'esplai i que l'àrea de religió o activitat alternativa no es podia impartir en llengua estrangera, perquè és una disposició que no té connexió de sentit amb la situació de necessitat, sinó que es refereix al contingut dels projectes, matèria regulada en el ja reiterat Decret 15/2013.

En el FJ 6 s'abordarà l'altre bloc de preceptes constitucionals i estatutaris que s'entenen infringits pel grup de senadors recurrents, concretament la infracció per connexió dels art. 27.5 CE i 26.6 EAIB, per afectació a elements essencials del dret a l'educació, entenent que el Decret llei regulava una matèria proscriu quan adopta mesures que incideixen directament en el règim legal dels projectes educatius i que afecten competències del consell escolar del centre i del claustre de professors, fet que suposa ingerència en el dret a la participació de la comunitat educativa i a l'autonomia dels centres, que forma part essencial del dret a l'educació, i supera així el límit de contingut material dels decrets llei.

El TC rebutja aquesta infracció des de l'enteniment que l'examen de l'afectació d'un decret llei a un dret o llibertat regulat en el títol I de la CE exigeix tenir en compte la configuració constitucional del dret o deure afectat en cada cas, i la naturalesa i abast de la regulació concreta de què es tracti. Entén que en el cas, prescindint de l'examen dels preceptes que ha declarat inconstitucionals en el FJ 5 anterior, l'aprovació d'un calendari que es limiti a concretar a quins cursos s'han d'aplicar els projectes se situa en un àmbit merament procedimental, però no afecta el contingut material del projecte educatiu que es regula al llarg de l'articulat del Decret 15/2013, el contingut del qual no ha estat objecte del recurs d'inconstitucionalitat; i que per tant i en conseqüència els preceptes impugnats del Decret llei no afecten el règim general del dret a l'educació, ni el seu contingut o elements essencials.

El grup de senadors recurrents al·legava igualment vulneració del dret fonamental a la tutela judicial efectiva en el vessant d'execució de les resolucions judicials de l'art. 24 CE, així com infracció del deure de compliment de les resolucions judicials de l'art. 118 i d'interdicció d'arbitrarietat dels poders públics de l'art. 9.3, per tal com ja s'ha exposat s'entenia que el Decret llei es dictava amb la finalitat de bloquejar els efectes suspensius de resolucions del TSJIB de paralització cautelar de l'annex del Decret 15/2013, de 19 d'abril.

El TC analitza l'al·legació en el FJ 8è de la Sentència, tot indicant que la lesió de l'art. 24.1 es podria produir en els supòsits en els quals els efectes obstatius d'una llei o el règim jurídic que estableix per a una matèria concreta fossin precisament fer impossible de forma desproporcionada que un determinat veredicta judicial es compleixi, perquè encara que la CE reconeix al legislador un marge de llibertat de configuració, també és cert que el sotmet a límits determinats, entre ells el que es deriva del seu art. 24.1 esmentat; doctrina que també és transportable a les lleis singulars, que mereix analitzar rigorosament la interpretació favorable al dret a l'execució de les resolucions judicials fermes com a part integrant del dret fonamental a la tutela judicial efectiva.

Aquesta doctrina també entén que s'ha de fer extensiva en els casos en els quals la norma impugnada és un decret llei, atès que el seu caràcter de norma extraordinària dictada per raons d'urgència no obsta a la seva naturalesa de disposició normativa amb força de llei.

El TC argumentarà que en haver-se dictat el Decret llei com a conseqüència de la suspensió judicial de la disposició que establia el calendari per a un determinat curs acadèmic i tenir el mateix objecte que la disposició suspesa, això és, establir per a un curs determinat dit calendari, té els mateixos trets propis de les lleis de convalidació, perquè a través d'aquesta mesura s'assoleix el mateix resultat que el que la norma suspesa volia aconseguir. Però afegeix que la distinció no és concloent en aquest cas, per mor de la consideració de les lleis singulars en la seva jurisprudència com un supòsit de lleis dotades de característiques especials, a les quals els és aplicable el mateix paràmetre constitucional sobre el dret a la tutela judicial. Paràmetre al que s'associa el de proporcionalitat front a la situació d'urgència, arribant a una triple conclusió segons la qual: a) el Decret llei té una justificació raonable perquè la situació creada no es podia solucionar a través dels mitjans ordinaris amb què comptava l'Administració; b) és una mesura idònia perquè el legislador d'urgència va fer possible que els alumnes es poguessin incorporar a les aules el setembre de 2013, fixant un calendari per a l'aplicació del projecte docent aprovat abans pels centres d'acord a un Decret vàlid, i, c) és proporcional per ser una mesura ponderada o equilibrada, en derivar-se de la seva aplicació més beneficis o avantatges per a l'interès general que perjudicis sobre altres béns o interessos en conflicte.

Tanmateix, ve a reconèixer que és innegable que els efectes que produïa el Decret llei eren iguals als que produïa l'annex del Decret 15/2013 abans de la seva suspensió judicial, perquè la regulació d'aquestes normes era molt similar, però conclou que el Decret llei no tenia com a objecte donar efectes a una disposició suspesa, sinó establir el calendari de l'aplicació d'una normativa que es trobava en vigor i que era necessària perquè es pogués

impartir ensenyament en els centres docents. Així, en conclusió entén que el Decret llei no deixa sense efecte una resolució judicial ni tampoc a través d'aquesta norma es contravé una decisió d'un òrgan judicial, perquè la resolució suspensiva de l'annex no tenia més abast que el d'impedir l'eficàcia d'aquella disposició i no la d'altres que, amb el mateix objecte, es poguessin dictar.

Comentari: destacam que respecte de la figura del decret llei i de l'anàlisi dels requisits habilitants la Sentència esdevé continuació de la línia jurisprudencial ja consolidada del TC, però no obstant això aporta alguns elements addicionals, no com a *ratio decidendi*, que potser resulta interessant destacar.

En aquest sentit, declara la possibilitat que l'Estatut d'autonomia corresponent pugui afegir altres requisits o restringir els ja prevists en la Constitució per al dictat de decrets llei amb la finalitat de preservar més intensament la posició del parlament autonòmic, assenyalant que l'art. 49.1 EAIB determina l'exclusió de la norma d'urgència en els casos dels drets establerts en el mateix Estatut, límit que no està contingut en la prohibició d'afectar drets constitucionals d'acord amb l'art. 86.1 CE, atès que segons la doctrina constitucional els drets estatutaris tenen naturalesa inferior, com a meres directrius, objectius o mandats als poders públics autonòmics.

Així mateix, destaca que, malgrat les exigències vinculades al principi democràtic són essencialment idèntiques per a tot tipus de decret llei, estatal o autonòmic, el caràcter unicameral de les assemblees legislatives de les comunitats autònomes determina que generalment les situacions de necessitat puguin ser ateses temporalment a través de l'aprovació de lleis, fent decaure la necessitat d'intervenció extraordinària del poder executiu, circumstància que ha de tenir en compte el TC en el moment d'examinar la concurrència del pressupost habilitant de la necessitat extraordinària i urgent assegurant-se, d'acord amb el principi de control extern que ha de dur a terme, que en el cas concret els objectius governamentals reclamin una acció legislativa que s'hagi de materialitzar en un termini més breu que el que requereix la tramitació de les lleis.

També resulta adient destacar com, amb relació a la regulació dels preceptes que declara inconstitucionals, el TC va rebutjar la tesi material d'una hipotètica connexió de sentit entre la regulació i la situació de necessitat per raó de connexió sistemàtica amb el conjunt de disposicions normatives que conformen el sistema integrat de llengües. La Sentència reconeix que efectivament un conjunt de mesures integrades en un decret llei pot haver de considerar la connexió de sentit entre la situació d'urgència, si malgrat siguin heterogènies formin part d'un

conjunt sistemàtic que assoleixin un sentit en la seva visió global i no des d'una perspectiva només aïllada. Això no obstant, entén que dit criteri no pot ser aplicable al cas, perquè la naturalesa de la matèria regulada en les disposicions que anul·la la Sentència resultava aliena o, com a mínim, molt allunyada del sentit de la mesura d'aprovació del calendari escolar que implementa el Decret llei per raons d'urgència, i res no permetia suposar que aquestes disposicions no s'haguessin pogut adoptar adequadament a través de l'exercici ordinari de les potestats normatives del Consell de Govern o, en el seu cas, del Parlament de les Illes Balears.

S'ha de ressaltar així mateix la dificultat de lectura del FJ 7, prou extens, que finalment entenem que vol palesar igualment la dificultat inherent d'escometre l'anàlisi de la norma del cas jutjat, a partir del fet que es tracta d'un supòsit excepcional no previst a la seva jurisprudència relativa a la pèrdua sobrevinguda de la norma impugnada per derogació o modificació per llei posterior, però que pel tret de tenir una vigència exclusiva en el curs 2013-2014, tendria també identitat de raó amb els casos derivats d'aquella línia jurisprudencial, atès que encara que la qüestió plantejada per infracció de l'art. 24 CE no ho va ser sobre els requisits habilitants per a la promulgació d'un decret llei, incideix en la correcta utilització d'aquest instrument legislatiu i en el paper que té en el sistema de fonts del dret. La construcció jurídica d'aquest FJ 7 aconduïx finalment, com hem vist, a declarar que no hi va haver infracció de l'art. 24 CE i els preceptes connexos, i per bé que es pugui compartir no deixa de ser una paradoxa el fet que la norma de rang legal impugnada dedicava tres paràgrafs de la seva exposició de motius a la resolució interlocutòria suspensiva del TSJIB del Decret 15/2013. Convé que recordem que la interlocutòria judicial es va dictar el mateix dia en què s'aprova el Decret llei impugnat en via constitucional, motiu pel qual caldria assenyalar com, a banda d'escometre una regulació per via de legislació d'urgència per afrontar una situació de necessitat, s'hauria de reconèixer al Govern de les Illes Balears una actuació també excepcional des de la perspectiva dels principis de celeritat i eficàcia, si tenim en compte que entre el dictat de la resolució judicial i la redacció material i aprovació formal del Decret llei varen transcórrer no dies, sinó hores.

En el bloc d'infracció del principi de tutela judicial s'invocava també la del principi d'interdicció d'arbitrarietat dels poders públics de l'art. 9.3 CE, que potser és el que més ràpidament liquida quant a la seva anàlisi la Sentència en el seu FJ 8, per remissió als anteriors i potser mesclant innecessàriament els principis de discriminació (entès com a manca de justificació objectiva) amb els d'arbitrarietat, per rebutjar finalment que s'hagi infringit el segon d'aquests principis.

3. *SENTÈNCIA NÚM. 102/2016, DE 25 DE MAIG (PLE). Ponent: Sr. Enríquez Sancho. QÜESTIÓ DE CONSTITUCIONALITAT. RÈGIM LOCAL. FUSIÓ VOLUNTÀRIA DE MUNICIPIS. CONFLICTE ENTRE NORMATIVA BÀSICA SOBREVINGUDA I NORMATIVA DE DESPLEGAMENT AUTONÒMIC. CLÀUSULA DE PREVALENCIA DEL DRET ESTATAL EX ART. 149.3 CE. FUNCIONS EXCLUSIVES DEL TC SOBRE LLEIS POSTCONSTITUCIONALS I APLICACIÓ DE LA CLÀUSULA DE PREVALENCIA PER OPERADORS NO JUDICIALS. CANVI DE DOCTRINA SOBRE L'EXIGÈNCIA DE PLANTEJAMENT DE QÜESTIÓ DE CONSTITUCIONALITAT. VOT PARTICULAR.*

Resum dels fets: la Xunta de Galícia, mitjançant Decret 83/2013, de 6 de juny, aprova la fusió voluntària de dos municipis, vers el qual un regidor d'un dels municipis fusionats interposa recurs contenciós administratiu al·legant l'incompliment del règim de majories establert en l'art. 32.1 de la Llei 5/1997, de 22 de juliol, d'administració local de Galícia, en l'adopció de l'acord plenari corresponent.

La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Galícia acorda plantejar qüestió d'inconstitucionalitat en relació amb l'article esmentat de la llei autonòmica, que exigeix un règim de majoria qualificada per a la fusió de municipis que resulta contrari al que fixa l'art. 47.2.a) de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LRBRL), entenent el Tribunal Superior que, essent ambdós articles aplicables en el procés i determinants del veredict que s'hagi de dictar, per mor que en el procés contenciós s'impugna un Decret que aprova la fusió voluntària de dos municipis la iniciativa de la qual, que requereix un acord municipal en tal sentit, s'hauria complert així el règim de majories establerta en la llei estatal però no el de la llei autonòmica.

En la redacció inicial de totes dues normes, l'art. 47.2.a) LRBRL de 1985 i l'art. 32.1 de la Llei d'administració local gallega de 1997 exigien la mateixa majoria de dos terços del nombre de membres de la corporació per a l'adopció d'un acord que implicàs l'alteració de termes municipals. Però la modificació introduïda en la Llei estatal de 1985 per la Llei 57/2003, de 16 de desembre, va reduir aquesta majoria qualificada que preveu l'art. 47.2 dels dos terços a la majoria absoluta del nombre legal de membres de la corporació, i ha provocat, segons el Tribunal que promou la qüestió, que el precepte de la Llei autonòmica hagi quedat

incurs en inconstitucionalitat sobrevinguda, seguint les STC núm. 66/2011, de 16 de maig, i núm. 159/2012, de 17 de setembre.

És precisament l'aplicació estricta d'aquesta doctrina del TC invocada el motiu pel qual la Secció 2a de la Sala Contenciosa Administrativa del TSJ de Galícia va acordar elevar la qüestió d'inconstitucionalitat, per tal que el TC declarés l'esmentada inconstitucionalitat sobrevinguda del precepte de la Llei autonòmica.

Fonamentació jurídica: el FJ 1 de la Sentència aclareix una obvietat, com és el fet que la qüestió versa sobre una possible inconstitucionalitat mediata, en la qual no ens trobam amb un problema de vulneració d'un article de la CE per part d'una llei autonòmica, sinó derivadament per infracció d'una norma dictada per l'Estat en l'exercici de competència pròpia.

A partir d'aquí, en el FJ 2 s'esmenta, com no podia ser d'una altra manera, que, en aquests casos de constitucionalitat mediata sobrevinguda, és efectivament doctrina del TC que la modificació de la normativa estatal bàsica d'obligat acatament per les comunitats autònomes no provoca la derogació o desplaçament del precepte legal autonòmic anterior i contrari a aquesta nova normativa bàsica, sinó que provoca la seva inconstitucionalitat sobrevinguda, «de modo que no puede un órgano de la jurisdicción ordinaria inaplicar, por su propia y exclusiva autoridad, esa norma de rango legal, sino que el sometimiento estricto de la jurisdicción ordinaria al «imperio de la ley» (art. 117.1 CE) y el monopolio de este Tribunal Constitucional en la fiscalización de la constitucionalidad de las leyes obligan, de acuerdo con el art. 163 CE, a promover la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.» Dit això en el breu FJ 2, es tanca avançant un supòsit d'*overruling*, atès que la Sentència expressa que «Este Tribunal considera, sin embargo, que según los argumentos que se exponen a continuación, debe apartarse de la doctrina antes indicada en un caso como el que da origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad en que la legislación autonómica no ha hecho sino reproducir la legislación básica, y ésta se modifica después en un sentido incompatible con aquella legislación autonómica». Anem doncs a sintetitzar l'argumentació del TC, que trobarem desplegada en els FJ 3 a 6.

L'argument parteix d'establir com a factor diferencial el fet que el Decret impugnat i que planteja dubtes d'inconstitucionalitat ja va ser inaplicat per la Xunta de Galícia, en favor de l'aplicació directa de l'art. 47.2.a) de la norma estatal després de la modificació feta per la Llei 57/2003 i la reducció del quòrum a majoria qualificada, considerant suficient la majoria absoluta del nombre legal de membres corporatius. Així, en el moment de decisió, l'òrgan administratiu va entendre que la contradicció entre la norma autonòmica i la posterior legislació bàsica estatal

s'havia de resoldre en favor de l'estatal. A continuació, el TC pretén aclarir que la seva doctrina precedent, que s'ha exposat abans, es dicta en situacions en què els òrgans de la jurisdicció ordinària han d'enjudiciar per si mateixos un supòsit d'inconstitucionalitat mediata d'una llei autonòmica malgrat es tracti per inconstitucionalitat sobrevinguda, i que així «no procede en este caso, en que la inaplicación de la legislación autonómica se ha llevado a cabo por la propia Administración, que no puede promover cuestión de inconstitucionalidad». Però tal vegada conscient que el que acaba de distingir és un argument de partida si més no dèbil, al capdavant ha d'indicar expressament que tanmateix això «no altera la esencia del problema planteado, si acaso pone de manifiesto de un modo más patente las consecuencias inconvenientes a que conduce la aplicación de nuestra doctrina».

Per això recondueix el punt de partida, per tal d'assenyalar que el problema essencial tracta de la qualificació jurídica que s'ha de donar a una llei autonòmica que després de la seva promulgació resulta contrària a la legislació bàsica posterior. Es tracta així d'una llei autonòmica que en el moment de la seva aprovació no contravenia cap legislació bàsica perquè es limitava a reproduir-ne el seu text, quan la legislació bàsica es modifica en termes incompatibles amb aquella legislació autonòmica i s'hagi de considerar si aquesta modificació determina el desplaçament de la legislació autonòmica en favor de l'aplicació de la legislació bàsica estatal posterior, o la inconstitucionalitat sobrevinguda de l'autonòmica, amb la conseqüència que, en el primer cas, tots els operadors jurídics haurien d'optar per l'aplicació de la legislació bàsica posterior, o, en el segon cas, s'hauria d'aplicar la legislació autonòmica en tant no es postulàs la seva inconstitucionalitat davant el TC.

Obviant el cas de les lleis preconstitucionals i la seva inaplicació pels tribunals ordinaris, que ara no ve al cas, l'argument del TC se centra en el cas de conflicte entre lleis postconstitucionals i com s'ha d'abordar d'acord amb la seva doctrina. Expressa així que d'acord amb els seus precedents hi resideix la necessitat de confrontar les lleis autonòmiques impugnades no amb la legislació bàsica estatal vigent en el moment en què aquelles s'aprovaren, sinó amb la legislació bàsica vigent quan el Tribunal ordinari ha de dictar la seva resolució. Aquesta doctrina es reiterava en els casos de qualificació d'inconstitucionalitat sobrevinguda, quan la llei autonòmica regula un supòsit de fet no previst pel legislador bàsic estatal i després aquest aprova una legislació bàsica incompatible amb aquella regulació i també, com en el cas que ens ocupa, quan el legislador autonòmic en desplegar la legislació bàsica reproduceix també aquesta normativa i aquesta normativa bàsica és modificada després en uns termes incompatibles amb la legislació autonòmica.

La situació segona no ha de ser problemàtica si el legislador autonòmic acomoda de manera immediata la legislació de desplegament preexistent a la nova legislació bàsica estatal, però si no es produeix aquesta acomodació, exposa com l'«operador jurídic primari» (volent-se referir a l'operador no judicial) es trobarà davant una alternativa en la qual inevitablement ha de donar preferència a una de les dues lleis en conflicte.

Estableix així que l'operador jurídic primari, al qual van destinades de manera preferent les normes, ha d'operar necessàriament amb la tècnica del desplaçament d'una de les lleis en conflicte i no té legitimació per promoure qüestió de constitucionalitat, perquè el seu plantejament es reserva als jutges i tribunals, i això comporta que l'assumpte s'ha judicialitzat, cosa que representa sempre una situació no desitjable, de tal manera que atorgar preferència a la legislació bàsica estatal és la solució lògica a una situació provocada per la mateixa Comunitat Autònoma que ha incomplert el seu deure d'immediata acomodació de la seva legislació de desplegament a la nova legislació bàsica. Aquesta, segons el TC « Es la solución que deriva del carácter superfluo de la legislación [autonómica] reproductora, que no añade nada a la legislación básica para que aquella pueda ser considerada realmente normativa de desarrollo». Afegint que aquesta és la tècnica que utilitza amb tota naturalitat la jurisdicció ordinària per inaplicar, sense que això no comporti la seva nul·litat, preceptes de reglaments executius que transcriuen la llei que despleguen, quan aquesta es modifica. Com així mateix és la mateixa tècnica que s'emptra per inaplicar normes amb rang legal que contradiuen la normativa comunitària europea. Arguments que com veurem es voldran rebatre de manera contundent en el vot particular; perquè a més, els arguments esmentats parteixen d'incloure la solució que se'n deriva amb correspondència a l'art. 149.3 CE, que atribueix a les normes de l'Estat prevalença sobre les normes autonòmiques en tot allò que no estigui atribuït a la competència exclusiva de les comunitats autònomes.

Efectivament, la majoria del ple del TC considera que, en el cas, la qüestió es pot resoldre a partir de l'art. 149.3 CE, que és un precepte destinat no a fixar competències estatals i autonòmiques, sinó a solucionar conflictes que es poden produir en aplicació de les normes i que no s'hagin de resoldre mitjançant la declaració d'inconstitucionalitat d'una d'elles. Entre les regles que figuren en aquest article, hi figura la de prevalença de les normes estatals en cas de conflictes sobre les comunitats autònomes en tot allò que no estigui atribuït a la competència exclusiva d'aquestes, i en són destinataris d'aquestes regles de resolució de conflicte tots els aplicadors del dret sense cap distinció, i la seva finalitat no és altra que la d'assegurar la plenitud de l'ordenament.

Finalment, conclou que la qüestió que es planteja en aquest cas no és la de conflicte de competències pròpies autonòmiques en la regulació que va dur a terme en l'art. 32.1 de la Llei d'administració local gallega de 1997, perquè la regulació va ser mimètica incorporant estrictament la que figurava en la legislació bàsica estatal que pretenia desenvolupar. Així, considerarà que aquest és un dels casos en els quals l'aplicació del principi de prevalença del dret estatal no determina la derogació de la norma autonòmica ni ha de conduir a la seva nul·litat per inconstitucionalitat sobrevinguda, sinó que es pot resoldre, com va fer la Xunta de Galícia, inaplicant la llei autonòmica per considerar prevalent la posterior legislació bàsica estatal. Entén que això suposa l'únic resultat constitucionalment respectuós amb la plenitud de l'ordenament, si l'assumpte no s'hagués judicialitzat, « y es el único [resultado] también al que en todo caso puede llegar el órgano judicial que conoce del mismo en vía contencioso-administrativa, tras el planteamiento y estimación de una cuestión de inconstitucionalidad ante este Tribunal, la cual resulta por todo ello innecesaria.» L'ambigüïtat d'aquesta darrera afirmació es matisa amb un paràgraf que reproduïm literalment:

«La consecuencia de todo lo anterior significa que la Xunta de Galicia actuó acertadamente y que esa prevalencia del Derecho estatal debe jugar en tanto no haya sido puesta en duda la constitucionalidad de la legislación básica modificada, pues en tal caso el Juez sí debería plantear cuestión de inconstitucionalidad, pero no sobre la legislación autonómica sino sobre la propia legislación básica posterior, si considerase que efectivamente concurrían las condiciones para ello. Algo que no sucede en el presente caso, en que este Tribunal ya se ha pronunciado en favor del carácter básico de la regulación contenida en el art. 47.2 LBRL en las Sentencias 66/2011, de 16 de marzo, FJ 3 y 159/2012, de 17 de septiembre, FJ 3.»

Comentari: en aquest apartat hem de partir d'una dada processal que pot semblar d'escassa importància però que al cap i a la fi és simptomàtica de la transcendència d'aquesta resolució, com és que l'assumpte enjudiciat pel TC estava assignat inicialment a la seva Sala Segona, i fou recaptat pel Ple d'acord amb les atribucions de la llei orgànica reguladora. Efectivament, la Sentència és resultat de l'acolliment del criteri del ponent referendat per una àmplia majoria de magistrats, però objecte d'un vot particular formulat per la magistrada Asua Batarrita que, en extensió i per rebatre'ls, supera amb escriu la dels fonaments jurídics de la sentència majoritària. Els arguments discrepants servien pel seu enorme component didàctic per comentar la Sentència, perquè posen de relleu

l'envergadura del canvi de doctrina jurisprudencial que comporta, com és la d'uns aspectes tan rellevants com el de la delimitació de l'òrgan que pot confirmar, en primer lloc, el caràcter efectivament bàsic de la norma estatal i, en segon lloc, si es produeix o no incompatibilitat entre la norma autonòmica i l'estatal aprovada o modificada posteriorment.

En aquest apartat, per tant, a banda d'uns comentaris propis que farem al final, consideram adient assenyalar que per ventura es pot estar d'acord amb la necessitat de corregir determinats precedents de la doctrina del TC i la restricció que suposava per als que la Sentència denomina «operadors primaris» la resolució de conflictes normatius que abans d'aquella jurisprudència els podien afrontar directament; però resulta que la separació dels precedents es fa creant autèntiques paradoxes, que posa de manifest amb tota claredat, i fins i tot cruesa, el vot particular.

Com hem vist, l'argumentació de la Sentència radica en el fet que fou la mateixa Xunta la que decidí que la norma aplicable al cas no era la de la llei autonòmica sinó la de la llei estatal posterior, i és evident que no pot plantejar qüestió de constitucionalitat. Però el vot particular indica que és difícil acceptar que l'aplicador jurídic primari estigui facultat per decidir que una llei en vigor ha deixat de ser aplicable prescindint dels límits que li imposa el bloc de la constitucionalitat. En el context d'aplicar una norma autonòmica aprovada pel Parlament gallec en el legítim exercici de l'exclusiva potestat legislativa que la Xunta considerés contrària a la legislació bàsica estatal de forma sobrevinguda, l'actuació procedent hauria estat, en el seu cas, la de promoure l'acomodació de la norma autonòmica a dita legislació bàsica. Considera així que s'obre la porta al fet que qualsevol òrgan administratiu pot procedir a desplaçar una norma autonòmica amb rang de llei, en favor de la preferència d'una norma posterior, suposadament bàsica i presumptament en conflicte amb la norma autonòmica.

Però el punt central d'aquest argument discrepant se centra en el fet que dita operació comporta un judici previ valoratiu sobre delimitació de les competències que no pot quedar en mans de l'Administració ni de cap altre aplicador que no sigui el TC, resultant paradoxal, o xocant emprant els termes del vot particular, que es concedeixi a l'operador jurídic inicial allò que no es permet a l'òrgan judicial, que precisament és qui ha de controlar els actes de l'Administració.

Posa així de manifest que la recurrent davant l'òrgan judicial reclamava l'aplicació de la norma autonòmica, la compatibilitat o incompatibilitat de la qual amb la norma estatal era allò que es demanava contestar en el procediment objecte de la Sentència. Per això, entén que el pronunciament del TC no s'havia de projectar sobre el Decret de la Xunta de Galícia, sinó que s'havia de dirigir a determinar si l'òrgan judicial competent per conèixer aquella impugnació es

trobava o no davant la necessitat d'optar entre les dues lleis, bàsica estatal i autonòmica, per resoldre el recurs que es deduïa. Si es conclou que l'òrgan judicial s'havia d'atendre a allò que va decidir la Xunta, no tant sols es desconeix greument l'art. 117.3 CE, sinó que a més s'ignoren els drets que l'art. 24 reconeix al recurrent en el procediment. Apunta finalment la gratuïtat de l'afirmació d'acord amb la qual la norma autonòmica no resultava aplicable al cas, perquè justament la regidora recurrent del Decret va al·legar que l'acte administratiu no s'havia ajustat a les determinacions de la Llei autonòmica.

Ara bé, el punt de reflexió més important del vot particular esdevé del tractament i funció que ha donat al cas la majoria del TC a la concreta regla de conflicte pel criteri de prevalença de l'art. 149.3 CE. Al nostre entendre, molt gràficament el vot particular formula la pregunta següent: la mera existència d'una norma posterior, declarada bàsica pel legislador estatal, és suficient perquè es pugui aplicar la regla de la prevalença del dret estatal, desplaçant la norma autonòmica anterior? Si això és així, posa seguidament de relleu com resultaria que, en contra de reiterada doctrina del propi TC, ja no seria necessari analitzar prèviament si la nova norma estatal resulta o no formalment i materialment bàsica, conseqüència que remata amb la contradicció que suposa que es pretengui dir que l'art. 47.2.a) LRBRL ja ha estat considerat així per alguna sentència anterior del TC, i especificant com les que cita la Sentència majoritària resulta que es refereixen al caràcter bàsic d'un altre apartat de l'article, essent així que no hi ha cap pronunciament exprés del TC sobre el caràcter bàsic de l'art. 47.2.a) en la seva redacció actual que els permetés estalviar aquesta anàlisi.

Com a reforç, afegeix també gràficament com «El ejercicio de la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de régimen local no queda restringido al mero desarrollo de los preceptos de la legislación básica, aunque ésta suponga un límite a la capacidad autonómica para regular los distintos aspectos de esa materia. En el presente caso cabía, incluso, un entendimiento de la norma estatal como norma que fija un requerimiento mínimo de votos, pero sin impedir que una Comunidad Autónoma decida legítimamente cualificar la exigencia de una mayoría por encima de ese mínimo, que en todo caso quedaría respetado, en el marco de sus políticas propias en materia de régimen local. Por ello resulta precipitado atribuir a la Comunidad Autónoma un supuesto incumplimiento de un deber de acomodación de su normativa a las nuevas prescripciones de una ley básica.»

D'aquesta forma, el gran debat que pot originar la Sentència és certament el fet que la regla de prevalença de l'art. 149.3 CE exclogui de la seva funció solucionar controvèrsies normatives en les quals operi el criteri de competència; és a dir, que no sigui aplicable quan el principi de competència sigui el que es planteja en la confrontació de normes. El binomi

legislació bàsica enfront de la legislació autonòmica no resol el conflicte per la prevalença, i conferir la condició de norma bàsica a un precepte inicialment no bàsic, o la posterior alteració del contingut de la norma bàsica que produeixi una col·lisió amb normes autonòmiques, provoca estrictament un problema de competències que requereix determinar en quin punt es produeix l'excés i el vici de competència, la qual cosa implica un judici sobre el caràcter formalment i materialment bàsic de la nova norma estatal, que quan afecta l'abast de les clàusules competencials de la Constitució, només el pot dur a terme el TC.

En un altre ordre de coses entenem que potser la STC resulta dura, o si més no poc elegant, amb l'òrgan judicial ordinari que li planteja la qüestió de constitucionalitat, quan indica que era innecessari el seu plantejament, essent més adequat tal vegada indicar que la va haver de plantejar necessàriament seguint la seva doctrina, i reconèixer precisament la necessitat de canviar-la. La Sentència arriba a dir que se'ls demana sobre la constitucionalitat d'una norma que no resultava aplicable al cas, quan potser sí que ho era tot i que no ho consideri el TC, perquè la recurrent n'invocava la seva aplicació i el TSJ de Galícia volia conèixer si s'havia d'entendre constitucional o no. Potser el TC ara considera dita qüestió inadmissible, però el seu plantejament era coherent atès el caràcter vinculant de la seva doctrina pel TSJ i com diu per altres raons el vot particular, irreprotxable i pertinent, per la qual cosa s'hauria d'haver entrat en el fons, en lloc d'inadmetre la qüestió.

El vot particular al·ludeix a la presència d'*overruling* i els efectes transcendents que suposa la Sentència.

L'*overruling*, terme del dret anglosaxó que s'ha anat incorporant en el nostre llenguatge jurídic, és la possibilitat de canviar de precedent vinculant (no oblidem que les decisions del TC vinculen tots els poders públics), no perquè el nou cas enjudiciat no sigui substancialment igual a un d'anterior, sinó perquè per haver estat adequat en una situació concreta, després d'un temps determinat, el TC considera que el precedent s'ha de canviar. En altres paraules, si l'orientació jurisprudencial d'un precedent vinculant del TC només pot ser canviada pel mateix Tribunal, sorprèn com, formalment, ho hagi estat a través d'una sentència d'inadmissió de la qüestió de constitucionalitat, i no a través de la seva admissió i subsegüent desestimació però per canvi de criteri.

Sigui com sigui, de la Sentència i del vot particular el que es torna posar de manifest és la problemàtica de l'art. 149.3 CE com a norma de resolució de conflictes en un sistema en què conviuen distints ordenaments que parteixen al seu torn d'un sistema d'assignació de competències normatives molt peculiar i que és una font constant de controvèrsia.

Per la matèria tractada, la Sentència té interès evident en la nostra comunitat autònoma, que també disposa de competència normativa en matèria de règim local, materialitzada essencialment l'any 2006 per l'aprovació d'una llei municipal i de règim local de les Illes Balears, i pel fet que la reforma de la legislació bàsica estatal en la matèria també s'ha produït amb posterioritat; però no només en aquests sectors, sinó evidentment en tots els altres en què la Comunitat Autònoma de les Illes Balears té competència normativa que tengui interrelació amb legislació bàsica estatal.

4. SENTÈNCIA NÚM. 122/2016, DE 23 DE JUNY (PLE). Ponent: Sr. Ollero Tassara. QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT. LLEI SINGULAR I CONTINGUT DE LLEIS D'ACOMPANYAMENT PRESSUPOSTARI. PRINCIPIS D'INTERDICCIÓ DE L'ARBITRARIETAT, SEGURETAT JURÍDICA I D'IGUALTAT. PROCEDIMENTS DE CONCESSIÓ D'INSTAL·LACIONS NAUTICOESPORTIVES I DRET A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. DECLARACIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT DE LA DISPOSICIÓ ADDICIONAL DINOVENA DE LA LLEI BALEAR 8/2004, DE 23 DE DESEMBRE, DE MESURES TRIBUTÀRIES, ADMINISTRATIVES I DE FUNCIÓ PÚBLICA.

Resum dels fets: arran d'un recurs de cassació deduït contra la Sentència de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, la Secció Setena de la Sala d'aquest ordre del TS va plantejar qüestió d'inconstitucionalitat respecte de la disposició addicional dinovena de la Llei del Parlament de les Illes Balears 8/2004, de 23 de desembre, de mesures tributàries, administratives i de funció pública, que tenia com a conseqüència deixar sense efecte els procediments de concurs per a l'adjudicació de concessions administratives per a l'ocupació i explotació d'instal·lacions nauticoesportives que, a la data d'entrada en vigor de la Llei, estiguessin pendents de resolució, sempre que s'haguessin iniciat anteriorment i amb previsió del dret d'indemnització dels licitadors afectats per les despeses efectuades, incloses les relatives a les fiances que s'haguessin constituït, que es deixaven a disposició dels licitadors a partir de l'entrada en vigor.

El TS entén que la disposició expressada constitueix una norma *ad hoc* que vulnera els principis d'interdicció de l'arbitrarietat i de seguretat jurídica que garanteix l'art. 9.3 CE, lesionant igualment l'art. 14 CE en implicar un tractament discriminatori per a la societat mercantil recurrent en el procés, i privar-la de l'aplicació de les normes generals sotmetent-la a un tractament singular i injustificat.

Argumenta el TS que la norma qüestionada constitueix una norma per a un cas mancada de qualsevol explicació racional diferent de la d'impedir que arribés a la seva finalitat un únic procediment administratiu concessional i que per tant seria arbitrària. Això perquè malgrat la disposició addicional formalment se'ns presenta com una norma de caràcter general, la regulació de la qual hauria de ser d'aplicació a tots els procediments de concurs als quals es refereix i que estiguessin pendents de resoldre, materialment ve a regular només el supòsit del concurs a què es refereix el procés judicial ordinari que provoca la qüestió d'inconstitucionalitat, tal com hauria quedat demostrat en el procés esmentat, perquè a l'entrada en vigor de la norma no hi havia en la comunitat autònoma cap altre concurs pendent de resolució.

Fonamentació jurídica: l'argumentació bàsica del TC en el cas relatat en els antecedents parteix de recordar la seva doctrina sobre els casos en què el legislador pot dictar preceptes relatius a supòsits únics o subjectes específics, en els quals s'ha de verificar que no s'estableix una desigualtat arbitrària o injustificada, atès que la norma no tendrà les notes típiques de generalitat i abstracció. Recorda que és precisament la possible arbitrarietat de la norma qüestionada el punt del qual parteix el defecte que entén que hi concorre el TS, però al seu torn ja assenyala que si aquest defecte es predica d'una llei, que és expressió de la voluntat popular, la noció d'arbitrarietat requereix moltes matisacions vers la construcció que d'aquesta institució fa la doctrina del dret administratiu, perquè la situació amb què el legislador es troba respecte de la Constitució no és la mateixa en la qual es troba el govern com a titular del poder reglamentari.

Des d'aquesta premissa, el TC recorda que la seva anàlisi constitucional s'ha de fonamentar sense imposar restriccions no raonables al poder legislatiu i al respecte de les seves opcions polítiques, i que per tant s'ha de basar en l'anàlisi d'una discriminació normativa o en la mancança absoluta d'una explicació racional de la mesura legislativa que s'hagi adoptat. Per això, el control d'una llei singular autoaplicativa i de destinatari únic s'ha de centrar en la prohibició de la desigualtat arbitrària o injustificada no pel seu abast subjectiu, sinó pel seu contingut, exigint que respongui a una situació excepcional que s'ha d'enjudiciar des de la

perspectiva constitucional a partir de la seva raonabilitat i proporcionalitat. D'aquí que la fonamentació jurídica es divideix a partir d'aquests dos conceptes.

Resultarà així que des de la perspectiva de la raonabilitat, tot i que la norma qüestionada es va redactar en termes aparentment generals, la realitat determinava que en la data de vigència l'únic procediment de concurs afectat pendent de resolució era el que es referia al de l'adjudicació de la concessió administrativa en el port d'Andratx, causa del recurs contenciós administratiu en què es dedueix la qüestió de constitucionalitat. El TC arriba a la conclusió que no hi ha justificació raonable de la mesura adoptada pel Parlament balear a la vista dels fets que relata, d'entre els que comença per exposar com existia una proposta d'adjudicació en favor de la societat demandant en el procés *a quo*. Segueix assenyalant com va obtenir la millor puntuació en l'informe de la comissió tècnica i de la comissió de selecció; i acaba per indicar que malgrat això no es va produir mai l'adjudicació.

Interposat un recurs contenciós contra la desestimació de l'adjudicació de la concessió per silenci, el TC destaca que la recurrent fins en cinc ocasions va sol·licitar que es resolgués el concurs, i amb ocasió de la darrera petició fou quan el grup parlamentari majoritari en el Parlament presentà una esmena al projecte de llei d'addició de la norma singular qüestionada. Remata els fets reveladors de manca de raonabilitat ja de manera esperpèntica tot indicant com fins i tot, quan publicada la llei i aplicada al procediment deixant sense efecte el procediment, es va retornar a la societat recurrent la fiança constituïda en presentar-se al concurs, sense que no hagués instat dita devolució (la norma singular indicava que les fiances quedaven a disposició dels licitadors).

No es considera convincent la tesi defensada per la Comunitat Autònoma que exposava la finalitat de la disposició addicional qüestionada com a mesura coadjuvant per evitar la pèrdua de virtualitat del nou projecte de llei sobre règim jurídic dels ports a les Illes Balears que estava en procés de tramitació, i que va culminar amb l'aprovació de la Llei 10/2005, de 21 de juny, de ports, i que per això era necessari la paralització de qualsevol concessió que pogués comprometre o retardar la vigència del nou règim jurídic. A aquest efecte, el TC entén que l'establiment d'un nou règim jurídic d'un sector de l'ordenament no es pot considerar en absolut una situació extraordinària, sense que s'arribi a entendre com un únic procediment pendent en el qual a més hi havia una proposta d'adjudicació pogués comprometre o retardar la vigència d'aquesta nova regulació general dels ports balears.

Passant al paràmetre de proporcionalitat, el TC reitera novament en la seva fonamentació jurídica com en el moment de presentació de l'esmena al projecte de llei que finalment es convertí en la disposició addicional qüestionada pel TS, hi havia un únic

procediment de concurs pendent de resolució, i que la ràtio preventiva que invocava la representació de la Comunitat Autònoma amb relació a l'establiment del nou règim portuari es podria haver obtingut pel Govern autonòmic igualment amb els mitjans ordinaris de què disposa l'Administració d'acord amb l'ordenament jurídic, com la revisió d'ofici o l'expropiació dels drets adquirits o que haguessin pogut adquirir les empreses licitadores o l'empresa adjudicatària final. Per això la disposició no pot superar el judici de necessitat inherent al principi de proporcionalitat, en no respondre a un cas excepcional per la seva extraordinària transcendència i complexitat al què no s'hi pugui posar remei pels instruments normals dels quals disposa l'Administració, que ha d'actuar amb subjecció al principi de legalitat.

Aquesta és a parer del TC la dada definitiva per determinar la inconstitucionalitat de la disposició addicional dinovena des de la perspectiva del principi de proporcionalitat: la diferència decisiva entre l'adopció d'alguna de les mesures esmentades per l'Administració i l'aprovació d'una llei específica per assolir aquella finalitat hipotètica, que no és altra que la possibilitat que les mesures administratives poden ser sotmeses al control de la jurisdicció ordinària, com ho demostren, afegeix expressament, «los hechos que dan origen a la presente cuestión de inconstitucionalidad.»

Comentari: hem de destacar en la Sentència la reiteració de la doctrina relativa al fet que els principis que conté l'art. 9.3 CE no són compartiments estancs, sinó que contràriament cada un dels que preveu cobra valor en funció de la resta i en la mesura en què serveix per promoure els valors superiors de l'ordenament jurídic que propugna l'Estat social i democràtic de dret, i d'aquesta manera si s'estima que la norma legal qüestionada és arbitrària, necessàriament ha d'infringir igualment el principi de seguretat jurídica. Així, l'afectació de la norma a les relacions o situacions jurídiques preexistents hauria resultat imprevisible per la seva pròpia naturalesa arbitrària. La mateixa conseqüència caldria aplicar-se amb relació al principi d'igualtat en cas de constatar-se que és una regulació legal d'aplicació a un únic destinatari i que aquesta regulació resulti arbitrària, implicant això una lesió de l'art. 14 CE.

És destacable igualment com tracta en el cas la teoria de la llei singular, recordant que aquesta categoria normativa encunyada així pel TC l'ha identificat com la dictada en atenció a un supòsit de fet concret i singular, definida ja en les sentències inicials del TC a partir de la núm. 166/1986, com a llei de destinatari únic que a més només es pot aplicar una vegada, exhaurint el seu contingut i eficàcia en l'adopció i execució de la mesura adoptada pel legislador en aquest supòsit de fet, aïllat en la llei singular i que no és comunicable amb cap

altre supòsit. Remarca que, a diferència d'aquestes lleis que formalment es declaren com a singulars i autoaplicatives, en el cas ha resolt un precepte que s'insereix en una llei general i abstracta de «mesures tributàries, administratives i de funció pública»; precepte o disposició que aparenta així una formulació en termes generals. No obstant això, aquest fet no és obstacle perquè el TC afirmi que en realitat constitueix una regulació singular i autoaplicativa, atès que *de facto* es refereix a l'únic procediment de concurs que estava pendent de resolució a la data de la seva entrada en vigor i només es podia aplicar a ell, com era el de l'adjudicació de la concessió administrativa per a l'ocupació i explotació de les instal·lacions nauticoesportives del port esportiu d'Andratx, com es dedueix del debat parlamentari referit a l'esmena per la qual s'introduí la disposició addicional objecte de qüestió.

Recorda que la Llei 8/2004, com a «lleï d'acompanyament», ofereix només una justificació general de tota la regulació legal per tal de completar la llei de pressuposts i constituir amb ella una unitat d'acció per complir els objectius de política econòmica, que justifica la tramitació simultània. Tot i això, la part final de l'exposició de motius, en referir-se a les disposicions addicionals argumenta que regulen «creació, modificació i extinció de determinats ens públics instrumentals», sense fer cap menció en l'exposició de motius a la inclusió de la disposició addicional dinovena. Encertadament, tot recordant que el legislador no té obligació constitucional de justificar l'opció legislativa en l'exposició de motius de la llei i que, per tant, la manca de dita justificació no es pot considerar per si mateixa com a motiu d'arbitrarietat, sí que és cert que en el cas ha resultat evident que la inclusió d'una mesura com la tractada en la Llei hauria requerit, per mor de les circumstàncies especials que ha descrit, d'alguna explicació pel legislador.

La manca de raonabilitat aconduïx a l'estimació de la qüestió formulada pel TS i en conseqüència a la declaració d'inconstitucionalitat i de nul·litat de la disposició addicional dinovena, però també, recordem-ho, per no superar els requeriments de proporcionalitat de la mesura, tot entenent que no ens trobàvem davant una opció legítima del legislador de modificar la regulació jurídica d'una matèria o d'un sector de l'ordenament. Altrament, la realitat va ser que sense justificació, la norma constituïa un obstacle inadmissible des de la perspectiva constitucional a les atribucions que s'atorguen als tribunals ordinaris per l'art. 106.1 CE de controlar que l'Administració pública serveixi efectivament amb objectivitat els interessos generals i que actuï amb submissió plena a la llei i al dret d'acord amb l'art. 103.1, com a garantia específica del dret a la tutela judicial efectiva que d'acord amb l'art. 24.1 han de gaudir tots els ciutadans.

5. SENTÈNCIA NÚM. 157/2016, DE 22 DE SETEMBRE (PLE). Ponent: Sr. Xiol Ríos. *RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT. LEGISLACIÓ AUTONÒMICA SOBRE COMERÇ INTERIOR I DE PLANIFICACIÓ D'EQUIPAMENTS COMERCIALS EN CONNEXIÓ AMB COMPETÈNCIES EN MATÈRIA D'ORDENACIÓ TERRITORIAL, URBANÍSTICA, DE DEFENSA DE CONSUMIDORS I MEDIAMBIENTAL, ENFRONT DE LA LEGISLACIÓ BÀSICA DE COMERÇ I DE LLIURE ACCÉS A ACTIVITATS DE SERVEIS. INCONSTITUCIONALITAT DE NORMA AUTONÒMICA AMB RESTRICCIONS PER NOVES IMPLANTACIONS D'EQUIPAMENTS. VOT PARTICULAR.*

Resum dels fets: el president del Govern va plantejar recurs d'inconstitucionalitat contra el Decret llei de la Generalitat de Catalunya 7/2014, de 23 de desembre, que mitjançant l'article únic deroga alguns incisos de l'art. 9 del precedent Decret llei 1/2009, de 22 de desembre, d'ordenació dels equipaments comercials, que comporta la derogació de dos supòsits en els quals excepcionalment aquesta norma permetia la implantació de centres comercials fora de la trama urbana consolidada de determinats municipis.

L'Advocacia de l'Estat considera que la norma incorre en inconstitucionalitat indirecta per vulnerar legislació bàsica estatal continguda en l'art. 6 de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista (LOCM); l'art. 11 de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici; altres preceptes de la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat, i finalment la Llei 12/2012, de 26 de desembre, de mesures urgents de liberalització del comerç i determinats serveis; normes dictades per l'Estat a l'empara de l'art. 149.1.13a CE. En resum, s'argumenta que dita normativa bàsica impedeix imposar requisits a l'obertura d'establiments comercials i a l'exercici d'activitats econòmiques, tret per raons imperioses d'interès general basades en els objectius de protecció mediambiental, de l'entorn urbà o de protecció del patrimoni historicoartístic, motius que no concorrerien en el cas.

La representació de la Generalitat i del Parlament de Catalunya defensaven que la norma fou aprovada per la Comunitat Autònoma en l'exercici de les seves competències sobre comerç interior i, particularment, sobre la planificació territorial dels equipaments comercials i règim d'instal·lació previstes en l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC). S'invoquen

igualment les competències estatutàries autonòmiques sobre ordenació del territori, urbanisme, defensa dels consumidors i medi ambient. Al mateix temps s'addueix que el Decret Llei no vulnera la competència bàsica estatal, en entendre que l'establiment de restriccions a la implantació territorial de determinats centres comercials troben justificació en raons imperioses d'interès general admeses per la normativa bàsica, atès que tenen com a objectiu la protecció mediambiental i de l'entorn urbà.

Fonamentació jurídica: atès que el punt de referència en el tractament de la qüestió parteix de la competència prevista en l'art. 149.1.13a CE, la fonamentació jurídica de la Sentència parteix del recordatori que des de la STC 124/2003 es va establir que l'Estat, sobre la base d'aquest títol d'atribució, pot dictar normes bàsiques en matèria d'establiments comercials, constituint un límit a les competències en matèria de comerç interior que hagin assumit les comunitats autònomes. Aquella Sentència va declarar que els apartats 1 i 2 de l'art. 6 LOCM tenien caràcter bàsic, tant formalment com materialment. De la mateixa manera, sentències posteriors del TC han declarat el mateix caràcter de l'art. 11 de la Llei 17/2009, de 23 de novembre; establint des d'aquestes premisses que la competència estatal relativa a l'ordenació general de l'economia pot establir un marc més flexible i transparent per a l'accés i exercici d'activitats i serveis, i disposar que s'hagin d'eliminar tots els règims d'autorització que no estiguin justificats per una raó imperiosa d'interès general i assegurar, d'aquesta manera, que els controls administratius previs per a l'exercici d'una activitat —pel que fa al cas, la comercial— no constitueixin obstacles indeguts per a l'accés al mercat.

El Decret Llei objecte de recurs d'inconstitucionalitat, per la derogació d'alguns aspectes del precedent Decret Llei 1/2009, de 22 de desembre, té com a efecte que a Catalunya no es puguin implantar fora de les trames urbanes consolidades establiments comercials amb superfície igual o superior a 800 m², tret del cas que tals establiments no assoleixin els 2.500 m², supòsit en el qual, excepcionalment, es permet que es puguin implantar dins les zones d'accés restringit de les estacions de línies transfrontereres i transregionals del sistema ferroviari que acullin el tren d'alta velocitat o línies de llarg recorregut, dels ports classificats com a d'interès general i dels aeroports amb categoria d'aeroports comercials, segons el Pla d'aeroports, aeròdroms i heliports de Catalunya.

En el preàmbul de la norma recorreguda, es fonamenta la derogació que duu a terme en la necessitat de protegir l'impacte en el territori i en l'entorn, en el medi ambient i en la mobilitat. S'explica, d'una banda, que durant el temps de vigència dels preceptes que es deroguen s'han atorgat a la seva empara més de la meitat del total de les llicències, per la

qual cosa el règim de concessió havia deixat de ser excepcional i s'havia convertit en la regla general.

Així mateix, s'argumenta que les raons imperioses d'interès general que serviren de fonament a la regulació derogada s'han vist greument perjudicades per l'aplicació de l'excepció, perquè s'ha demostrat que fonamenta la creació d'àrees especialitzades fora de les ciutats, en lloc de consolidar barris compactes amb mescla d'usos dins de la trama urbana consolidada del municipi, cosa que genera efectes indesitjables com la dispersió de la urbanització fora de la ciutat compacta, incrementant els desplaçaments innecessaris fora d'aquesta, amb la conseqüent sobrecàrrega de les vies de comunicació i emissió de gasos nocius a l'atmosfera, i, en determinats casos, l'empobriment de la vida urbana, atès que el desplaçament de les activitats comercials a l'exterior de la ciutat pot produir una desertització en les plantes baixes o edificis del centre urbà amb el subsegüent deteriorament.

El TC comença afirmant que el Decret llei impugnat invoca raons imperioses d'interès general, basades en la protecció del medi ambient i l'entorn urbà i, per tant, previstes en la legislació estatal. Però dit això, comença a construir l'argumentari que, finalment, conclourà amb la declaració d'inconstitucionalitat de la norma autonòmica.

Així, indica en primer lloc que per respectar la normativa bàsica estatal no és suficient amb invocar que concorren raons imperioses d'interès general que justifiquen la limitació, sinó que cal justificar que existeixen dites raons. D'aquesta manera, per entendre la seva concurrència en els termes exigits per la norma bàsica estatal perquè es pugui establir una restricció al principi general d'establiment no basta que el legislador les invoqui, sinó que és necessari que s'aportin en el procés les dades concretes amb les quals es justifica l'adopció de la mesura limitativa d'acord amb les raons esmentades, perquè només en aquests casos es podrà apreciar, si sorgeix una controvèrsia de constitucionalitat, que la limitació establerta té com a finalitat la consecució de fins d'interès general que la legitimen. Diu així que, en el cas, les raons mediambientals i urbanístiques fonamenten les limitacions i són raons que en el plànol formal s'ajusten a les previstes en la legislació bàsica estatal i a les reconegudes per la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE).

Tanmateix, tot enllaçant amb una llarga descripció d'antecedents normatius de rang legal aprovats a Catalunya en la matèria, el TC recorda que amb relació a alguna d'aquestes regulacions prèvies el TJUE va declarar que, per tal que les limitacions siguin legítimes és necessari, a més, aportar dades suficients per explicar perquè les restriccions controvertides són necessàries per assolir els objectius perseguits, i que va ser precisament la manca d'explicacions i la repercussió significativa de les limitacions sobre la possibilitats d'obrir

grans establiments comercials en el territori català allò que va determinar que el TJUE no consideràs justificades les restriccions de la llibertat d'establiment que implicava la normativa enjudiciada (normativa similar, segons el TC, a la que comporta el Decret llei objecte de recurs d'inconstitucionalitat).

Considera així el TC que la manca d'explicacions i dades suficients també concorre en aquest procés constitucional i, com a aportació pròpia, indicarà que les comunitats autònomes, a l'empara de les seves competències en matèria d'urbanisme i medi ambient, poden adoptar les mesures que considerin més oportunes per propugnar un determinat model de ciutat o d'urbanisme comercial. No obstant això, s'han d'adoptar tenint en compte les exigències que es deriven de la legislació bàsica estatal i han de tenir en consideració l'exigència especial de precisió de les dades justificatives, en correspondència amb el rigor amb què els tribunals tracten el principi de llibertat d'establiment en l'àmbit de la Unió Europea.

En aquest cas, i segons el parer del TC, finalment es conclou que les consideracions sobre els danys a l'entorn urbà i al medi ambient que s'efectuen en el preàmbul del Decret llei, igual que les que es realitzen en la memòria que es va presentar juntament amb l'avantprojecte de la norma «se formulan de modo abstracto, sin partir de datos concretos que pongan de manifiesto la necesidad de la medida para promover el objetivo pretendido, pues el único dato que se aporta [segons la Sentència majoritària] es el que indica que la mayoría de las licencias para establecer este tipo de centros se han otorgado al amparo de las excepciones previstas en los preceptos que deroga el Decreto-ley. Este dato, con ser relevante, solo justifica que al amparo de estos preceptos se ha otorgado la mayoría de las autorizaciones solicitadas para la implantación de este tipo centros, pero en modo alguno evidencia que la prohibición prácticamente absoluta de la implantación de determinados centros comerciales fuera de la trama urbana consolidada sea una medida necesaria, por la inexistencia de alternativas menos restrictivas, para promover los legítimos objetivos pretendidos.»

Comentari: aquesta Sentència té un interès especial en l'àmbit de la nostra Comunitat Autònoma per la presència d'uns paral·lelismes evidents. D'una banda, tant pel que fa als títols habilitants normatius i teòricament exclusius resultants de l'EAC i de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears que s'han pres en consideració enfront de la normativa bàsica estatal i, de l'altra, per una similitud de contingut material entre les mesures normatives adoptades a Catalunya i les també adoptades o que es troben en tràmit a les Illes Balears.

Aquest interès especial no deixa però de dibuixar un panorama prou inquietant, atès el resultat pràctic de la Sentència, de declaració d'inconstitucionalitat de les mesures limitatives autonòmiques.

En primer lloc podem dir que implica consolidar una discutible doctrina que, en la pràctica, a l'empara de l'exercici de la competència normativa estatal sobre ordenació general de l'activitat econòmica de l'art. 149.1.13a CE, es permet pràcticament neutralitzar qualsevol competència exclusiva autonòmica a partir d'una mínima connexió, directa o indirecta. Certament, si tot és economia i l'economia condiciona les competències territorials, urbanístiques i ambientals autonòmiques, els models de ciutat o d'urbanisme comercial a definir per les comunitats autònomes tenen molt poc marge.

Atès que en una altra de les sentències del TC que comentam en aquest número de la *Revista* ja es tracta la temàtica de la concurrència dels requisits constitucionals i estatutaris per dictar un decret llei, no hem esmentat que els fonaments jurídics d'aquesta Sentència també avalen en aquest cas la raonabilitat en la utilització de la legislació d'urgència, per bé que no la regulació de contingut.

El Govern de les Illes Balears ha dictat recentment el Decret llei 2/2015, de 24 de juliol, de mesures urgents en matèria de grans establiments comercials, del qual és recomanable la lectura íntegra de la seva exposició de motius per fer-nos una idea de la seva motivació i de la gran conflictivitat competencial que també ha generat aquesta matèria en la nostra comunitat autònoma. S'ha de dir que les modificacions de contingut material que ha dut a terme en la Llei 11/2014, de 15 d'octubre, de comerç de les Illes Balears, ni per extensió tampoc la resta de mesures incloses, no han estat objecte de recurs d'inconstitucionalitat.

Cal destacar que, com explica l'exposició de motius, l'apartat segon de la disposició addicional primera faculta expressament el Govern autonòmic i els consells insulars perquè, en l'àmbit de les seves respectives competències, puguin fer ús dels instruments prevists en la Llei d'ordenació territorial per a la planificació i ordenació dels equipaments comercials, sempre tenint en compte que tota regulació o intervenció ha de respondre a fundades raons imperioses d'interès general. Concretament, determina com «en el termini de sis mesos i en el marc de la regulació dels instruments d'ordenació territorial continguda en la Llei 14/2000, de 21 de desembre, d'ordenació territorial, com també en consonància amb allò que preveu la disposició addicional primera de la Llei 11/2014, de 15 d'octubre, podran adoptar les mesures d'ordenació urbanística i territorial dels equipaments comercials que es considerin necessàries en atenció a raons imperioses d'interès general relatives a la protecció del medi ambient, de l'entorn urbà i del patrimoni històric, artístic i cultural.»

Les possibilitats efectives d'ordenació territorial d'aquest «urbanisme comercial» que es puguin adoptar queden molt tocadetes per la doctrina que assenta el TC en aquesta Sentència, i al nostre entendre d'una manera bastant incoherent.

Es reconeix que hi ha possibilitats d'establir mesures restrictives o de contenció d'acord amb la legislació estatal, però en el cas tractat en aquesta Sentència resulta que, una vegada hem pogut el gra de la palla, l'argument principal del TC per a la declaració d'inconstitucionalitat és l'abstracció dels raonaments restrictius, tal com hem transcrit en el darrer paràgraf de l'apartat de fonamentació jurídica. Obvia que, com ha recollit abans la mateixa Sentència, s'havien argumentat altres raons molt més acurades: implantació d'àrees temàtiques fora de les ciutats; abandonament de la consolidació de barris i absència de mescla d'usos; generació d'impactes negatius de dispersió de la urbanització; increment de desplaçaments i mobilitat; sobrecàrrega de les vies de comunicació (fet, per cert, prou conegut darrerament amb exemples concrets a l'illa de Mallorca); emissió de gasos i desertització comercial dels centres i subsegüent deteriorament. El TC no duu a terme cap valoració d'aquestes raons concretes com a justificació de les mesures limitatives.

Aquesta evidència no és només una percepció pròpia, sinó que es posa de manifest en el vot particular formulat per dos magistrats, dissentint explícitament del parer majoritari de la Sentència. Efectivament, aquest vot particular se centra en dues qüestions. La primera no exempta d'interès, lligada amb la confusió amb la versió de la normativa estatal considerada bàsica de la qual es desprenen els criteris o paràmetres de valoració de la Sentència, essencialment en la conformació de bàsica de la necessitat d'invocar raons imperioses d'interès general; qüestió sobre la qual i per la necessària limitació d'espai de què disposam, ens remetem a lectura íntegra dels termes de la Sentència i del vot particular. Més directament ens interessa la motivació discrepant sobre els arguments justificatius de les limitacions.

El vot particular considera així, contràriament a la majoria, que la norma impugnada havia justificat amb un detall prou ample les raons d'interès general, basades en la protecció del medi ambient i l'entorn urbà. Així, «retrata» la incongruència de la Sentència quan recorda que la memòria que acompanyava l'avantprojecte del que finalment fou el decret llei dedicava molt d'espai a exposar aquestes raons, a través de cinc pàgines que recordaven el compliment de les exigències que assenyalava la STC 193/2003; tot explicant els fonaments territorials i de protecció mediambiental per justificar l'eliminació de l'excepcionalitat. Recorden com igualment el preàmbul del Decret llei contenia una justificació àmplia que no feia més que sintetitzar la que figurava en la memòria; arribant així a qualificar de gratuïta l'afirmació de la Sentència sobre la «manca d'explicació».

Però més encara, clarificant ben nítidament la discrepància en el cas concret, el vot particular assenyala addicionalment que les conseqüències resultants d'una interpretació tan rigorista que suposa la doctrina assentada en la Sentència quant a la justificació de les raons d'interès general són, a més a més, preocupants des de la perspectiva de l'exercici de les competències autonòmiques. El fet que els diversos legisladors autonòmics recorrin a formulacions similars a l'hora de justificar les seves restriccions territorials a la implantació de determinats centres comercials, a criteri dels magistrats discrepants, ha de posar damunt la pista d'allò que el que està en joc és una decisió estrictament política, l'opció per un determinat model territorial de ciutat compacta, que es podrà compartir o no des del punt de vista socioeconòmic o polític, però que no ha de controlar el TC, ni tant sols indirectament, mitjançant una «especial exigència de precisió de dades justificatives.»

II. Dret civil balear

A. Sala Primera del Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA NÚM. 161/2016, DE 16 DE MARÇ. Ponent: Sr. Orduña Moreno. INTERPRETACIÓ DE L'ARTICLE 9.8 «IN FINE» DEL CODI CIVIL EN L'ÀMBIT DEL DRET INTERREGIONAL. LA LLEI QUE REGEIX ELS EFECTES DEL MATRIMONI DETERMINA TAMBÉ LA LLEGÍTIMA DEL CÒNJUGE VIUDO. MATRIMONI ENTRE ESPÒS DE VEÏNATGE CIVIL EIVISSENC I ESPOSA DE VEÏNATGE CIVIL COMÚ QUE ES REGEIX PEL RÈGIM DE SEPARACIÓ DE BÉNS DEL CODI CIVIL. DINS LA SUCCESSIÓ DE L'ESPÒS, QUE ES REGEIX PEL DRET PITIÚS, L'ESPOSA TENDRÀ DRET A LA LLEGÍTIMA VIDUAL DEL CODI CIVIL.

Resum dels fets: la Sra. A, de veïnatge civil comú, i el Sr. B, de veïnatge civil pitíus, varen contreure matrimoni a un poble de Jaén el 22 de gener de 2010. Prèviament, el 30 de desembre de 2009, varen atorgar escriptura pública de capitulacions matrimonials i s'acolliren al règim de separació de béns del Codi civil; en aquesta escriptura el Sr. B consta domiciliat a Eivissa i la Sra. A al poble de Jaén on varen contreure matrimoni.

El Sr. B va morir a Granada el 30 de maig de 2012, sota testament atorgat el 7 de març anterior, en el qual manifesta ser veí d'Eivissa, voler testar d'acord amb les normes forals d'aquesta illa i designa hereus als seus tres fills que va tenir en un anterior matrimoni. Encara que nomena la seva esposa, no fa cap disposició al seu favor. És un fet contrastat en el litigi que el Sr. B conservà el veïnatge civil d'Eivissa fins al moment de la seva mort.

La seva viuda Sra. A interposa demanda contra els fills de l'anterior matrimoni en reclamació dels drets legítims que li pertanyen d'acord amb el Codi civil (segons el dret d'Eivissa no en tendria cap) i sol·licita una indemnització de 19.068,64 € per aplicació de l'art. 1438 Cc.

La demanda va ser desestimada pel Jutjat de Primera Instància núm. 3 d'Eivissa i per la Secció 5a de l'Audiència de Palma, la qual, en la Sentència 179/2014, d'11 de juny, considera que «debe prevalecer el principio de unidad de la sucesión, sin que proceda la pretensión de la actora de que en la sucesión del Sr. B se aplique al mismo tiempo la regulación sucesoria

ibicencia, por aplicación de la ley personal del causante, y la común únicamente a los derechos legitimarios del cónyuge viudo, pues la ley que rige los efectos del matrimonio debe aplicarse solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge supérstite por ministerio de la ley [...].» També es desestima la pretensió indemnitzatòria fundada en l'art. 1438 Cc per falta de prova dels fets segons els quals es reclamava.

Interposat contra aquesta Sentència recurs per raó d'interès cassacional, per oposar-se la Sentència a la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Suprem, materialitzada en la Sentència 624/2013, de 28 d'abril, i denunciant la infracció dels art. 9, 834 i concordants del Cc, es estimat, declarant-se el dret de la viuda a rebre la llegítima que li correspon d'acord amb el Codi civil.

Fonamentació jurídica: la Sentència que és objecte de comentari es limita a transcriure l'anterior Sentència 624/2013, de 28 d'abril, de la mateixa Sala, mitjançant la qual el Tribunal ha fixat la seva doctrina, que és la següent:

«Contrariamente a la fundamentación técnica seguida por la Audiencia, y conforme a lo desarrollado por la doctrina científica al respecto, se debe puntualizar que la regla del artículo 9.8, in fine, del Código Civil, que determina que “los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”, opera como una excepción a la regla general de la “lex successionis” previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria).

En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación absoluta, ya que responde, mas bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite [debe decir cónyuge premuerto] y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial: [...].

Desde esta perspectiva se comprende que no quepa una interpretación de lo que deba entenderse por “efectos del matrimonio” que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no sólo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, aventajas, ajuar doméstico, etc., y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los “efectos del matrimonio” como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges.»

D’acord amb aquesta doctrina, es declara el dret de la viuda a rebre la llegítima que li correspon segons el Codi civil la qual consistirà, assenyala el Tribunal, en l’usdefruit del «tercio destinado a mejora», i per aconseguir-la se la faculta per intervenir en les operacions de partió de l’herència.

Comentari: com es sabut, ha fet córrer molts de rius de tinta el paràgraf darrer de l’art. 9.8 Cc, després de la modificació d’aquest operada per la Llei 11/1990, de 15 d’octubre. Les opinions que s’han expressat s’han orientat lògicament en dues corrents doctrinals: la tesi àmplia, que considera que els drets al quals fa referència el precepte («Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite») s’estenen a tota classe de drets, tant de caràcter familiar com successori, i la tesi estricta, segons la qual aquests drets són només els de caràcter familiar (parament de la casa, any de plor, etc.).

Seria lògic que l’exposició de motius de la Llei que va introduir el tan discutit precepte ens donés una explicació de la important innovació, però solament hi trobem la consideració segons la qual la Llei 11/1990, de 15 d’octubre, té per objecte eliminar les discriminacions que, per raó de sexe, perduren en la legislació civil i perfeccionar el desenvolupament normatiu del principi constitucional d’igualtat. És evident que la qüestió plantejada per l’art. 9.8 *in fine* Cc no té res a veure amb la igualtat dels cònjuges, ja que la prevalença de la llei que regeix els efectes del matrimoni sobre la llei successòria, per a la determinació de la llegítima del cònjuge viudo, no suposa, en general, benefici o perjudici per espòs o esposa, sinó que dependran de les circumstàncies del cas.

Els defensors de la tesi àmplia assenyalen que l’art. 9.8 *in fine* té per objecte tractar amb el mateix criteri dos aspectes que es presenten indissolublement units, fent tot el possible per coordinar-los: el règim economicomatemonial i els drets successoris del cònjuge viudo, ja

que ambdós no deixen d'estar en relació, com es pot comprovar —diuen— en el dret comparat, en el que veiem que quan hi ha drets matrimonials de gran contingut es compensen amb la llibertat de testar —que permet deixar al cònjuge viudo una llegítima de poca entitat (o cap llegítima, segons passa en el dret d'Eivissa)— mentre que els drets successoris consistents es compensen en menors atribucions al cònjuge per via familiar. Si bé aquesta afirmació pot tenir algun fonament històric és avui en dia discutible, ja que és evident que els drets de caràcter familiar tenen sempre un contingut molt limitat.

Per una altra part, l'art. 9.8 *in fine* és una excepció a la regla general fixada al principi del precepte i en l'art. 9.1 segons la qual la successió per causa de mort es regirà per la llei nacional —o la corresponent al veïnatge civil— del causant. És evident que, pel fet de ser una excepció, li resulta molt més adient una interpretació restrictiva abans que una tan àmplia, que suposa —segons ha posat de manifest la doctrina— una generalització, per a totes les comunitats autònomes amb dret civil propi, de la viudetat civil aragonesa, reconeguda en l'art. 16.2 Cc com a particularitat específica d'Aragó, però sense precedents a les altres regions forals.

Si a aquest argument hi afegim el principi —aquest sí reconegut en el dret comparat— d'universalitat i unitat de la successió, tot això ens du a la conveniència que sigui una sola llei la reguladora de la mateixa, a fi d'evitar incongruències i contradiccions, com la que apareix en la Sentència que es comenta, en la qual es concedeix a la viuda demandant l'usdefruit del «tercio destinado a mejora», quan en el dret pitius no n'hi ha i no n'hi ha hagut mai «mejora» de cap classe. En la Sentència de l'Audiència Provincial deixada sense efecte per la que es comenta —Sentència 179/2014, d'11 de juny, amb magnífica ponència del magistrat senyor Ramón Homar— s'assenyalen sentències del TS proclamadores del principi d'unitat i universalitat de la successió, a fi d'evitar el «fraccionamiento legal de la misma» (STS de 15 de novembre de 1996, de 21 de maig de 1999 i de 23 de setembre de 2002), així com resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat que interpreten l'art. 9.8 *in fine* considerant que es refereix als drets de caràcter merament familiar, però no successoris. I també es destacable que el Reglament successori europeu s'orienta en el sentit de proclamar la conveniència d'una mateixa llei per regir la successió, ja que en l'art. 23, sota el títol «Ámbito de la ley aplicable» ens diu que «La ley determinada en los arts. 12 o 22 regirá la totalidad de la sucesión». És evident, per tant, que resulta avui superada la referència que la STS 624/2013, de 28 d'abril —precedent de la que se comenta—, fa a les convencions de La Haya de 14 de març de 1978 i d'1 d'agost de 1989.

Com sigui que ja hi ha dues sentències sobre la matèria es pot dir que ja tenim doctrina legal sobre la interpretació de l'art. 9.8 *in fine* Cc. Només és de lamentar que aquesta doctrina sigui, segons el meu parer, desencertada.

B. Secció Quinta de l'Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA NÚM. 46/2016, DE 22 DE FEBRER. Ponent: Sr. Ramón Homar. SOL·LICITUD DEL CÒNJUGE VIUDO DE COMMUTACIÓ DE L'USDEFRUIT VIDUAL QUE PER LLEGÍTIMA LI CORRESPON. LA REMISSIÓ DEL DARRER PARÀGRAF DE L'ARTICLE 48 CDCIB A L'ARTICLE 840 CC S'HA D'ENTENDRE FETA A LA REDACCIÓ QUE TENIA EL PRECEPTE QUAN ES VA APROVAR LA COMPILACIÓ DE 1990, PER EXIGÈNCIA DE LA DISPOSICIÓ FINAL SEGONA DE LA COMPILACIÓ. LA CONSEQÜÈNCIA ÉS QUE EL CÒNJUGE VIUDO SOLAMENT PODRÀ SOL·LICITAR LA COMMUTACIÓ EN EL CAS DE CONCURRÈNCIA AMB FILLS NOMÉS DEL CAUSANT, CONCEBUTS DURANT EL MATRIMONI O LA CONVIVÈNCIA DE LA PARELLA ESTABLE. CONSIDERACIONS DE «LEGE FERENDA».

Resum dels fets: la senyora A va ser parella estable, degudament inscrita, del senyor B, de veïnatge civil mallorquí, el qual va morir sota darrer testament, en el qual designava hereus els tres fills haguts en anterior matrimoni del causant i no nomenava la senyora A. Aquesta i els hereus varen ser parts en anterior litigi, en el qual es va procedir a la divisió de l'herència, reconeixent a la Sra. A l'usdefruit de la meitat de l'herència en concepte de llegítima.

Finalitzat aquest litigi, la senyora A interposa nova demanda contra els hereus sol·licitant la commutació de l'usdefruit vidual i el pagament per part dels demandats de la quantitat de 60.061,52 €, al no ser possible l'assignació d'un lot de béns hereditaris per aquest import. Efectua aquesta reclamació d'acord amb el paràgraf darrer de l'art. 48 CDCIB, que remet a l'art. 840 Cc.

La Sentència del Jutjat de Primera Instància núm. 5 de Manacor desestima la demanda per considerar que, en aplicació de la disposició final segona de la Compilació de 1990, l'art. 840,

en la redacció que tenia quan es va aprovar aquesta, no contempla el supòsit de concurrència del cònjuge viudo en fills d'anterior matrimoni del causant, sinó que exigeix que aquests hagin estat concebuts durant el matrimoni (en aquest cas, durant la convivència de la parella).

Interposat recurs d'apel·lació contra la Sentència va ser desestimat.

Fonamentació jurídica: el primer motiu d'apel·lació examinat en la Sentència considerava que la remissió que fa el paràgraf darrer de l'art. 48 CDCIB a l'art. 840 Cc és a la facultat de commutar, per la qual cosa sempre la podria sol·licitar el cònjuge viudo. L'argument és rebutjat per la Sentència que es comenta, assenyalant que «el legislador consideró en el año 1990, en la regulación de la isla de Mallorca expresada en su artículo 48, que el único supuesto en que la viuda legitimaria del causante tenía derecho a la conmutación era cuando concurría con hijos sólo de su cónyuge concebidos durante el matrimonio, o, en este caso, durante la convivencia en pareja de hecho, conocidos en el ámbito jurídico como “adulterinos”. Posteriormente, no ha alterado dicha regulación.»

La part recurrent va argumentar, així mateix, en el seu recurs que la interpretació de la norma —en aquest cas la de l'art. 840 Cc al qual remet el paràgraf darrer de l'art. 48 CDCIB, en la redacció que tenia quan es va aprovar la Compilació de 1990— s'ha de fer d'acord amb la Constitució, raó per la qual no té sentit que la facultat de commutar del cònjuge viudo hagi de dependre del fet que els fills dels causant siguin o no siguin “adulterinos”. Sobre el particular, la Sentència s'expressa de la manera següent: «En la hipótesis de que esta Sala considerase que el conjunto de dichas normas es inconstitucional, no podría aplicarla o darle una interpretación como la pretendida por la representación de la recurrente, sino que, de conformidad con el artículo 5.3 de la LOPJ y el artículo 35.2 de la LOTC, debería plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, pero en modo alguno, alterar totalmente el sentido de la norma, en conexión con dicha disposición final segunda. Es preciso recordar que, en tal supuesto, debería razonarse en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión, esto es, que en el caso concreto, la aplicación de dichas normas —artículo 48 y disposición final segunda de la Compilación—, lleva a una vulneración constitucional de los derechos de igualdad del artículo 14 de la CE, en relación con el artículo 39, según el cual los hijos son *iguales ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil*... Con ello se quiere indicar que la cuestión de inconstitucionalidad no debe realizarse en abstracto, sino sólo cuando, atendidas las circunstancias específicas del caso concreto, se llegase a un resultado discriminatorio entre distintos hijos del causante. En el

caso que nos ocupa, el causante únicament va tenir una sola “classe” de fills, és a dir, tres fills matrimonials, nascuts d'un matrimoni anterior al inici de la convivència del causant amb la demandant, i no apreciem què classe de discriminació pot produir-se entre “classes” de fills, ja que tots ells són d'una mateixa “classe”, en un supòsit en el qual tots els fills són matrimonials i no concorren amb extramatrimonials, o dins d'aquests, “adulterins”.»

A més, assenyala la Sentència que «El dret de conmutació del cònjuge o parella viuda/a no és cap dret fonamental de la persona, i el legislador, per les raons que considere oportunes, pot ampliar-lo o restringir-lo. El legislador autonòmic balear, al igual que el de dret comú des de l'entrada en vigor de la Ley 13/1981 fins a la modificació legislativa de l'any 2005, van considerar que aquest dret únicament era admissible quan el viuda/a concorria amb fills “adulterins” de la seva causant.»

Finalment, la Sentència contesta l'al·legació segons la qual el dret de conmutació, en general, és positiu, ja que tracta d'evitar els problemes que se solen donar entre el cònjuge viuda, o convivent de la parella supervivent, i els fills només del premort, així com supera la divisió entre usufruct i plena propietat, sempre antieconòmica. Diu, en aquest sentit, que «se tracta d'un criteri raonable, i que se va tenir en compte per el legislador estatal al modificar dita norma en la reforma de l'any 2005, però davant la al·ludida disposició final [de la Compilació de 1990], no és possible una interpretació tenint en compte l'article 3.1 del Codi Civil, i més quan això no implica que la norma que restringeix tal dret de conmutació hagi de ser inconstitucional, sinó que se tracta d'un criteri de “lege ferenda” per a una futura modificació legislativa en l'àmbit del Dret Civil de l'illa de Mallorca, però aquesta Sala ha d'aplicar la norma vigent.»

La desestimació del recurs no suposa la condemna al pagament de les despeses, ja que el Tribunal considera, encertadament, que el paràgraf darrer de l'art. 48 CDCIB i l'art. 840 Cc poden provocar seriosos dubtes sobre la seva constitucionalitat i adaptació a la realitat social.

Comentari: la remissió que fa a l'art. 840 Cc el paràgraf darrer de l'art. 48 CDCIB no és més que un error. Així ho ha dit la doctrina (FERRER PONS, J., en l'obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Edersa, 2000, pàg. 824). I possiblement és un error i una injustícia. La redacció de l'art. 840 Cc, quan es va aprovar la Compilació de 1990, concedia al cònjuge viuda la facultat d'acudir a la conmutació solament en el cas previst en l'art. 837, que contemplava el supòsit de concurrència del cònjuge viuda amb fills només del causant concebuts durant el matrimoni. A diferència dels hereus, als quals

l'art. 839 Cc concedia aleshores, i les segueix concedint, la facultat de sol·licitar la commutació sense cap especial requisit. L'art. 840 Cc va ser modificat per la Llei 15/2005, de 8 de juliol i, en la actualitat i en el sistema del Codi civil, el cònjuge viudo podrà demanar la commutació en cas de concorre amb fills només del causant, sense exigir ara que aquests hagin estat concebuts durant el matrimoni. Però és evident que únicament en aquest cas podrà sol·licitar la commutació.

Si tenim en compte que la commutació és una institució positiva —ja que pot salvar situacions conflictives i, a més, evita el manteniment d'una divisió del domini entre usdefruit i nua propietat que resulta antieconòmica i, en moltes ocasions, perjudicial per a les dues parts— és un absurd que el cònjuge viudo, en el sistema del Codi civil, tan sols pugui sol·licitar la commutació en el supòsit contemplat per l'art. 840 Cc; i encara ho és més l'exigència incorporada al nostre Dret per la remissió del darrer paràgraf de l'art. 48 CDCIB a aquest precepte —en la redacció anterior a la Llei 15/2005, de 8 de juliol—, que restringeix la facultat del cònjuge viudo tan sols al cas de concurrència amb fills només del causant concebuts durant el matrimoni. S'ha de pensar que, en ocasions, acudir a la commutació pot ser una vertadera necessitat per al cònjuge viudo, com seria en el cas que se li assignés, en pagament de la llegítima vidual, l'usdefruit d'uns béns que no produïssin cap fruit.

Pot il·lustrar aquest tema l'informe que sobre «El sistema legitimario en las Illes Balears» es va publicar en el *XI Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears* (pàg. 318 i s.), el qual considera que la facultat de sol·licitar la commutació s'hauria d'estendre, de manera general, tant als hereus com al cònjuge viudo, ja que la commutació no suposa sinó obrir la porta a la negociació, amb la particularitat que serà una negociació seriosa, ja que, a falta d'acord de les parts, decidirà el Tribunal. Per aquesta raó considero que de *lege ferenda* el tema de la commutació s'hauria de resumir en un únic precepte expressiu que tant els hereus —de comú acord en el cas de ser més d'un— com el cònjuge viudo podran exigir que l'usdefruit vidual sigui substituït per l'assignació d'una renda vitalícia, els productes d'una determinada explotació, un capital en efectiu o un lot de béns hereditaris, procedint de comú acord tots els hereus i el cònjuge viudo i, de no aconseguir-se, mitjançant decisió del Tribunal competent.

La llàstima és que aquest precepte no existeix en el nostre sistema jurídic, la qual cosa obliga el Tribunal a desestimar una demanda que pareix estar fundada en raons de justícia

material, però que xoca amb unes normes jurídiques que donen un tractament desigual i peyoratiu al cònjuge viudo.

2. SENTÈNCIA NÚM. 96/2016, DE 12 D'ABRIL. Ponent: Sr. Ramón Homar. TESTAMENT HOLÒGRAF EN QUÈ EL TESTADOR DISTRIBUEIX ELS SEUS BÉNS EN LLEGATS DE COSA ESPECÍFICA I PRÒPIA DEL TESTADOR. ELS DESTINATARIS D'AQUESTS BÉNS TENEN EL CARÀCTER D'HEREUS UNIVERSALS DE LA RESTA DE L'HERÈNCIA. ACCEPTACIÓ A BENEFICI D'INVENTARI: NECESSITAT D'INCLOURE EN L'INVENTARI ELS BÉNS ESPECIALMENT LLEGATS. ELS LLEGATS PODEN SER OBJECTE DE REDUCCIÓ A FI DE PAGAR ELS DEUTES DE L'HERÈNCIA.

Resum dels fets: el senyor X va morir el 5 de març de 2012, sense deixar hereus forçosos, i distribuint el seus nombrosos i importants béns en llegats de cosa específica i pròpia del testador, en virtut de testament hològraf que ha estat objecte d'adveració i que no consta hagi estat impugnat. A més dels béns llegats indicats en el testament, n'hi ha altres a l'herència, en especial saldos de comptes bancaris, accions y participacions socials. Com és sabut, segons l'art. 15 CDCIB, si tots els hereus són instituïts en cosa certa, es consideren legataris d'aquesta i, quant a la resta de l'herència, tendran el caràcter d'hereus universals, per parts iguals si fossin més d'un.

El 14 de gener de 2013, tres dels legataris —dos dels quals tenien a més la condició de marmessors de l'herència— presentaren al Jutjat escrit que titularen de «formulación de inventario de bienes», ja que havien acceptat el llegat i l'herència a benefici d'inventari, raó per la qual era necessari la realització d'aquest. La diligència d'inventari va tenir lloc davant el secretari judicial el 18 d'octubre de 2013, dins d'un procediment de jurisdicció voluntària, prèvia citació de tots els interessats en l'herència, discrepant els compareixents sobre si s'havien o no d'excloure de l'inventari els béns específicament llegats i acceptats com a tals pels legataris. Després de l'oportú assenyalament de vista, el Jutjat de Primera Instància núm. 13, de Palma, dictà Sentència considerant que l'inventari havia de

comprendre la totalitat del caudal relict i, per tant, també els béns respecte dels quals hi havia hagut controvèrsia.

Contra aquesta Sentència s'interposa recurs d'apel·lació basant-se en una suposada nul·litat de les actuacions judicials a contar de la interlocutòria mitjançant la qual no es va admetre la petició, d'una de les parts personades, de remissió de les actuacions al judici declaratiu ordinari. Quant al fons de la qüestió, el recurs propugnava que els béns específicament llegats s'havien d'excloure de l'inventari.

La Sentència de la Secció Quinta de l'Audiència Provincial desestima ambdues peticions.

Fonamentació jurídica: sobre la idoneïtat del procediment seguit, diu la Sentència que es comenta que «el Juzgado [...] se ajustó a lo que dispone el art. 1817 de la LEC, en sede de jurisdicción voluntaria y vigente en dicha fecha, el cual dispone: “si a la solicitud promovida se hiciera oposición [...] se hará contencioso el expediente [...] y se sujetará a los trámites establecidos para el juicio que corresponda según su cuantía”». I, en aquest context, «habiéndose incluido en la vigente LEC de 2000 un procedimiento especial de división de herencia, con normas procesales sobre formación de inventario contenidas en el artículo 794.4 de la LEC, y trámite de juicio verbal, se considera el procedimiento adecuado, sin que sea necesaria la interposición de una demanda en procedimiento ordinario. Es de reseñar que dicho procedimiento especial se considera mayoritariamente como un procedimiento contencioso, al que deben acudir las partes en los supuestos en que sea aplicable, si bien con la particularidad de que sus resoluciones carecen de efectos de cosa juzgada material y las partes pueden reproducir las cuestiones suscitadas en un procedimiento ordinario ulterior, de conformidad con el art. 787.5 de la LEC».

Pel que fa a la qüestió de fons, la Sentència parteix de la base que el legatari, com a adquirent a títol singular, no succeeix en las relacions jurídiques del causant —a diferència de l'hereu— i, per tant, no respondrà personalment del seus deutes; però sí podrà resultar afectat, pels deutes de l'herència i per l'existència d'hereus forçosos, ja que, com diu el conegut principi jurídic «antes es pagar que heredar», i així resulta del joc combinat dels art. 891, 1027 i 1029 Cc i 788.3 LEC, aplicables en absència d'especialitat foral. És veritat que, en el nostre dret, l'art. 15 CDCIB dóna a l'hereu instituït en l'usdefruit de l'herència —que és equiparat a l'hereu instituït en cosa certa— la facultat de prendre possessió dels béns objecte del seu dret, sempre que no hi hagi legitimaris, com és el supòsit contemplat; i, a més, així ho han fet els instituïts, inscrivint el seus béns en el Registre de la Propietat sense intervenció dels demés interessats en l'herència.

No obstant això, no es pot considerar que els béns llegats queden exclosos de responsabilitat pels deutes hereditaris, essent, per tant, obligada la seva constància a l'inventari. Diu, en aquest sentit, la Sentència que «la Compilación no contiene normas sobre la aceptación de herencia a beneficio de inventario, con lo cual, en aplicación del artículo 1 de la misma, rige el Código Civil, y en el mismo no se establece excepción alguna. Si bien es cierto que el Código Civil no contiene una norma con el contenido del artículo 15 de la Compilación antes citado, la Sala considera que dichos bienes legados pueden resultar afectados por deudas de la herencia, y en algún supuesto hipotético pudieren serlo en supuestos en que procediere la Cuarta Falcidia, con lo cual es procedente y justificado su inclusión en el inventario de la herencia, sin que ello altere o sea incompatible con la aplicación de dicho artículo 15. Es obvio, tal como acertadamente indica la sentencia de instancia, que una distribución de la herencia en legados en cosa cierta y determinada, no puede constituir un medio para impedir la aplicación del principio general de responsabilidad patrimonial universal y con ello perjudicar a los acreedores del causante, impidiéndoles, o al menos, dificultándoles, el ejercicio de su legítimo derecho, el cual será distinto que en el supuesto del Código Civil, pues los legatarios han tomado por sí la posesión de los bienes y los han inscrito en el Registro de la Propiedad, con las consecuencias que ello implica en el hipotético supuesto de que el acreedor se dirija contra los legatarios. No compartimos la conclusión de que dichos acreedores necesariamente deben impugnar el testamento. La inclusión de tales bienes en el inventario no es incompatible con el contenido del artículo 15 de la Compilación antes citado y es coherente con la finalidad del procedimiento de aceptación a beneficio de inventario el cual tiene, entre otros objetivos, el que los acreedores puedan conocer los bienes que constituyen el activo de la herencia.»

Per tant, és obligada la constància dels béns llegats a l'inventari, a pesar que ja estiguin inscrits en el Registre de la Propietat a nom dels legataris i amb independència de si serà necessari reduir-los per insuficiència dels béns de l'herència no subjectes a llegat.

Comentari: la Sentència que es comenta resol amb total correcció jurídica i sòlida argumentació les dues qüestions que varen ser plantejades: l'adequació del procediment seguit i la necessitat que a l'inventari figurin també el béns específicament llegats. Però un supòsit tan estrany com és el contemplat per la Sentència planteja moltes altres qüestions; a elles farem una petita referència.

En primer lloc, crida molt l'atenció que el testador —persona molt coneguda i de gran reputació, no jurista— acudís al testament hològraf per fer unes disposicions *mortis causa* de

tanta importància econòmica i tan insòlites com les contemplades en el cas, rebutjant l'assessorament notarial.

En la Sentència no es transcriu el testament, però en els fets provats, es diu que, en aquest, «distribuye sus bienes en legados de cosa específica y propia del testador». Amb la qual cosa sembla que en el testament no hi hauria institució d'hereu, amb les funestes conseqüències que això podria determinar de cara a la seva validesa segons el paràgraf primer de l'art. 14 CDCIB. Però la reforma de la Compilació de 1990 va venir en la seva ajuda, ja que, donant raó als autors que havíem demanat la presa en consideració, no tan sols del *nomen iuris* (hereu) sinó també de l'*assignatio*, es va disposar en el mateix art. 14 que encara que no s'utilitzi la paraula hereu, qualsevol disposició del testador que atribueixi clarament a l'afavorit aquesta qualitat valdrà com feta a títol universal.

L'art. 15 CDCIB contempla la situació dels hereus instituïts en cosa certa, que seran considerats com a simples legataris si concorren amb hereus instituïts sense aquesta assignació, i, de no ser així, es consideraran legataris de la cosa certa i hereus per parts iguals de la resta de l'herència. Però és de destacar que l'article es refereix sempre a «hereus», no a «legataris», per la qual cosa la primera qüestió que es presenta és la de si l'article seria aplicable al supòsit contemplat, en el que —pel que diu la Sentència— no hi ha hereus sinó legataris de cosa específica. La resposta ha de ser afirmativa, ja que si, com hem vist, el paràgraf segon de l'art. 14 permet donar validesa al testament, els destinataris dels béns passen a tenir el caràcter d'hereus, per prendre en consideració l'*assignatio* sobre el *nomen iuris*. Per tant, per indicació de l'art. 15, tots els indicats en el testament com a destinataris de béns del causant tendran el caràcter de legataris d'aquests béns i hereus universals de la resta de l'herència per parts iguals.

Segons resulta de la Sentència, formaven part de l'herència béns dels que no s'havia disposat específicament, concretament, saldos de comptes bancaris, accions i participacions socials. Per aplicació del precepte indicat, aquests béns s'han de repartir per parts iguals entre tots els legataris, convertits ara en hereus. Però quina és la solució quant els deutes? Segons pareix, a l'herència n'hi havia, ja que les acceptacions de la mateixa s'han fet a benefici d'inventari. La qüestió és si el passiu de l'herència s'ha de repartir també per parts iguals entre tots els destinataris dels béns o si el repartiment s'ha de fer tenint en compte el valor econòmic del bé específicament llegat a cada un d'ells, a més d'allò que s'hagi rebut com a conseqüència de la distribució de la resta de l'herència per parts iguals. Creiem que aquesta segona solució és la més lògica, ja que ve emparada per raons de justícia i, tècnicament, pel fet que no hi ha especialitat foral en matèria de pagament de deutes

hereditàries, per la qual cosa podria ser d'aplicació supletòria l'art. 1085 Cc, que parla de la participació en l'herència com a criteri determinant de la responsabilitat interna de cada una dels hereus; responsabilitat interna, ja que, davant dels creditors, són tots ells solidàriament responsables. A més, com diu la Sentència, dels art. 891, 1027 i 1029 Cc es dedueix l'afecció dels llegats al pagament dels deutes hereditaris.

De la Sentència es desprèn que els destinataris dels béns —cada un per si sol— varen atorgar escriptura d'acceptació del llegat i de l'herència a benefici d'inventari inscrivint així el seu dret en el Registre de la Propietat. Sabut és que en matèria de llegats la regla general és la de l'art. 885 Cc, segons la qual «El legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea, cuando éste se halle autorizado para darla». Aquesta regla general té, com és sabut també, l'excepció del paràgraf tercer de l'art. 15 CDCIB, però la mateixa ve referida exclusivament a l'hereu instituït només en l'usdefruit; excepció que la doctrina ha justificat en la protecció del cònjuge viudo —que és qui normalment serà instituït en l'usdefruit, total o parcial, de l'herència—, donant-se a més la particularitat que el mateix ja estava, normalment, en possessió dels béns de l'herència juntament amb el cònjuge premort. En el cas contemplat, els destinataris dels béns llegats no entren dins el supòsit de l'excepció, ja que són destinataris dels béns en plena propietat i no del seu usdefruit; però l'aplicació de l'excepció es pot justificar en aquest cas, atès el seu caràcter de legataris i hereus al mateix temps, com ha quedat indicat.

III. Civil

Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 66/2016, DE 8 DE MARÇ. Ponent: Sra. Sola Ruiz. ERROR DE VICI DEL CONSENTIMENT EN L'ADQUISICIÓ DE PARTICIPACIONS PREFERENTS. LEGITIMACIÓ PASSIVA DE L'ENTITAT QUE HA ADQUIRIT EL NEGOCI BANCARI DE LA QUE VA INTERVENIR EN LA SUBSCRIPCIÓ DELS TÍTOLS.

Resum dels fets: aprofitant la confiança de molts d'anys de bones relacions amb els seus clients, el director de l'entitat bancària va oferir als seus clients unes participacions preferents emeses per un banc islandès. Els inversors minoristes van subscriure la corresponent ordre de compra sense la necessària informació. Exerciten demanda en la qual l'acció principal és la de nul·litat per error de vici del consentiment. La demandada oposa les excepcions habituals en aquest tipus de litigi: que els inversors van rebre la informació adequada, que tenien formació financera, que l'entitat a través de la qual es van subscriure les preferents no assumia tasques d'assessorament, que l'error no seria excusable i, finalment, la caducitat de l'acció per haver-se interposat la demanda transcorreguts més de quatre anys.

A més a més, la demandada articula l'excepció de falta de legitimació passiva ja que, al·lega, no va ser ella qui va intervenir en la subscripció de l'ordre de compra sinó l'anterior titular del negoci bancari que ella va adquirir. Addueix que tan sols va comprar determinats actius i passius però no els passius contingents que consisteixen en reclamacions contractuals o extracontractuals.

La Sentència de primera instància estima la demanda. La demandada interposa recurs d'apel·lació que és desestimat.

Fonamentació jurídica: la Sentència fa un estudi detallat de l'excepció de falta de legitimació passiva. Parteix del que és una cessió de contracte i en fa una interpretació integradora del contracte de cessió contractual en qüestió, amb base a l'art. 1258 Cc, tot entenent que el que es va transmetre és tot allò que és conseqüència de la bona fe; conclou que la demandada no acompanya la documentació que acredita l'exclusió del crèdit dels actors, ni tampoc no demostra haver-los notificat la cessió contractual. A això, continua el

tribunal, se li afegix que als demandants, com a consumidors, se'ls ha d'evitar qualsevol tipus de pelegrinatge derivat de la comercialització, administració o gestió dels productes adquirits o de la declaració en fallida de l'entitat emissora així com de la pràctica desaparició de l'entitat amb la qual van subscriure l'ordre de compra.

Comentari: l'interès de la Sentència radica en l'anàlisi que fa del contracte de cessió del negoci bancari, que ha estat tan freqüent durant la crisi econòmica, i descarta que pugui ser la base d'una excepció de falta de legitimació passiva.

Pel que fa a la resta de motius d'oposició a la demanda, la Sentència fa aplicació del que, en relació amb cada un d'aquests punts, ha dit el TS en la seva Sentència de 16 de setembre de 2015.

2. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 69/2016, DE 8 D'ABRIL. Ponent: Sr. Oliver Koppen. NO ABUSIVITAT DE LA CLÀUSULA DE VENCIMENT ANTICIPAT EN UNA ESCRIPTURA DE PRÉSTEC HIPOTECARI QUAN EL TÍTOL NO S'EXECUTA PER LA VIA DE L'EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA SINÓ PER L'ORDINÀRIA.

Resum dels fets: l'entitat bancària insta l'execució de la escriptura de préstec amb garantia hipotecària per la via de l'execució ordinària, no per la de la execució hipotecària. La part demandada oposa el caràcter abusiu, entre d'altres, de la clàusula que preveu el venciment anticipat per l'impagament de qualsevol quota del préstec. La Interlocutòria de primera instància desestima aquesta petició que és reiterada en l'alçada com a motiu d'impugnació.

Fonamentació jurídica: en la seva Sentència de 23 de desembre de 2015 el TS ha establert que, en principi, la clàusula de venciment anticipat per l'impagament d'una sola clàusula és abusiva ja que «ni modula la gravedad del incumplimiento en función de la duración y cuantía del préstamo, ni permite al consumidor evitar su aplicación mediante una conducta diligente de reparación [...]. Y en cualquier caso, parece evidente que una cláusula de vencimiento anticipado que permite la resolución con el incumplimiento de un solo plazo,

incluso parcial y respecto de una obligación accesorio, debe ser reputada como abusiva, dado que no se vincula a parámetros cuantitativa o temporalmente graves».

El mateix TS exclou que el caràcter abusiu del venciment anticipat produeixi el sobreseïment de l'execució hipotecària bàsicament perquè en aquest procés hi ha la possibilitat, prevista en l'art. 693.3 LEC, que el creditor sol·liciti que fins al dia assenyalat per a la celebració de la subhasta, es pugui alliberar el bé mitjançant el pagament de la quantitat exacta de principal i interessos que està vençuda en el moment de presentació de la demanda, incrementada, en el seu cas, amb els venciments del préstec i els interessos moratoris; enervació que es pot produir sense consentiment del creditor si el bé executat és l'habitatge habitual.

Ara bé, en el cas contemplat en la Interlocutòria que comentem, l'execució és ordinària, no hipotecària, i, per tant, el que preval és el caràcter abusiu de la clàusula, declarat pel TS de venciment anticipat que comporta el sobreseïment de l'execució hipotecària.

Comentari: no deixen de ser paradoxals les conseqüències a què ha conduït la postura del TS sobre el caràcter abusiu de la clàusula de venciment anticipat: si es fa valer en una execució hipotecària no és abusiva, i si es fa valer en una execució ordinària sí.

La paradoxa pot tenir origen en la manera en què el TS fa el control de abusivitat ja que, tal vegada, no hagi seguit estrictament la doctrina establerta pel TJUE en la seva Interlocutòria de 14 de novembre de 2013 en la que mana fer el judici d'abusivitat en abstracte, sense tenir en compte l'ús concret que el creditor n'ha fet en el cas en qüestió. Efectivament, en l'esmentada Interlocutòria el TJUE ha establert, com un dels paràmetres per determinar si la clàusula de venciment anticipat és abusiva, «la cuestión de si el Derecho nacional prevé medios adecuados y eficaces que permitan al consumidor sujeto a la aplicación de esa cláusula poner remedio a los efectos de la resolución unilateral del contrato de préstamo».

Per tant, la possibilitat que ofereix l'art. 693.3 LEC d'enervar l'acció d'execució hipotecària hauria d'haver estat presa en consideració pel TS en el moment de fer el control d'abusivitat, no després, com ho fa, per justificar el no sobreseïment del procés d'execució hipotecària un cop declarada abusiva la clàusula de venciment anticipat.

3. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 104/2016, DE 19 D'ABRIL. Ponent: Sra. Ortiz González. PROPIETAT INTEL·LECTUAL, CESSIÓ GRATUÏTA DE DRETS FETA PEL MATEIX AUTOR. LES ENTITATS DE GESTIÓ COL·LECTIVA DELS DRETS DE PROPIETAT INTEL·LECTUAL NO PODEN RECLAMAR EL DRET CEDIT.

Resum dels fets: diverses entitats de gestió col·lectiva de drets de propietat intel·lectual demanden a dos hipòdroms de Mallorca per la difusió en ells d'una obra musical titulada «Cinc minuts» que avisa de la iniciació de cada carrera. El titular dels drets d'autor de la composició, al mateix temps titular del dret d'interpret i administrador únic de la societat productora, consent i autoritza la utilització de la sintonia per la seva afecció a l'hípica. El tribunal no considera que la melodia formi part del repertori gestionat per les demandants per tractar-se de drets de remuneració no transmesos a les actores per a la seva gestió.

Fonamentació jurídica: dins la propietat intel·lectual de contingut patrimonial o d'explotació, es distingeix entre els drets exclusius i els de remuneració. Així com els primers faculden a autoritzar o prohibir la utilització d'una obra mitjançant la seva reproducció, distribució, comunicació pública, transformació o qualsevol altra forma d'aprofitament, els drets de remuneració tan sols obliguen l'usuari al pagament d'uns doblers pels actes d'explotació que realitzi.

Doncs bé, la Sentència comentada considera que ens trobem davant drets de simple remuneració, derivats de l'ús de la sintonia, la gestió de la qual, segons el seu titular, no ha estat cedida a les entitats demandants.

Comentari: la mateixa Sentència considera la situació com a «peculiar» i intenta compaginar el règim de la propietat intel·lectual amb la voluntat clarament manifestada per l'autor de la música, que la seva obra es pugui reproduir als hipòdroms mallorquins, en la forma pactada, això és, com a advertència que han d'acabar les messions pel començament de la carrera, sense haver d'abonar els hipòdroms quantitat alguna a les societats de gestió col·lectiva dels drets d'autor. La Sentència interpreta la cessió feta per l'autor i interpret en el sentit que s'ha volgut reservar els drets de remuneració sobre la sintonia que després cedeix gratuïtament als hipòdroms.

4. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 236/2016, DE 29 DE JULIOL. Ponent: Sra. Sola Ruiz. NUL·LITAT DELS CONTRACTES D'ADQUISICIÓ DE DRET D'APROFITAMENT PER TORNS PER L'INCOMPLIMENT DE LA LLEI 42/1998.

Resum dels fets: entre 2005 i 2009 els actors, tots ells de nacionalitat estrangera, van signar contractes d'adquisició de drets d'aprofitament per torns en un complex vacacional a Mallorca. Insten la nul·litat del contracte i la consegüent devolució de les quantitats abonades com a preu, basant-se en l'incompliment de la Llei 42/1998 sobre aprofitament per torn tant pel que fa al contingut del contracte com la informació rebuda de les demandades, venedora i societat gestora.

La Sentència de primera instància, desestimària de la demanda, és apel·lada per la part actora. L'Audiència estima el recurs i, per tant, dona lloc a la demanda.

Fonamentació jurídica: l'art. 8 de la Llei 42/1998 estableix expressament l'obligació del transmissor de drets d'aprofitament per torn, d'editar «un document informatiu amb el caràcter d'oferta vinculant». Doncs bé, en el cas al qual es refereix la Sentència no s'ha aportat l'esmentat document.

A més a més, el document de subscripció del contracte i l'annex que es van entregar als adquirents no recullen el contingut mínim que estableix l'art. 9 de la Llei 42/1998. Així, no consten les dades de l'escriptura reguladora del règim, amb indicació del dia del seu atorgament, notari autoritzant, número de protocol i dades del Registre de la Propietat; no contenen cap referència expressa a la naturalesa real o personal del dret adquirit, ni a la data en la qual s'extingirà; no consta una descripció precisa de l'edifici, ni de l'allotjament sobre el qual recau el dret, amb referència expressa a les seves dades registrals i al torn que és objecte del contracte, amb indicació del dia i hora en què s'inicia i termina; no es fa referència al termini per a l'acabament dels habitatges; no s'expressa la forma d'actualització de la quota ni la seva càrrega tributària, ni la informació sobre els honoraris del notari, i no s'insereix literalment el contingut del art. 10 (desistiment i resolució del contracte), 11 (prohibició d'avançaments) i 12 (règim de préstecs a l'adquisició), fent constar el seu caràcter de normes legals aplicables al contracte (art. 9.1.6).

El tribunal rebutja l'al·legació de la demandada que aquest contingut sí apareix detallat en les condicions generals que, segons el que diuen els mateixos contractes, formen part integrant d'aquests. Segons la Sala, l'art. 9.2 de la Llei 42/1998 ha de ser interpretat en el

sentit que el contingut assenyalat en la norma ha de constar en el contracte mateix i no en les condicions generals.

Comentari: l'incompliment dels deures d'informació o la falta del contingut que imperativament han de tenir els contractes d'aprofitament per torn generen la seva nul·litat. En aquest extrem la Sentència comentada enllaça amb el que ja s'havia dit en la Sentència de la Secció Tercera de 2 de març de 2016 i en les STS d'11 de maig de 2016 i de 29 de març de 2016 que també se citen a la resolució comentada.

5. INTERLOCUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 149/2016, DE 2 DE SETEMBRE. Ponent: Sr. Gómez Martínez. RETROACTIVITAT DÈBIL EN L'EXIGÈNCIA DE RECLAMACIÓ PRÈVIA A L'ASSEGURADORA ESTABLERTA EN LA LLEI 35/2015 («NOU BAREM DE L'AUTOMÒBIL»).

Resum dels fets: l'accident viari va tenir lloc el 4 de juny de 2015, abans que entrés en vigor la Llei 35/2015, de 22 de setembre fixada per a l'1 de gener de 2016. S'interposa demanda ja en el mes de febrer de 2016, sense acompanyar-la de la reclamació prèvia contra la companyia d'assegurances que exigeix l'art. 7 de la Llei de responsabilitat civil y assegurances en la circulació de vehicles a motor després de la seva reforma per la Llei 35/2015, de 22 de setembre. La part actora interposa recurs de queixa que en resulta desestimat.

Fonamentació jurídica: l'apartat 3 de l'article únic de la Llei 35/2015 modifica l'art. 7 del RDLEG 8/2004, de 29 d'octubre, que aprova el text refós de la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles de motor, fa una nova redacció de l'aparat 1, paràgraf tercer de l'esmentat precepte, que passa a establir: «no obstant això, amb caràcter previ a la interposició de la demanda judicial, [el perjudicat o els seus hereus] han de comunicar el sinistre a l'assegurador i demanar la indemnització que correspongui. Aquesta reclamació extrajudicial ha de contenir la identificació i les dades rellevants de qui o dels qui reclamin, una declaració sobre les circumstàncies del fet, la identificació del vehicle i del conductor que hi hagin intervingut, si es coneixen, així com tota la informació mèdica assistencial o pericial o de qualsevol altre tipus de què disposin que permeti quantificar el dany».

A més, afegeix un nou apartat 8 al precepte citat, que en el seu últim paràgraf disposa que a partir d'ara: «No s'admetran a tràmit, de conformitat amb l'article 403 de la Llei d'enjudiciament civil, les demandes que no s'acompanyin amb els documents que acreditin la presentació de la reclamació a l'assegurador i l'oferta o resposta motivada, si l'assegurador l'ha emès».

La reforma introdueix així un requisit de procedibilitat, que ha de concórrer amb caràcter previ a la interposició de la demanda: la reclamació prèvia, la no presentació de la qual constituirà una causa de inadmissió de la demanda.

La recurrent invoca a favor seu la disposició transitòria única de l'esmentada norma, la Llei 35/2015, de 22 de setembre, d'acord amb la qual: «1. El sistema per a la valoració dels danys i perjudicis causats a les persones en accidents de circulació que estableix aquesta Llei s'aplica únicament als accidents de circulació que es produeixin després de la seva entrada en vigor. 2. Per a la valoració dels danys i perjudicis causats a les persones en accidents de circulació que s'hagin produït amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta Llei, subsisteix i és aplicable el sistema que recull l'annex del text refós de la Llei sobre responsabilitat civil i assegurança en la circulació de vehicles de motor, aprovat pel Reial decret legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre».

El recurs no prospera, per les següents raons:

- a) La disposició transitòria de la Llei 35/2015, de 22 de setembre, es refereix, segons diu la seva rúbrica, a l'«Aplicació temporal del sistema», això és, al barem de valoració del dany corporal, no als requisits de procedibilitat que la mateixa Llei estableix en les modificacions que introdueix en l'art. 7 del RDLEG 8/2004, de 29 d'octubre.
- b) El nou apartat 8 de l'art. 7 de la Llei esmentada és una norma de naturalesa processal i, per això, està afectada per una retroactivitat feble o de primer grau.

Comentari: l'acte resolutori s'ajusta a la doctrina segons la qual les normes processals gaudeixen d'una «retroactivitat feble» i que admet la retroactivitat tàcita de la Llei en normes interpretatives, complementàries, de desenvolupament o executives, i processals, però només pel que fa a que els actes d'exercici de dret nascuts amb anterioritat a aquelles han de subjectar-se a les seves tràmits i procediments.

Això és, precisament, el que estableix la disposició transitòria quarta del Codi civil en assenyalar que: «Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente; pero sujetándose, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimientos para hacerlos valer, a lo dispuesto en el Código».

IV. Penal

Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 4/2016, DE 27 DE GENER. Ponent: Sra. Robles Morato. DELICTE CONTINUAT D'ABÚS SEXUAL. COOPERACIÓ NECESSÀRIA. COMISSIÓ PER OMISSIÓ.

Resum dels fets: la Sentència declara provada la comissió de diversos delictes d'abús sexual sobre dos menors. En el que interessa, es declara provat que la mare, tot i que coneixia la situació d'abús al qual eren sotmeses les seves filles per un altre dels condemnats, no va fer res per impedir-ho i —a més— les va incitar a fugar-se dels seus centres d'acolliment perquè es traslladessin a l'hostal en què aquella residia, amb la finalitat de finançar l'estada en aquest establiment, on es cometien els abusos. Es va inadmetre el recurs de cassació intentat per la defensa.

Fonamentació jurídica: la Sentència argumenta sobre el comportament de la mare com a cooperadora necessària en comissió per omissió dels delictes d'abús sexual: «Existen datos rotundos de la aceptación o indiferencia por parte de ambos padres de cualesquiera actos libidinosos de X hacia sus hijas que ponen de relieve la concurrencia, al menos, de dolo eventual, suficiente para integrar esa parte del doble dolo antes explicado relativa al conocimiento (aceptación o indiferencia en el dolo eventual) de que el comportamiento de XXX llegó o podía llegar hasta la máxima gravedad prevista en esas modalidades de acceso carnal. Tampoco podían desconocer que su propia actitud y ausencia de oposición (incluso favorecimiento de la situación) era determinante y decisiva para que los hechos ilícitos siguieran desarrollándose y sus hijas soportando la situación abusiva de la que eran objeto.

[...] Además en el caso sobre todo de la madre, exigía a las menores que realizasen fugas de los centros y que fueran al hostal a verlos, aumentando el riesgo jurídicamente desaprobado en tanto que conociendo el peligro existente y teniendo un deber de protección, dejaba a las menores solas con X, llegando en el caso de B a imponerle su presencia [...]».

Comentari: quan el tipus penal descriu una activitat infractora causalment lligada al resultat lesiu materialitzat (delictes de resultat), si aquest mateix resultat pot obtenir-se a partir de la inacció o la falta d'activitat, ha de decidir-se si aquella tipificació resulta igualment idònia —o no— per incriminar aquests últims supòsits de caràcter omissiu.

En l'actualitat, la major part de la doctrina assimila «no evitació» a «causació» atès que el «significat» típic abasta a ambdues, de manera que la contraposició originària entre acció i omissió ja no sembla rellevant, i així ho recull l'art. 11 CP per a quan ambdues tinguin el mateix valor antijurídic, quan siguin equivalents.

Amb això el problema es trasllada a la delimitació del perímetre dins del qual pugui apreciar l'equivalència, perquè no sempre i en tots els casos pot predicar-se l'equiparació, és a dir, l'igual desvalor (l'antijuridicitat).

A partir d'això s'ha qüestionat el contingut de l'art. 11 CP, especialment per reunir dos aspectes difícilment conciliables:

- a) Quant al seu primer incís perquè, assumint la posició doctrinal que accepta l'assimilació entre no evitació i causació, el precepte només aborda l'exigència d'igualtat quant al valor antijurídic entre aquelles, sense incorporar criteris ni pautes per a determinar-la, sinó que directament la remet de manera oberta a el «sentit de la llei» (en funció del tipus penal aplicat), la qual cosa «suposa la transposició dels criteris normatius d'imputació típica propis de la comissió activa (el “sentit del text de la llei”) a la comissió per omissió» (SILVA SÁNCHEZ, J. M. *Comentarios al Código Penal*. T. I. Madrid: Edersa, 1999, pàg. 460), és a dir una aplicació indiferenciada de la teoria de la imputació objectiva tant als supòsits d'acció com als d'omissió en els delictes de resultat.
- b) Pel que fa al seu segon incís perquè, en sentit contrari a l'anterior, parteix d'una posició doctrinal reticent a l'assimilació de la no evitació amb la causació, i imposa requisits addicionals per poder apreciar-la, recorrent a una qüestionada teoria dels deures (amb referència a la infracció d'«un especial deure jurídic de l'autor» supeditada a les fonts tradicionals de la posició de garant: llei, contracte, ingerència) que pivota sobre la posició de garant (ja sigui de la protecció d'un bé jurídic, o del control sobre una font de perill), però que en el fons suposa igualment una formulació —menys elaborada— de la imputació objectiva.

La Sentència comentada s'ocupa d'expressar la concurrència dels esmentats requisits (delicte de resultat i posició de garant), i es refereix a la clàusula d'equivalència (entesa aquí en sentit estricte) de la forma següent: «Es evidente que, aunque nada dice el texto del art. 11 CP (pero se deduce del requisito 2º que acabamos de exponer), ha de encontrarse, dentro de las posibilidades de actuación de la persona que se encuentra en posición de garante, algún modo de obrar que hubiera producido la no ejecución del resultado punible».

El paràgraf és reproducció fidel i exacta del que estableix la STS (Sala Segona) 988/2006, de 10 d'octubre de 2006 sobre un supòsit molt similar (abús sexual per part dels progenitors en comissió per omissió):

«El art. 11, como límite para la posibilidad de exigir responsabilidad penal en estos delitos de omisión, establece la necesidad de realizar una valoración jurídica: que la producción del delito a virtud de esa omisión equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. No cabe hablar de relación de causalidad en estos delitos de omisión, porque lo que no existe no puede ser causa de nada. Pero sí ha de realizarse en cada caso esa valoración, de modo que pueda equipararse la no actuación esperada, en su antijuridicidad, a los casos de actuación positiva, es decir, a la ejecución del delito mediante acción. El ejemplo antes expuesto explica bien esta cuestión: el no alimentar a quien no puede hacerlo por sí mismo equivale a la acción positiva de homicidio.

5°. Es evidente que, aunque nada dice el texto del art. 11 CP (pero se deduce del requisito 2º que acabamos de exponer), ha de encontrarse, dentro de las posibilidades de actuación de la persona que se encuentra en posición de garante, algún modo de obrar que hubiera producido la no ejecución del resultado punible.

6°. El omitente ha de reunir las condiciones exigidas para el tipo activo correspondiente, requisito que tiene importancia en los llamados delitos especiales. Los abusos sexuales no son delitos de esta clase, aunque sí lo son todos los de omisión impropia (comisión por omisión), porque en ellos el autor del comportamiento omitido ha de hallarse en posición de garante, como se deduce del propio texto del art. 11 que estamos examinando (requisito 3º antes referido).

Véanse las sentencias de esta sala 1538/2000, citada en la sentencia recurrida, y la 102/2005.»

Aquesta referència a «las posibilidades de actuación de la persona que se encuentra en posición de garante, algún modo de obrar que hubiera producido la no ejecución del resultado punible», evoca la teoria del domini sobre l'origen del resultat (el que es denomina freqüentment domini del fet), que va avançar Schünemann per superar la contraposició entre acció i omissió.

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ SEGONA NÚM. 300/2015, DE 30 DE NOVENBRE. Ponent: Sr. Rodríguez Rivas. ABANDÓ DE FAMÍLIA. IMPAGAMENT DE PENSIONS ALIMENTÀRIES. PENSIONS ALIMENTÀRIES PRESCRITES.

Resum dels fets: l'acusat, malgrat conèixer l'obligació de pagar a la seva filla menor la pensió alimentària i poder-la complir, no va pagar el que devia durant els mesos de març a desembre de 2005, tots dos inclosos, com tampoc des de l'any 2006 fins a la data de la Sentència comentada.

Fonamentació jurídica: «...el delito de impago de pensiones, tipificado en su actual redacción desde la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, ha venido calificándose por la doctrina como un delito permanente de tracto sucesivo acumulativo —naturaleza que acoge actualmente la mayoría de Audiencias Provinciales— cuya consumación se inicia por el incumplimiento del período típico establecido en el artículo 227 CP y se mantiene hasta que cesan sin interrupción los incumplimientos o se produce su enjuiciamiento [...].

Una vez constatada esa consumación inicial, en los supuestos en que se sigan produciendo incumplimientos posteriores, se ha analizado el problema de determinar hasta cuándo dura la permanencia del delito, o, si se prefiere, cuándo puede empezar a cometerse otro nuevo delito que deba ser objeto de denuncia o querrela para dar lugar a un nuevo proceso, con sus correspondientes consecuencias jurídico penales en cuanto a la cosa juzgada o la prescripción delictiva. Así, una de las situaciones que pone término a la consumación iniciada por el incumplimiento del período omisivo típico será la cesación del ataque al bien jurídico protegido mediante la reanudación sistemática y sin interrupción del pago de la pensión —situación ésta inapreciable en el presente caso—; la otra, será el enjuiciamiento de tales omisiones.

En línea con lo expuesto, vide la SAP de La Coruña Nº 23/2010, de treinta y uno de Marzo, en la que se recoge: “...como el propio recurrente no puede por menos de reconocer en su escrito, nos encontramos ante un delito de los que producen efectos permanentes, tanto es así que probablemente se siguen produciendo a día de hoy, y no dejarían de producirse hasta que se procediese a regularizar el pago de las pensiones. Resulta de todo ello que el plazo de prescripción no habría empezado a correr, ni mucho menos se encontraría agotado, impidiendo la persecución del delito, como se pretende...”.

II. Así, una vez cribada la vertiente penal, resultaría inviable entender que las cuantías originariamente impagadas, generadoras de la consumación del tipo delictivo, pudieran excluirse por prescripción de las cuantías abonables en concepto de perjuicios irrogados por el delito; precisamente porque, consumado el delito, el fundamento de dicho pago radica en la Ley sustantiva penal —artículo 116—, donde se reside igualmente el fundamento de su eventual prescripción —artículos 131 y 132.1 in fine—, y no en el Código Civil —artículo 1966, en relación con el 148—, resultando tributario ello del título de imputación —doloso— y antijuridicidad de la conducta enjuiciada, la cual participa de diversa naturaleza a la habida en una relación jurídico-privada.

Además y en conclusión, lo dicho no es sino el fiel reflejo de los postulados encerrados en los artículos 1089 y su concordante 1092 del Código Civil, rezando este último que “obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal”».

Comentari: la Sentència comentada conclou que la tipicitat pot integrar-se amb els impagaments de les pensions malgrat hagin prescrit les accions de reclamació.

En la Sentència de 22 de setembre de 2016, l'Audiència Provincial de Salamanca (ponent Sr. González Clavijo) recull amb amplitud els criteris contraposats sobre aquest aspecte particular i indica el següent:

- a) per una banda, les sentències de les audiències provincials de Barcelona (3 de desembre de 2009), Las Palmas (18 de setembre 2008) i Cadis (5 de març de 2007) consideren aplicable el termini de prescripció fixat per a les accions civils derivades de delictes en general en l'art. 1964 Cc (15 anys);
- b) d'altra banda, les sentències de les audiències provincials de Còrdova (23 de març de 2010), Huelva (27 de desembre de 2001 i 8 de juliol de 2008) i València (30 de setembre de 2001) apliquen el termini de prescripció fixat en l'article 1966 Cc (5 anys) per a les accions dirigides a exigir el compliment de les obligacions d'abonament de pensions alimentaries. I finalitza indicant que la qüestió ha perdut vigència perquè la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, ha modificat l'art. 1964 Cc i equiparat el termini de prescripció en tots dos casos (5 anys).

Si la discrepància es redueix al termini de prescripció aplicable, pot haver quedat resolta aquesta qüestió des que (per Llei 42/2015, de 5 d'octubre) s'ha unificat en 5 anys el termini per a la prescripció d'ambdues accions (tant la general de l'art. 1964 Cc, com l'especial de l'art. 1966 Cc), almenys mentre aquest termini quinquennal segueixi coincidint amb el de

prescripció del delictes (que és també de 5 anys —segons l'art. 131.1 CP— per a la pena de tres mesos a un any de presó assenyalada en l'art. 227 CP), perquè res en l'esmentada Llei 42/2015 —ni tan sols la seva exposició de motius— apunta al fet que la modificació del termini hagi pretès resoldre aquest concret problema suscitat en l'àmbit penal.

Però en cas de qüestionar-se que la tipicitat exigeixi la preexistència de l'obligació civil, o —dit d'una altra manera— en cas de sostenir-se que un deute civilment inexigible (per haver prescrit les accions de reclamació) és apte per integrar la conducta típica i donar lloc a una indemnització derivada del delictes, la controvèrsia subsistirà malgrat la coincidència de terminis prescriptius.

Aquesta figura penal —amb antecedents en l'art. 34 de la Llei de divorci de 2 de març de 1932 i en l'art. 487 bis CP (derivat de la reforma realitzada per la LO 3/1989, de 21 de juny)— mai no ha estat exempta de complicacions, ja sigui per evocar la presó per deutes o per suscitar dubtes sobre el bé jurídic protegit (la protecció de la família, l'incompliment dels deures d'assistència, el perill per a la vida, salut o integritat, o la desobediència), i en el seu moment també va resultar problemàtica la possibilitat d'exigir en el procés penal el compliment de les prestacions degudes.

Aquesta darrera qüestió originàriament va girar entorn al fet que, tractant-se d'una obligació civil preconstituïda, la seva exigència processal procediria en l'execució civil corresponent, i no en el procés penal.

La Circular 2/1990 de la Fiscalia General de l'Estat es va pronunciar sobre aquest problema amb motiu de la reforma introduïda en el CP per l'esmentada LO 3/1989: «[...] si se entiende que la lesión del bien jurídico se produce por el impago de la pensión —única interpretación que pueda dar el necesario contenido material de antijuridicidad a la conducta prevista en el tipo, que de otra forma se convertiría en una simple manifestación de la prisión por deudas— esa lesión del bien jurídico tiene que repararse en la vía penal, lo que debe conducir a promover también en esa vía la reparación del perjuicio causado, tanto con el abono de las cantidades debidas como los de otra índole que hubiera originado el impago», dit d'una altra manera, que l'impagament de les pensions és antecedent però no conseqüència del delictes, de manera que el dany sorgeix de la infracció criminal i no de l'impagament civil.

Per tancar la qüestió i afavorir la posició dels perjudicats permetent la indemnització en la via penal, el CP de 1995, en l'art. 227.3 va establir que «La reparació del dany procedent del delictes ha de comportar sempre el pagament de les quantitats degudes».

Ara la qüestió consisteix a determinar si el caràcter permanent de l'il·lícit penal i la seva persistència mentre subsisteixi la situació antijurídica d'impagament (art. 132.1 CP) permet obviar la prescripció civil de les accions per a la reclamació de les pensions perquè s'entén que aquest dany deriva de la infracció criminal; o si, per contra, l'impagament de les pensions preexisteix al delicte com a deute civil impagat que nodreix la tipicitat, però no constitueix un dany derivat del delicte, que no pot integrar-se amb les pensions prescrites.

La veritat és que la doctrina majoritària s'inclina per considerar que la responsabilitat civil no deriva del delicte (encara que l'art. 1092 Cc sembli apuntar a això), sinó que deriva del dany o perjudici produït pel comportament criminal.

Pel que fa al tipus subjectiu sembla que no basta amb el simple impagament, però tampoc no es requereix una voluntat definitiva de no pagar perquè és suficient amb el retard maliciós; l'entitat o l'aptitud de la lesió al ben jurídic protegit sembla quedar automàticament coberta amb els períodes d'impagament subjectes a tipicitat; i la impossibilitat d'afrontar el pagament pot concórrer com a causa de justificació.

Dit això, resulta perfectament possible diferenciar entre un simple incompliment civil i un comportament de naturalesa criminal, perquè aquest necessita requisits addicionals de tipicitat, antijuridicitat, i culpabilitat, que excedeixen d'un simple impagament; però el veritablement difícil és poder argumentar que, quan concorre infracció criminal, l'impagament de pensions genera un dany derivat del delicte que és diferent del perjudici civil antecedent, almenys quan l'un i l'altre coincideixin o s'identifiquin amb les «quanties degudes», és a dir, quan consisteixin en el mateix.

3. SENTÈNCIA DE L'AUDIÈNCIA PROVINCIAL (SECCIÓ PRIMERA) NÚM. 105/2015, DE 30 DE SETEMBRE. Ponent: Sra. Ramis Rosselló. PREVARICACIÓ. FRAU A L'ADMINISTRACIÓ.

4. SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL SUPREM (SALA SEGONA) NÚM. 606/2016, DE 7 DE JULIOL. Ponent Sr. Soriano Soriano. PREVARICACIÓ. FRAU A L'ADMINISTRACIÓ.

Resum dels fets: la Sentència d'instància, després d'absoldre del delicte de malversació de cabdals públics, va condemnar per un delicte de frau a l'administració i un altre delicte de prevaricació administrativa, per haver-se concertat els acusats per beneficiar a determinades

societats mercantils «con desprecio total de las normas administrativas y legales de contratación pública, evitando la posible concurrencia, licitación o intervención de terceros en la posibilidad de obtener contratos públicos». Varen tramitar un expedient negociat sense publicitat per adjudicar la compra de 2.150 cadires per als ajuntaments, sense que no existís cap sol·licitud prèvia ni s'hagués constatat aquesta necessitat, però sense que el marge comercial obtingut per les empreses adjudicatàries fos excessiu ni desproporcionat; i, per això, varen convidar a concursar dues empreses de confiança perquè no presentassin ofertes i, d'aquesta manera, poder adjudicar en concurs a l'empresa afí a la qual varen afavorir.

La Sentència d'instància va ser recorreguda en cassació per alguns dels acusats.

Fonamentació jurídica:

3. «En esta conducta hay prevaricación y fraude pues tomar la decisión de adjudicar directamente el contrato a un determinado empresario, en la medida en que objetivamente perjudicaban económicamente a la Administración, al evitar la concurrencia de otros licitadores y, consecuentemente, su adjudicación (a) un mejor postor, que no fuera el designado a dedo previamente, comprenden el elemento objetivo del delito de fraude por lo que en principio bastan para la consumación de dicho delito independientemente de la existencia o no de un perjuicio real. En efecto, el fraccionamiento irregular de una obra, servicio o suministro, realizado con el fin de evitar la concurrencia de licitadores siempre implica un perjuicio económico para la Administración contratante y, por ello, lleva aparejada la concurrencia del elemento subjetivo de este delito, aunque sea simplemente a título de dolo eventual, en la medida en que con la adjudicación directa se acepta el perjuicio económico derivado de la concurrencia de aspirantes que se quiere evitar.

[...]

Todo lo cual nos lleva a estimar que cometió los dos delitos de fraude a la Administración, el cual, en opinión de esta Sala, que no es sino respeto a la doctrina del Tribunal Supremo citada, no es preciso constatar perjuicio patrimonial alguno para las arcas públicas para la comisión del mismo, simplemente, pretender causarlo».

4. «Con lo expuesto hasta el momento no se describe ningún perjuicio a la administración pública por razón de los contratos celebrados. El hecho de que el delito no precise de ocasionamiento de daño y como delito de simple actividad baste el concierto con el propósito de defraudar al erario público, para consumir la infracción es preciso, sin embargo, concretar objetivamente ese concierto así como su efecto perjudicial para el erario público. Cosa

distinta es que se consume o no, pero aun simplemente proyectado, debe ser objeto de un dictamen pericial o juicio crítico del juzgador que permita dar por probado que el proyecto o intento de defraudar, constituía un verdadero fraude (perjuicio **patrimonial** consecuencia de un engaño o maquinación engañosa).

[...] acudir al sistema o procedimiento **abierto, al restringido, o al negociado**, no acredita que se hubiera beneficiado la administración, si en cualquiera de ellos se hubiera ofertado el **precio de mercado**.

Pues bien, en nuestra hipótesis, en los hechos probados (ap. I, pág. 7 de la sentencia), se dice que el precio ofertado y pagado es el de mercado según dictamen de la arquitecta del Consell Insular de Mallorca (X), luego el daño o perjuicio a la administración ni aflora ni se concreta”.

Pero a continuación el factum dice: “**Consta probado que dicho precio era realmente un precio de mercado**”.

[...] Todavía restaría la necesidad o urgencia del gasto. Sin embargo en este punto, si partimos de los dictámenes técnicos [...] aparece como una decisión político-administrativa, cuya calificación queda fuera del daño o perjuicio que se pudiera ocasionar a la Administración.

Es evidente que existen otras opciones [...] Lo cierto es que en ningún caso se ha acreditado que el gasto haya sido “absolutamente inútil”.

[...] Lo único incorrecto es la finalidad última que pretendían y se consiguió, cual es, designar previamente de forma arbitraria a los adjudicatarios del contrato sin cumplir con las normas administrativas propias del procedimiento negociado y otras complementarias.

Pero ello integraría, en todo caso, el delito de prevaricación, pero no aflora en los hechos cometidos y explicitados en el factum el de fraude a la administración, que no se produjo».

Comentari: les sentències d’instància i cassació que són objecte d’aquest comentari resulten valuoses per anar dibuixant el perfil típic del delict de frau a l’administració.

La maquinació o la confabulació constitutives del frau a l’administració no només han de respondre a un «perjudici» de naturalesa «patrimonial» (la qual cosa discrimina altres possibles afectacions de caràcter diferent), sinó que a més ha de tractar-se d’un perjudici «factible» però «no efectiu».

De manera que per a una adequada subsumció típica haurà de resultar provada la veritable entitat del perjudici patrimonial buscat, sense que calgui derivar-la de les anomalies

o irregularitats administratives, perquè no impliquen perjudici patrimonial (encara que poden integrar el substrat fàctic adequat per constituir un delicte de prevaricació).

La qüestió és que basta acreditar un perjudici patrimonial «factible», si més no potencial, perquè en cas que sigui un perjudici efectiu, la conducta seria sancionable com a malversació de cabals públics.

El problema més delicat sorgeix quan els fets provats reflecteixen ambdues coses per separat (s'ha buscat un frau no materialitzat en perjudici efectiu, però a més s'ha causat una perjudici patrimonial efectiu), perquè haurà de dilucidar-se la intricada naturalesa del concurs entre frau i malversació.

Per començar, es va entendre que frau i malversació es trobaven en relació de concurs medial de delictes i, d'aquesta manera, en la STS (Sala Segona) núm. 257/2003, de 18 de febrer (que es remet als seus precedents de 16 de febrer de 1995 i de 27 de setembre de 2002) es deia el següent: «la sanción de la malversación es compatible con la del delito de fraude del artículo 436, pues éste es un delito de mera actividad que se consuma con que exista la concertación con la finalidad de defraudar, por lo que la efectiva apropiación de caudales por este medio no pertenece a la perfección del delito de fraude, debiendo sancionarse en ese caso ambos delitos en relación de concurso medial». Va corroborar aquesta posició la STS núm. 841/2013, de 18 de novembre: «Ello hace que la efectiva apropiación de caudales no pertenezca a la perfección del delito y debe sancionarse, como ha hecho la Audiencia en concurso medial con el delito de malversación de caudales públicos (véase, por todas, STS 1537/2003 de 27 de septiembre)», i la STS núm. 1051/2013, de 26 de setembre: «compatibilidad entre el delito de fraude, delito de mera actividad que se consuma con el concierto para defraudar y cuyo bien jurídico protegido es diferente.»

En un sentit diferent, la STS (Sala Segona) núm. 166/2014, de 28 de febrer, sembla que va apostar pel concurs de normes: «La relación en que se encuentra el tipo penal de fraude y el de malversación es en el de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito intermedio del delito de malversación de caudales públicos. Por ello, la mayor gravedad del hecho posterior, por razón del desvalor del resultado (delito de malversación), excluye la aplicación del concierto para defraudar que se tipifica como delito de peligro, en el estadio previo a la producción efectiva del perjuicio, toda vez que la relación entre ambas normas penales (arts. 432 y 436 C.P.) es de progresión cuantitativa, como acabamos de decir.

En esa progresión intensificadora del injusto se consume en el delito de malversación el desvalor de acción del acuerdo previo, produciéndose una unidad típica de acción, en la que

se funden en una única valoración jurídica, las dos infracciones, y mucho más, cuando conforme con la opinión doctrinal mayoritaria en ambas se infringe el mismo bien jurídico.

Ello hace que la apreciación de una sola realización típica (la malversación) capte el contenido de injusto y culpabilidad de todo el hecho lo que no puede hacer el delito de fraude porque en él no se ha previsto el perjuicio.»

En aquesta Sentència s'expressen objeccions al resultat penològic en alguns casos, i concretament quan en els fets enjudiciats apareixen diferenciats uns fets de frau (perjudici factible cercat) i altres de malversació (perjudici efectivament causat), i apunta que en aquest cas la tesi del concurs de delictes causa resultats penològics qüestionables: «Habría concurso de delitos cuando hay operaciones diferenciadas: junto a las que culminan con la apropiación o desvío de fondos (delito de malversación) otras abortadas en un estadio anterior, que por sí solas conformarían el fraude como delito autónomo.

Esa tesis presenta algún flanco débil. Significaría que cuando hay pluralidad de operaciones sería más leve el castigo (solo un delito de malversación continuado) si en todas las operaciones se hubiese alcanzado el fin ilegítimo pretendido; frente a los casos en que algunas quedaron frustradas (lo que en principio supone un menor desvalor), en que reaparecería el delito de fraude, como acto previo de la malversación no alcanzada. Doble penalidad cuando el desvalor es inferior. Esa secuela por su incomprensibilidad merece una reflexión.»

I a aquesta mateixa STS (Sala Segona) de 28 de febrer de 2014 remet la STS núm. 394/2014, de 7 de maig: «la STS 841/2013, de 18 de novembre que sin llegar a excluir la concurrencia de delitos, considera que en los supuestos que identifica como de “progresión cuantitativa”, se produce un concurso de normas de manera que el delito de malversación, art. 432, consume el de fraude, art. 436 Cp, que referenciado a la conducta de concertarse con los interesados o utilizar un artificio para defraudar a la administración, esta conducta queda absorbida por el posterior delito de malversación cuando éste se consuma pues, de alguna manera, los actos de fraude son actos previos a la malversación.

Lo anterior es plausible y puede concurrir en aquellos supuestos de fraude en su modalidad de concierto con el interesado y la posterior malversación en los supuestos de consentimiento en la sustracción. En estos supuestos el consentimiento típico requiere una previa concertación. Pero esa posibilidad que expresamos no juega con esta intensidad en la modalidad de fraude por la utilización de artificios para defraudar a la administración a los que se refieren este hecho probado.»

El cert és que la STS (Sala Segona) núm. 806/2014, de 23 de desembre, torna a apuntar a la posició majoritària: «Con un núcleo central común en la tipicidad hay elementos

específicos en cada uno de los delitos que los especializan. Desde un punto de vista el delito del art. 432 es especial frente al delito del art. 436 (abarca la efectiva producción del perjuicio patrimonial). Desde otro punto de vista, sin embargo, lo es el art. 436 (se refiere a actividades concretas y recoge una actividad concertada). Ante dos tipos igualmente especiales habría que acudir al principio de alternatividad, si no juega antes el de consunción. Pero con carácter previo hay que decidir si estamos en verdad ante un concurso de normas o, más bien, como sostiene la jurisprudencia mayoritaria, ante un concurso de delitos.

La identificación de objetos de tutela diferentes en cada una de las infracciones lleva a la admisión del concurso de delitos, tesis que se ha venido a consolidar en la jurisprudencia de esta Sala pese a titubeos iniciales.» I cita el seu precedent STS (Sala Segona) de 26 de setembre de 2013, esmentada anteriorment.

Però la STS (Sala Segona) núm. 673/2016, de 21 de juliol, torna a al·ludir a la progressió quantitativa i es recolza en al menys una sentència de les que reclamen diferenciar la qüestió en funció dels supòsits i resultats penològics per admetre en alguns casos el concurs de normes: «Y se ha considerado también que la relación de este tipo penal y el de malversación (que consiste en sustraer o consentir que otro sustraiga los caudales públicos), es de progresión cuantitativa, de modo que el delito de fraude es un delito que se ubica en un estadio previo al de la malversación de caudales públicos, debiendo excluirse la aplicación de aquel cuando la defraudación se materializa (STS 841/23, de 18 noviembre y 394/2014, de 7 de mayo).»

Es requereix, doncs, examinar amb deteniment la situació fàctica per identificar el tipus de concurs, sense possibilitat d'assignar una única solució per a tots els casos, perquè en algunes ocasions tot el desvalor pot ser assumit per una de les infraccions, però no en tots els casos.

V. Contenciosa administrativa

A. Tribunal Suprem

1. INTERLOCUTÒRIES DE LA SECCIÓ D'ADMISSIÓ DEL RECURS DE CASSACIÓ: EL NOU RECURS DE CASSACIÓ. A) INTERLOCUTÒRIA D'1 DE MARÇ DE 2017 (REC. CAS 88/2016). Ponent: Sr. Huelin Martínez de Velasco. LA INCONGRUÈNCIA OMISSIVA DE LA SENTÈNCIA I EL RECURS DE CASSACIÓ. B) INTERLOCUTÒRIES DE 10 D'ABRIL DE 2017 (REC. 225/2017). Ponent: Córdoba Castroverde; DE 6 DE MARÇ DE 2017 (REC.150/2016) I DE 15 DE MARÇ DE 2017 (REC. 93/2017 I REC. 91/2017). Ponent: Sr. Garzón Herrero. L'APRECIACIÓ DE L'INTERÈS CASACIONAL OBJECTIU. C) INTERLOCUTÒRIES DE 25 DE GENER DE 2017 (REC. 15/2016) I DE 15 DE MARÇ DE 2017 (REC. 3/02017). Ponent: Sr. Córdoba Castroverde i Sr. Garzón Herrero. LA INEXISTÈNCIA DE JURISPRUDÈNCIA.*

Resum dels fets: la nova regulació del recurs de cassació contenciós administratiu introduïda per la disposició final tercera de la LO 7/2015, de 21 de juliol, de modificació de la Llei reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa suposa un canvi estructural en la configuració del mateix atès que s'ha introduït pel legislador l'interès cassacional objectiu per a la formació de jurisprudència, com a criteri per decidir l'admissió del recurs. Desapareixen els recursos de cassació per a unificació de doctrina i en interès de llei i se suprimeixen els límits de quantia i matèria fins ara existents en relació amb sentències i interlocutòries de la Sala Contenciosa Administrativa de l'Audiència Nacional i tribunals superiors de justícia, ampliant el recurs a determinades sentències dels jutjats contenciosos administratius.

* Per la seva rellevància en referir-se al nou recurs de cassació, aquesta crònica es publica en aquest número de la *Revista Jurídica de les Illes Balears*.

Sense perjudici que els criteris jurisprudencials sobre la nova configuració del recurs s'aniran perfilant en endavant, interessa aquí fer ressenya d'aquelles primeres interlocutòries d'interès, en tant que reflecteixen les conseqüències del canvi de model.

Fonamentació jurídica: A) La incongruència omissiva de la sentència i el recurs de cassació. Amb anterioritat a la reforma del recurs de cassació operada per la LO 7/2015, de 21 de juliol, la incongruència omissiva de la sentència d'instància era un motiu de cassació ja que, malgrat que tota infracció procedimental causant d'indefensió obliga a intentar l'esmena en la instància, es considerava que no hi havia oportunitat per a això si el defecte causant de la indefensió era imputable a la mateixa sentència que posava fi al recurs.

El Tribunal Suprem, amb el nou sistema de cassació adverteix que la incongruència omissiva de la concreta sentència recorreguda en cassació, podria no tenir interès cassacional objectiu per la senzilla raó que la incongruència omissiva i la consegüent infracció de l'art. 24 CE ja ha estat objecte d'abundant i reiterada jurisprudència que no fa necessari nous pronunciaments del TS per conformar una jurisprudència ja consolidada. En aquest punt recordem que el nou recurs de cassació no està configurat tant per corregir la solució donada per la sentència al conflicte concret, com per conformar jurisprudència que transcendeixi al cas particular. Davant el risc que la incongruència omissiva de la sentència ja no pugui reparar-se mitjançant el recurs de cassació, el TS, en la aquesta Interlocutòria, exigeix que l'eventual entrada per la via de l'art. 89.2.c) LJCA, sigui anticipada per la prèvia sol·licitud de compleció de la sentència. S'afirma que «conforme a lo dispuesto en el artículo 89.2.c) LJCA, cuando, como ocurre en este caso, el recurrente se queje en casación de la incongruencia omisiva de la sentencia que combate, haciendo pivotar sobre tal silencio jurisdiccional su pretensión ante el Tribunal Supremo, resulta legítimo exigirle que antes acredite, como presupuesto de procedibilidad, haber instado sin éxito el complemento de la sentencia por el cauce previsto en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC».

En l'esmentada Interlocutòria es reconeix que «Ciertamente, bajo la disciplina del recurso de casación contencioso-administrativo anterior a la reforma operada por la disposición final 3ª de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio (BOE de 22 de julio), y en el marco del motivo de casación previsto en el antiguo artículo 88.1.c) LJCA, este Tribunal Supremo no ha exigido que, con arreglo al apartado 2 del mismo precepto, para abordar el análisis de la incongruencia omisiva que pudiera aquejar a la sentencia impugnada con carácter previo se hubiera intentado la subsanación del defecto por aquel cauce. Pero nada impide que, situados bajo la nueva regulación del recurso de casación, esta Sala considere

que antes de interponerlo denunciando la incongruencia omisiva de la sentencia impugnada el recurrente ha de intentar la reparación del defecto promoviendo el incidente contemplado en los artículos 267.5 LOPJ y 215.2 LEC». S'afegeix que, la compleció de la sentència amb el pronunciament omès pot comportar fins i tot el sentit de la part dispositiva, doncs «No puede entenderse de otra manera si se tiene en cuenta que la norma ordena, en su caso, completar la resolución con el pronunciamiento omitido. No sería lógico permitir que se abra un trámite para obtener respuesta sobre aquello a lo que no se contestó, que luego carece de incidencia en la situación jurídica de quien insta el complemento. Los artículos 267.6 LOPJ y 215.3 LEC corroboran esta interpretación cuando expresamente indican que si la integración o complemento se lleva a cabo de plano y de oficio, el resultado no puede modificar ni rectificar lo que ya hubiere sido acordado, de donde se colige que sí cabría hacerlo si la integración o complemento se realiza a instancia de parte».

En conseqüència, davant una possible incongruència omissiva de la sentència, abans d'interposar-se el recurs de cassació, s'ha d'haver intentat posar remei a l'omissió pels mecanismes dels art. 267.5 LOPJ i 215.2 LEC doncs, en cas contrari, es corre el risc cert de la inadmissió del recurs de cassació. En la Interlocutòria aquí comentada es va acordar retrotraure les actuacions al moment en què es va notificar a la part recurrent la citada sentència perquè, si ho estima oportú, insti l'incident esmentat. Però això és «ateses les circumstàncies examinades», això és, perquè és doctrina nova i per a un recurrent en cassació que va seguir la doctrina anterior del TS, però molt probablement aquesta retroacció deixarà d'acordar-la el TS quan entengui que el nou criteri hagués de ser ja conegut.

Òbviament, l'anterior interpretació haurà de venir acompanyada d'un canvi de mentalitat dels tribunals d'instància, tradicionalment poc predisposats al complement de les sentències i menys d'aquelles que puguin comportar alteració del sentit de la part dispositiva, doncs equival a reconeixement del propi error.

B) L'apreciació de l'interès casacional objectiu. El nou recurs de cassació a l'ordre contenciós administratiu pretén que només accedeixin al mateix aquelles infraccions normatives que sobrepassin a les circumstàncies del cas concret, per afectar a qüestions amb un major contingut de generalitat i amb possible projecció a altres litigis. Òbviament, això comporta un marge d'apreciació a càrrec del TS que alguns han identificat com a «discrecional». Sense necessitat de qualificar-ho, aquí únicament interessa destacar les seves manifestacions, ja recollides en diverses interlocutòries d'aquest Alt Tribunal.

En la Interlocutòria de 10 d'abril de 2017 (rec. 225/2017) ja s'adverteix que, malgrat que concorrin les presumpcions d'existència d'interès cassacional objectiu de l'art. 88.3 LJCA, el precepte permet inadmetre (mitjançant «acte motivat») els recursos inicialment beneficiats per la mateixa quan el Tribunal Suprem «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». I afegeix: «Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones: 1º) Por tal “asunto” ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y 2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine* LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).»

En sentit contrari, el TS pot apreciar que concorre interès cassacional malgrat que el supòsit no encaixi en cap de les circumstàncies de l'art. 88.2 i 3 LJCA. La Interlocutòria de 15 de març de 2017 diu que «6.1. El carácter abierto de la enumeración de circunstancias [“entre otras”] que permiten apreciar la presencia de interés casacional objetivo para la formación jurisprudencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 88.2 LJCA, conduce a entender que a este Tribunal Supremo puede reputar existente el interés casacional objetivo del recurso preparado con sustento en otras circunstancias distintas, no contempladas en ese artículo 88.2 LJCA, ni tampoco incluidas en el artículo 88.3 LJCA, y, por ende, que el recurrente también podrá invocarlas para justificar el interés casacional objetivo del recurso de casación preparado. 6.2. La excepcionalidad de la invocación de estas otras circunstancias de interés casacional en la configuración legal del recurso de casación, repárese en que el artículo 89.2.f) LJCA ni las menciona, puesta en relación con el deber

especial que dicho precepto impone al recurrente de fundamentar con singular referencia al caso que concurre interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, exige del recurrente que en el escrito de preparación justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada, que lógicamente no habrá de ser reconducible a alguna de las circunstancias del apartado 2 o de las presunciones del apartado 3 del artículo 88 LJCA.»

La possibilitat que el recurrent en cassació argumenti altres circumstàncies i presumpcions diferents de les previstes en l'art. 88.2 i 3 no encaixa perfectament amb l'exigència de l'art. 89.2.f) que no sembla esmentar aquesta possibilitat. En la Interlocutòria del mateix 15 de març de 2017, però dictada en el recurs 91/2017, es diu que aquesta invocació d'un interès cassacional no expressament contemplat en l'art. 88 «exige del recurrente que en el escrito de preparación, al menos: (i) advierta expresamente que el interés casacional objetivo no se fundamenta ni en las circunstancias del artículo 88.2 LJCA ni en las presunciones del artículo 88.3 LJCA, y (ii) justifique cuidada y rigurosamente el interés casacional objetivo del recurso que revela la circunstancia invocada, que lógicamente no habrá de ser reconducible a alguna de las circunstancias del apartado 2 o de las presunciones del apartado 3 del artículo 88 LJCA».

C) La inexistència de jurisprudència. Segons l'art. 88.3.a) LJCA es presumeix que existeix interès cassacional objectiu quan en la resolució impugnada s'hagin aplicat normes en què se sustenti la raó de decidir «sobre les quals no existeixi jurisprudència», per la qual cosa és un motiu d'entrada al recurs de cassació molt atractiu, doncs en principi n'hi ha prou amb afirmar el fet negatiu «no hi ha jurisprudència» traslladant la càrrega d'afirmar el contrari al Tribunal que ha de verificar la preparació del recurs. El TS, tanca el pas a aquesta interpretació i en diu que «la mera apelación al artículo 88.3.a), la invocación retórica de un precepto y la afirmación apodíctica de que sobre el mismo no existe jurisprudencia no son suficientes. Se requiere una mínima argumentación». Concretament a les interlocutòries de 25 de gener de 2017 i de 15 de març de 2017 s'insisteix que el recurrent haurà de determinar «con precisión la cuestión jurídica sobre la que no existe jurisprudencia en absoluto o sobre la que la jurisprudencia necesita ser matizada, precisada o concretada». En relació amb aquest supòsit d'interès cassacional objectiu, el recurrent ha d'evitar que quedi sense contingut invocant uns altres que siguin contradictoris amb ell. Com quan es diu que no hi ha jurisprudència (art. 88.3.a LJCA) i al mateix temps manté

que la resolució impugnada se separa deliberadament de l'existent (art. 88.3.b LJCA). En aquest sentit, la Interlocutòria de 6 de febrer de 2017 (rec. 35/2016).

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 122, DE 9 DE MARÇ DE 2016. RECURS D'APEL·LACIÓ NÚM. 428/2015. Ponent: Sr. Socías Fuster. URBANISME. DISCIPLINA. LLICÈNCIA DE LEGALITZACIÓ.

Resum dels fets: demanada la legalització d'unes obres, l'Ajuntament la denega en advertir que això ho impedeix la redacció actual de l'Estudi de Detall que les afecta, però també precisa que una possible modificació d'aquest Estudi possibilitaria una futura legalització.

El recurrent considera que, davant aquesta situació, el que s'havia de fer era que l'Ajuntament suspengués el tràmit de concessió/denegació de llicència per permetre la modificació de l'Estudi de Detall i després resoldre a resultes de la mateixa.

La Sentència nega tal possibilitat.

Fonamentació jurídica: «La propia parte recurrente reconoce un hecho no discutido: que el vigente PGOU y el vigente Estudio de Detalle (de 1998) no permiten —actualmente— las obras que se pretenden legalizar.

[...]

Así pues, la controversia jurídica se desplaza hacia otro punto. En concreto determinar si el Ayuntamiento debía, en lugar de denegar la licencia, suspender la resolución sobre su concesión/denegación hasta que se tramitase y modificase el Estudio de Detalle en modo que permitiese la legalización pretendida.

Este aspecto está correctamente resuelto en la sentencia de instancia en base a criterio que no podemos sino ratificar.

La licencia de “legalización” sigue las reglas propias de las licencias ordinarias en cuanto a que deben resolverse conforme a la normativa urbanística vigente al tiempo de su resolución en plazo (art. 4.2.b de la entonces vigente Ley 10/1990, de 23 de octubre de Disciplina Urbanística). Y no es objeto de controversia que, a la fecha de resolución, la normativa urbanística no permitía las obras litigiosas. Porque no lo permite el PGOU que sólo lo

excepciona si así se contempla en un Estudio de Detalle como instrumento de planeamiento de tercer nivel. Ya se ha dicho que el entonces vigente (de 1998) no lo permitía.

En definitiva, la administración municipal debía conceder o denegar la licencia conforme a la normativa vigente por ser decisión reglada y no podía acordar suspender su decisión a la indeterminada espera de si en un futuro se modificaba dicha normativa para permitir lo que ahora no autoriza.»

Comentari: la Sentència insisteix amb un criteri que, malgrat ser conegut, és posat en dubte en nombrosos recursos en què es pretén la legalització aplicant una normativa anterior o, com en el cas, hipotèticament posterior. Se sosté que l'art. 4.2.c) LDU llavors vigent contemplava la interrupció del termini per «esmenar deficiències» de la sol·licitud, però no es pot utilitzar aquesta suspensió per entretant modificar aquell estudi de detall que, de moment, impedia la concessió de la llicència. Per això no acceptem que s'interpreti que la tramitació de la modificació de l'Estudi de Detall forma part del procés de regularització de les obres. La legalització ho és per a la restauració de l'ordre jurídic infringit adaptant les obres a la normativa urbanística vigent. No a l'inrevés.

2. SENTÈNCIA NÚM. 223, DE 19 D'ABRIL DE 2016. RECURS NÚM. 15/2015. Ponent: Sra. Frigola Castillón. COSTES MARÍTIMES. SANCIO. CONFIANÇA LEGÍTIMA EN L'ACTUACIÓ DE L'ADMINISTRACIÓ.

Resum dels fets: un particular va sol·licitar de la Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori del Govern de les Illes Balears una autorització per a la construcció d'una bassa d'aigua com a instal·lació contra incendis, a situar en zona de servitud de protecció de costes marítimes.

Atorgada l'esmentada autorització així com les oportunes llicències municipals, després de l'execució de les obres la mateixa Conselleria d'Agricultura, Medi Ambient i Territori sanciona les esmentades obres perquè manquen de l'autorització de la Direcció General d'Ordenació del Territori de la mateixa Conselleria, que ha de concedir-se amb caràcter previ a l'execució d'obres sobre zona de servitud de protecció (art. 24 i 25 de la Llei 22/1988, de 28 de juliol, de costes). L'administració autonòmica invoca que el permís concedit ho era del servei de «Medi Ambient» que únicament va verificar la correcció de les instal·lacions contra

incendis, faltant la del servei d'«Ordenació del Territori» que autoritza les que es realitzen en zona de servitud de protecció de les costes marítimes.

La Sentència argumenta que no es pot apreciar culpa quan la mateixa Conselleria no li va advertir de la insuficiència del permís per ella concedit.

Fonamentació jurídica: «el punto de partida hay que señalar que el hoy recurrente solicitó a la Consellería de Medi Ambient, que es también la que tiene la competencia para conceder y tramitar las autorizaciones para ejecución de obras en zona de servidumbre de protección, permiso para construir una balsa para prevención de incendios, exactamente en el mismo lugar donde se construyó, o sea, en zona de servidumbre de protección. Esa petición presentada ante esa Consellería el 15 de octubre de 2010 fue objeto de un informe de fecha 22 de octubre de 2010 que dice “Es considera que per part d’aquesta Conselleria no existeix inconvenient per a que s’instal·lin les mesures de prevenció d’incendis descrites a la Memòria presentada, sense perjudici d’aquelles altres autoritzacions que siguin preceptives per part d’altres administracions, si n’és el cas”. Nótese que el informe dice “sense perjudici d’aquelles altres autoritzacions que siguin preceptives per part d’altres administracions” lo cual es perfectamente lógico, porque las que compete conceder a esa misma Consellería de Medi Ambient, tiene que evaluarlas esa Consellería, y, o bien, conceder la solicitud que se ha pedido, o bien denegarla, según proceda en derecho, a tenor de la obra que se pretende ejecutar teniendo en cuenta el concreto lugar de ubicación que se solicita.

Sin embargo la Administración no advirtió al hoy recurrente de la necesidad que tenía de solicitar autorización para construcción de la balsa conforme a lo establecido en la Ley de Costas, y de la que la Consellería de Medi Ambient era precisamente la competente para otorgar o denegar dicha autorización. Y en cambio se limitó solamente a informar favorablemente y a señalar que no había inconveniente en que se construyera esa balsa de acuerdo con la Memoria acompañada para la prevención de incendios, precisamente ejecutándose en zona de servidumbre de protección que es evidente que necesita unas autorizaciones especiales según la Ley de Costas.

[...]

Todo lo cual exime de culpabilidad a la parte en su actuación, ya que la Administración con su comportamiento e informe favorable llevó a equivoco al hoy recurrente. Porque no olvidemos que junto a la exigencia de la tipicidad y antijuridicidad como requisitos ineludibles del ejercicio de toda potestad sancionadora, debe constar también el elemento o principio de culpabilidad del infractor que presupone que la acción u omisión enjuiciada ha de

ser imputable a aquel bien por malicia, o bien por imprudencia, negligencia o ignorancia inexcusable. Y ese es el elemento que aquí y en cuanto a esa concreta infracción que se imputa a la parte, no se aprecia, y por ello por la propia actuación de la Administración que induce a error a la actora.»

Comentari: la Sentència comentada no diu que no fes falta una altra autorització específica del servei competent en matèria de servitud de protecció de costes marítimes, ni tampoc no afirma que l'autorització concedida pel servei competent en matèria d'instal·lacions contra incendis compregui la de costes. El que afirma és que, quan les dues autoritzacions necessàries han de ser emeses per la mateixa Conselleria, és aquesta Administració, com a receptora d'una única petició d'autorització, la que ha de desglossar la petició en dues i tramitar-les en conseqüència o, almenys, advertir l'interessat que només es concedeix una de les dues autoritzacions necessàries, faltant que tramiti una segona davant la mateixa Conselleria. Però, el que no pot és emetre's informe «favorable» quan el mateix Departament coneix de la necessitat d'una altra autorització que no ha atorgat. Aquesta manera d'actuar constitueix vulneració de la confiança legítima que impedeix apreciar la concurrència de culpabilitat en el presumpte infractor.

3. SENTÈNCIA NÚM. 531, D'11 D'OCTUBRE DE 2016. RECURS NÚM. 360/2015. Ponent: Sr. Socías Fuster. RECURS CONTENCIÓS ADMINISTRATIU. COSTES PROCESSALS.

Resum dels fets: s'interposa recurs contenciós administratiu contra una desestimació presumpta. Davant la desestimació del contenciós, i en aplicació del criteri del venciment objectiu de l'art. 139 LJCA, s'haurien d'imposar les costes al recurrent. No obstant això, es decideix la no imposició.

Fonamentació jurídica: «CUARTO. Costas procesales en recursos frente a desestimaciones presuntas.

De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, [...] procedería efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en estos autos a la parte actora, al haber desestimado sus pretensiones. No obstante, el precepto también dispone la posibilidad de su no imposición en caso de apreciarse serias dudas de hecho o de derecho.

En el caso procede hacer uso de esta posibilidad y no imponer las costas a la parte actora pues las dudas las genera la propia actuación administrativa al no responder expresamente el recurso de alzada interpuesto.

Esta Sala ha conformado el criterio que en los supuestos de recursos contencioso-administrativos contra desestimaciones presuntas de solicitudes o recursos —como en los casos de falta de respuesta expresa a reclamaciones de los arts. 29 y 30 de la LRJCA— no procede la imposición de costas a la parte actora pese a que se desestime el recurso jurisdiccional, pues dicho recurso ya lo es frente a una actuación administrativa que, por sí misma, ya constituye una infracción normativa en cuanto a su forma, pues el art. 21,1º de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, indica que “La Administración está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación”. Por tanto, la falta de respuesta o la “desestimación presunta” no es una opción o derecho de la Administración, sino el incumplimiento de una obligación legal que explica y justifica que el interesado deba acudir a la jurisdicción para obtener aquella respuesta o motivación que la Administración eludió dar de modo expreso.

Por ello, en recursos frente a desestimaciones presuntas y como correctivo a la mala práctica indicada, no procede imposición de costas a cargo del demandante y a favor de la Administración demandada.»

La resposta expressa tardana, una vegada interposada la demanda, no altera l’anterior.

Comentari: malgrat que la simple desestimació presumpta no encaixa perfectament en el supòsit de «seriosos dubtes de fet o de dret» que permeti al Tribunal no aplicar el criteri del venciment objectiu en matèria de costes processals, s’entén que és oportú aplicar aquesta solució de justícia per a qui tenia dret a una resposta expressa.

La Sala també aplica el criteri de no imposició de costes en les actuacions que resolen mesures cautelars en primera instància. És a dir, un altre supòsit en el qual la dicció literal de l’art. 139 LJCA obligaria a la imposició, doncs es tracta d’un «incident» al que es refereix l’art. 139.1.

La Sala —per tots Interlocutòria núm. 110, de 9 de novembre de 2016 (rec. apel. 198/2016)— ha establert el criteri de no imposició de costes en la primera resolució judicial sobre mesures cautelars i això per les següents raons:

- 1r Perquè, enfront del principi de presumpció de validesa i immediata executivitat dels actes administratius (art. 39 i 38 de la Llei 39/2015, d’1 d’octubre, del procediment

administratiu comú de les administracions públiques), s'ha d'entendre que la petició de contrarestar-ho en seu judicial constitueix un dret essencial de l'administrat.

La jurisprudència del Tribunal Constitucional (en STC 22/1984, 66/1984, 238/1992, 148/1993, i la de 13 d'octubre de 1998, en resoldre el recurs d'empara núm. 486/1997) ha reconegut que el principi de autotutela administrativa no és incompatible amb el dret a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ja que aquest se satisfà facilitant que l'execució se sotmeti a la decisió d'un tribunal i que aquest resolgui sobre la suspensió.

Per tant, la imposició de costes processals a qui està en posició de desigualtat —per aquella presumpció en contra— i que es limita a exercitar un dret no és la solució més d'acord amb el principi de tutela judicial efectiva.

2n Per l'altra part —la de l'Administració— l'oposició a la sol·licitud de mesures cautelars és també una postura processal coherent amb la defensa de la previsió legal d'immediata validesa i eficàcia de l'acte. Així, l'oposició a la mesura cautelar fonamentada en la defensa de l'interès públic materialitzat en aquella presumpció legal no sembla que hagi de ser sancionada amb la imposició de costes processals en el cas de l'estimació de la sol·licitud.

En definitiva, entenem que la procedència o no de l'adopció de mesures cautelars enfront del principi d'immediata executivitat de l'acte administratiu entra dins dels supòsits de dubtes de fet o de dret que, conforme a l'art. 139 LJCA, justifica la no imposició de costes processals.

Una vegada dictada la resolució judicial favorable o desfavorable a la mesura cautelar, l'eventual recurs contra la mateixa ja no està emparat per l'argumentació enunciada.

4. SENTÈNCIA NÚM. 608, DE 30 DE NOVEMBRE DE 2016. RECURS NÚM. 215/2015. Ponent: Sra. Frigola Castillón. PERSONAL. FUNCIONARI INTERÍ NO POT EXERCIR FUNCIONS DE POLICIA LOCAL.

Resum dels fets: es va recórrer el Reglament marc de coordinació de les policies locals de les Illes Balears (aprovat pel Decret 28/2015, de 30 d'abril) que desenvolupa la Llei 4/2013, de 17 de juliol, de coordinació de les policies locals. L'art. 41 de la Llei 4/2013 permet la possibilitat que el cos de policies locals estigui cobert amb personal funcionari interí. En conseqüència, i desenvolupant aquest article, el Decret 28/2015 regula aquesta

figura del policia interí així com les borses i procediments per a l'elaboració d'aquelles, tot això amb la finalitat de poder nomenar a policies locals interins, assenyalant l'art. 166 que a aquests funcionaris interins els és aplicable «en tot el que sigui adequat a la seva condició, el règim general dels funcionaris de carrera».

La Sentència assenyala que la modificació de l'apartat 3 de l'art. 92 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LBRL) —en la seva redacció donada per la Llei 27/2013, de 27 de desembre, de racionalització i sostenibilitat de l'Administració local—, impedeix que un funcionari interí pugui realitzar tals funcions de policia local.

Fonamentació jurídica: «TERCERO: La doble relación que los entes locales tienen con el Estado y con la Comunidad Autónoma determina que el personal perteneciente a los Ayuntamientos esté regulado tanto por legislación estatal, como por legislación autonómica. En la medida en que la Policía Local es un servicio dependiente de las Corporaciones locales, son funcionarios pertenecientes a la Administración Local que se rigen por la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local y por el EBEP, y también por la legislación de las Comunidades Autónomas, sin perjuicio de las normas que les sean aplicables de la LO 2/1986 de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

[...]

Pues bien, a la vista de lo establecido en el artículo 92-3 de la Ley 7/1985 de Bases de Régimen Local en la redacción dada por ley 27/2013, que matiza y precisa que el cumplimiento de las funciones públicas que impliquen el ejercicio de autoridad queda reservado a funcionarios de carrera, el artículo 41 de la ley 4/2013 de 17 de julio supone y constituye una contradicción integral, ya que la ley balear sí permite y contempla la figura de los policías locales interinos, que desde luego realizan funciones y cometidos propios de autoridad. Y el Decreto 28/2015 ignorando también la reserva de las funciones públicas que implican autoridad para los funcionarios de carrera según establece el apartado 3º del artículo 92 de la LBRL, desarrolla con amplitud el artículo 41 de la ley 4/2013.

[...]

CUARTO: En efecto, no cabe duda que el artículo 92-3 de la Ley 7/1985 en la redacción dada por ley 27/2013 de 27 de diciembre, constituye normativa básica estatal, pues afecta al ámbito y contenido estatutario de los funcionarios de los entes locales, cuya competencia reguladora corresponde al Estado, de conformidad con el artículo 149.1.18 de la CE, y constituye un marco normativo que ha de ser seguido en sus principios y respetado en su contenido, de forma que la Comunidad Autónoma, en el ámbito y ejercicio de las

competencias que ostenta en materia de función pública del personal funcionario en el ámbito de su territorio, viene obligada a respetar y no puede contradecir.

El artículo 41 de la ley 4/2013 se aprueba en un contexto anterior a la entrada en vigor de la ley 27/2013 de 27 de diciembre que modificó el artículo 92 en su apartado 3º y estableció la reserva para los funcionarios de carrera de funciones que impliquen el ejercicio de autoridad.

Y si bien con anterioridad a esa modificación nada impedía que un Policía local interino pudiera también realizar dichas funciones policiales, es del todo punto evidente que la modificación del apartado 3º del artículo 92 de la LBRL ya citado, impide que un funcionario interino, pueda realizar tales funciones de Policía Local, pues la Ley Orgánica 2/1986 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en su artículo 2 c) incluye a los Cuerpos de Policías dependientes de las Corporaciones locales, señalando el artículo 7-1 que “En el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de Agentes de la Autoridad”.»

Comentari: l'objecte de l'interès està en la col·lisió entre els preceptes d'una llei autonòmica (art. 41 de la Llei 4/2013) i d'una llei estatal (art. 92.3 LBRL redactada per la Llei 27/2013) que es resol sobre la base del criteri de prevalença de la norma posterior (l'estatal), en considerar que l'art. 41 de la Llei 4/2013 va quedar tàcitament derogat en virtut de la disposició derogatòria de la mateixa Llei 27/2013 que estableix la derogació de quantes disposicions d'igual o inferior rang contradiguin el que en ella s'estableix i també per la disposició derogatòria de la Llei 7/1985 en el seu apartat i) quan deroga «quan s'oposin, contradiguin o siguin incompatibles amb les disposicions d'aquesta Llei: [...] e) Totes les altres normes, del mateix rang o inferior, que incorrin en l'oposició, contradicció o incompatibilitat a què es refereix el paràgraf inicial d'aquesta disposició.»

No obstant això, la col·lisió podria haver-se resolt també en favor de la legislació estatal conforme al criteri de l'àmbit competencial, doncs el criteri de la reserva per als funcionaris de carrera de funcions que impliquin l'exercici d'autoritat s'emmarca en la normativa bàsica estatal, ja que afecta a l'àmbit i contingut estatutari dels funcionaris dels ens locals, la competència reguladora dels quals correspon a l'Estat (art. 149.1.18a CE).

5. *SENTÈNCIA NÚM. 73, DE 21 DE FEBRER DE 2017. RECURS NÚM. 396/2016. Ponent: Sr. Delfont Maza. LLICÈNCIA D'OBRES. CONCEPTE D'OBRA NOVA.*

Resum dels fets: es va sol·licitar llicència d'obres per a l'ampliació d'un habitatge preexistent en sòl rústic. Les NNSS imposen una parcel·la mínima de 1.000 m² per autoritzar la construcció d'habitatges en el sòl de tal condició.

El recurrent considera que la limitació afecta únicament al supòsit en què es pretengui una nova construcció en aquest sòl, però no per al cas en què es tracti d'ampliació d'un habitatge legalment construït al seu moment.

La Sentència interpreta que el precepte impedeix també l'ampliació de la preexistent.

Fonamentació jurídica: «Dicho todo lo anterior, puede señalarse ya que obra nueva es, por supuesto, la primera obra. Pero, a diferencia de las obras de conservación, mantenimiento, reparación o rehabilitación, también debe entenderse que es obra nueva la ampliación de una primera o anterior obra ya realizada. Por lo tanto, si la norma urbanística en cuestión condiciona la obtención de la licencia de obras a que la parcela sobre la que se pretende implantar una construcción determinada disponga de una superficie mínima de 1.000,00 m², ello quiere decir que en una parcela de superficie inferior a 1.000,00 m² no cabe licenciar ni obras de primera construcción ni obras nuevas para ampliación de una anterior construcción».

Comentari: la controvèrsia passa per la concreta interpretació de la norma limitativa en atenció a la seva redacció, doncs algunes normes urbanístiques podrien portar a la interpretació contrària, això és, que cap l'ampliació en tant no s'hagin esgotat els paràmetres d'ocupació màxima.

VI. Laboral

A. Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA NÚM. 853/2016, DE 18 D'OCTUBRE, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE DOCTRINA. Ponent: Sr. López García de la Serrana. MODIFICACIÓ SUBSTANCIAL DE CONDICIONS DE TREBALL. REDUCCIÓ TEMPORAL DEL SALARI. EXTINCIÓ DE LA RELACIÓ LABORAL I PERCEPCIÓ DE LA INDEMNITZACIÓ PER PART DEL TREBALLADOR SEMPRE QUE AQUEST DEMOSTRI QUE EL PERJUDICI ÉS RELLEVANT.

Resum dels fets: ens trobem en el període de consultes entre la Comissió Negociadora per part dels treballadors i l'empresa, convocat per a la modificació col·lectiva i substancial de les condicions de treball, en concret per a la disminució del salari. El període de consultes finalitza amb ple acord i, en conseqüència, l'empresa comunica al treballador la disminució del seu salari en un 3,87% de forma temporal i no definitiva.

El treballador no impugna la modificació substancial. Exercita el dret d'extinció del contracte de treball i reclama l'abonament de la indemnització de 20 dies de salari per any treballat, tal i com es preveu en l'art. 41.3 ET. L'empresa accepta l'extinció contractual, però no l'abonament de la indemnització. Es produeix reclamació judicial. El Jutjat Social avala la posició de l'empresa. La Sentència, recorreguda en suplicació pel treballador, arriba a coneixement de la Sala Social del TSJ de Madrid, que en la seva Sentència de 24 de novembre de 2014, revoca la de la instància i condemna a l'empresa a pagar al treballador la indemnització legalment prevista dels 20 dies/any.

L'empresa formalitza recurs de cassació per a unificació de doctrina. Cita, com a sentència contradictòria i de contrast amb la de la Sala del TSJ de Madrid, la de la Sala Social del TSJ País Basc de 21 de maig de 2013.

Tesi que mantenen les dues resolucions judicials: per la del TSJ de Madrid (sentència recorreguda), es dona per suposat el perjudici pel fet de la reducció salarial en si mateixa, independentment de la poca quantia. Per la del TSJ País Basc (sentència de contrast doctrinal), el fet de la reducció salarial no implica per si mateixa l'existència de perjudici. Per evidenciar-ho, s'ha de provar que el dany sofert és rellevant pel treballador.

El TS estima el recurs de l'empresa i accepta com a bona la doctrina de la Sala Social del TSJ del País Basc.

Fonamentació jurídica: «SEGUNDO.- El recurso denuncia la infracción del artículo 41-3 del ET, al entender que la existencia del perjuicio debe probarse y no se puede presumir. El recurso debe prosperar, como ha informado el Ministerio Fiscal, por las siguientes razones:

Primera.- Porque la jurisprudencia de esta Sala (SSTS de 18 de marzo y 18 de julio de 1996 (Rcud. 2468/1995 y 767/1996) así lo ha venido entendiendo. Es cierto, que esta jurisprudencia se sentó antes de la reforma del año 2012 que, a la modificación del sistema de remuneración que establecía el artículo 41-1 del ET como modificación sustancial añadió la posibilidad de reducir la cuantía salarial, pero no es menos cierto que el tratamiento que da el art. 41-3 del ET es igual a todas las modificaciones, lo que supone que para que proceda la rescisión indemnizada del contrato debe acreditarse la existencia de un perjuicio, prueba cuya carga incumbe a quien lo sufre por ser el elemento constitutivo de su pretensión y por ser la parte que mejor conoce el daño y puede probarlo (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que pueda presumirse su existencia al no existir ninguna disposición legal que lo permita.

Segunda.- Porque así se deriva de una interpretación lógica, sistemática y finalista del art. 41 del ET en relación con el art. 40-1 del mismo texto legal. En efecto, el legislador en los supuestos de modificaciones sustanciales a las condiciones de trabajo, condiciona la rescisión indemnizada del contrato a la existencia de un perjuicio, lo que no hace en los supuestos de traslados forzados, lo que evidencia que en estos casos sí da por probado el perjuicio. Además, el hecho de que la modificación de las condiciones deba ser sustancial evidencia que el perjuicio debe ser relevante, pues en otro caso no se establecería la posibilidad de rescisión contractual que la ley reserva para los graves incumplimientos contractuales (art. 50 ET), supuesto que, aunque no es el que nos ocupa, evidencia que la indemnización del art. 41-3 se reconoce por los perjuicios que causa la modificación de las condiciones del contrato, perjuicios cuya realidad y entidad debe probarse, pues no sería razonable, ni proporcional, sancionar con la rescisión contractual indemnizada, cualquier modificación que ocasionara un perjuicio mínimo, al ser ello contrario al espíritu de la norma que persigue la supervivencia de la empresa en dificultades, económicas en este caso, que se agravarían si todos los afectados rescindiesen sus contratos.»

Comentari: la nova regulació del Reial decret llei 3/2012, de 10 de febrer, de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, i de la posterior Llei 3/2012, de 6 de juliol, ambdues de mesures urgents per a la reforma del mercat laboral, ens introdueix en la dinàmica, abans mecànica o automàtica, del mecanisme extintiu vinculat a la «no acceptació»

de modificacions substancials del contracte, una correcció subtil de la que dóna esment la Sentència comentada. Tot i acceptat que es tracta d'una modificació «substancial» aquella que condueix a una reducció o minva salarial, el nou text legal reclama que, a més a més, sigui provada l'existència de perjudici. Qualsevol persona versada en aritmètica elemental deduirà que tota reducció, per menuda que sigui, implica perjudici. Això no reclama demostracions metafísiques... Però la llei es mostra metafísica i en l'actualitat ens reclama que la reducció salarial sigui, a més a més, «perjudicial», escampant la viabilitat d'una reducció que fóra «beneficiosa», o bé neutra. Així són els contrasentits, en bona lògica elemental, de les nostres lleis «creatives de la millora del mercat de treball», que no resisteixen l'anàlisi merament ontològica, sols podrien figurar a una antologia de la paròdia.

I és així que el Tribunal Suprem es decanta per sostenir que una minva salarial que no arriba a un 5% del còmput anual, que d'afegit és una minva «temporal» amb ínfules de poca durada (més tard ja ho veurem), no significa «perjudici» per al treballador. La llei es resisteix a l'aritmètica... i guanya. Ja va dir en Tàcit que com menys són les lleis més cabal és la República.

2. SENTÈNCIA NÚM. 496/2016, DE 8 DE JUNY, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ ORDINARI NÚM. 112/2015. Ponent: Sr. Gilolmo López. CONFLICTE COL·LECTIU. LA SALA SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPREM EN PLE, DICTA SENTÈNCIA CONFIRMATÒRIA DE LA DICTADA EN INSTÀNCIA PER LA SALA SOCIAL DE L'AUDIÈNCIA NACIONAL. RETRIBUCIÓ DEL PERÍODE DE VACANCES: SEMPRE LA RETRIBUCIÓ DEL DESCANS PER VACANCES HA D'INCLOURE, NO SOLAMENT ELS CONCEPTES FIXOS ESTABLERTS EN EL CONVENI COL·LECTIU, SINÓ TAMBÉ ELS COMPLEMENTES VARIABLES DE PRODUCTIVITAT, TAL COM INCENTIUS O COMISSIONS.

Resum dels fets: els sindicats CCOO i CGT, mitjançant les respectives federacions sindicals concernides, varen interposar demanda de conflicte col·lectiu relativa a com s'havia de retribuir el període de les vacances en el sector del Contact Center.

Va ser competent funcionalment i materialment per al coneixement del conflicte col·lectiu la Sala Social de l'Audiència Nacional.

Es pretén, per part dels sindicats demandants, que en la retribució de les vacances no siguin inclosos únicament els conceptes fixos i determinats que de forma genèrica estan prevists en l'art. 50 del Conveni Col·lectiu, ans, també, aquells complements salarials (incentius, comissions, etc.), pactats, meritats i retribuïts, tal i com disposa l'art. 7 de la Directiva 2003/88/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de novembre, relativa a determinats aspectes de l'ordenació del temps de treball.

La Sala Social de l'Audiència Nacional dicta la Sentència núm. 196/2014, d'11 de desembre, estimant la demanda i declarant el dret dels treballadors a percebre la retribució de les seves vacances incloent «[...] todos los complementos que han venido recibiendo habitualmente en el desempeño de su puesto de Trabajo, especialmente comisiones por ventas e incentivos a la producción [...]».

La patronal Asociación de Contact Center Española (ACE) va recórrer en cassació la Sentència de la Sala Social de l'Audiència Nacional i el TS la va confirmar.

Fonamentació jurídica: «CUARTO: 1. Aunque la sentencia recurrida no desconoce la doctrina tradicional de esta Sala IV sobre que la cuantificación de la paga de vacaciones debe hacerse con arreglo a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, esto es, computando sólo los conceptos retributivos que el convenio establezca al efecto, pese a ello, decide apartarse de esa doctrina con base en el art. 7 de la Directiva Comunitaria 2003/2008 y, especialmente, en la interpretación que ha hecho del mismo la sentencia de TJUE de 22 DE MAYO DE 2014, C-539/12, al entender que el convenio colectivo debe, necesariamente, respetar las directivas comunitarias y la interpretación que de ellas hace la doctrina del propio TJUE. Consecuentemente, la Sala de la Audiencia Nacional concluye estimando la demanda y declarando la necesidad de que, para el cálculo de la paga de vacaciones de los trabajadores afectados por el presente conflicto colectivo, se computen “todos los complementos que han venido recibiendo habitualmente en el desempeño de su puesto de trabajo, especialmente comisiones por ventas e incentivos a la producción”, con expresa condena a la demandada a estar y pasar por esa declaración “a todos los efectos”.

2. El recurso de casación ordinaria, como vimos más arriba, en los cuatro últimos motivos y con el mismo amparo procesal (art. 207.e), denuncia la infracción de las normas y jurisprudencia ya descritas, sosteniendo, resumidamente, para mantener la vigencia y aplicabilidad de la doctrina tradicional de esta Sala, que son de preferente aplicación las

disposiciones del convenio colectivo que fijan el importe de la retribución de las vacaciones, lo que, al entender de los recurrentes, no contradice los preceptos de derecho internacional en cuestión ni la sentencia del TJUE en que se funda la resolución recurrida.

3. Tal como esta misma Sala ha acordado, en deliberación de Pleno del mismo día 18 de mayo de 2016, resolviendo otro recurso de casación común (R. 207/2015) frente a otra sentencia de la Audiencia Nacional (SAN 18/3/2015, autos 18/15), y rectificando en parte el criterio de doctrina jurisprudencial anterior, la fijación o establecimiento de la retribución “normal o media” de las vacaciones por parte de la negociación colectiva admite un comprensible grado de discrecionalidad, ya que la expresión “calculada en la forma...” que utiliza el art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT no puede alcanzar la distorsión de aquél concepto (“normal o media”) hasta el punto de hacerlo irreconocible, pues se trata de un concepto jurídico indeterminado que, como tal, ofrece zonas de certeza y zonas de duda que, por fuerza, impone a los Tribunales un examen casuístico de cada supuesto concreto para alcanzar así una conclusión respetuosa con las prescripciones legales, nacionales y de la UE, pero que a la vez satisfaga la finalidad del descanso efectivo que persigue la figura de las vacaciones retribuidas, y sin propiciar o contribuir de cualquier forma a disuadir o desincentivar de su disfrute a los trabajadores, lo que, conforme a la doctrina del TJUE (caso Lock), resultaría contrario al art. 7 de la Directiva 2003/88.

4. Así pues, el análisis del caso concreto obliga a tomar en consideración, o tratar de hacerlo, la regulación convencional específica que, aunque ubicada de forma no del todo ortodoxa en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, aunque con la razonable justificación de que “son también relevantes para resolver la actual controversia” (h. p. 2º), obra transcrita en su integridad en los antecedentes de hecho de esta nuestra resolución.

Pues bien, el art. 50 del Convenio colectivo estatal del sector de Contact Center (BOE 27/7/2012) establece, bajo el epígrafe “Retribución en vacaciones”, que los trabajadores “percibirán, como retribución de sus vacaciones anuales la media de lo que hayan percibido por los complementos de festivos, domingos, festivos especiales, plus de nocturnidad y de idiomas indicados en el convenio”, añadiendo luego la fórmula matemática que permite averiguar el importe resultante [“a) Sumar las cantidades percibidas por los complementos salariales indicados en el párrafo anterior, del año en curso que haya percibido cada trabajador. b) Dividir esta cantidad entre 360 días (12 meses de 30 días cada mes entendido como mes tipo) y multiplicarlo por los 32 días de vacaciones fijados en este Convenio, o la parte proporcional correspondiente en caso de prestación de servicios inferior al año”] que se hará efectivo, en una sola vez, en la nómina de enero del año siguiente, salvo en el supuesto

de que el trabajador cesara en la Empresa, por cualquier causa, antes de la finalización del año natural, en cuyo caso se abonará dentro del oportuno recibo de finiquito.

[...]

La controversia sólo se plantea respecto a un concepto (“comisiones y/o incentivos a la producción variables”) que, no recogido expresamente en la norma convencional, no hay duda que lo perciben con cierta habitualidad los trabajadores del sector a los que se encamina el objeto del proceso, respecto de los cuales, según consta de manera literal en la declaración de hecho probados, “no integra su remuneración en vacaciones lo que hubieran venido percibiendo en concepto de comisiones por ventas y/o incentivos a la producción variables en función de la actividad realizada derivados del desempeño de su puesto de trabajo” (h. p. 3º).

Y como quiera que ese concepto en cuestión, en la medida en que, con independencia de su cuantía concreta, forma parte, también indudablemente, de la retribución común u ordinaria pues no obedece —al menos no consta acreditado que así fuera— a una mayor dedicación temporal (por ejemplo, prolongación de jornada u horas extras), y tampoco existe dato alguno que permita entender que su abono en vacaciones constituyera reiteración o duplicidad del mismo (lo que podría suceder, por ejemplo, si se tratara de un “bonus”, una participación en beneficios o algo similar, y su devengo fuera anual y por tanto ya se hubiera percibido la retribución de todo el año), obligado resulta desestimar el recurso empresarial y confirmar el fallo de la sentencia impugnada, aunque sea por razones no del todo coincidentes con las que en ella se expresan, porque, en definitiva, -insistimos- se trata de un modo de retribución común [...], puesto que esa es la mejor forma de cumplir con el mandato expreso del art. 7.1 del Convenio 132 de la OIT (“remuneración normal o media”), que es la disposición directamente aplicable al caso, en la “interpretación conforme” con el derecho de la Unión (la Directiva 2003/88 que, no lo olvidemos, según su art. 1.1, tiene como objetivo el establecimiento de “disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”), tal como ha sido entendida reiteradamente por el TJUE (casos Lock, Bollacke o Greenfield, y los que en ellos se citan).»

Comentari: una vegada més ens pertoca recomanar la influència, sovint positiva, que els anomenats «gran relats» (en essència els convenis OIT, tant com els reglaments europeus, d'eficàcia mai no discutida, i les directives, d'eficàcia molt més inestable per allò de la vinculació «directa», rarament acceptada, o de la interpretació «conforme», que dóna més joc a tribunals interns en tot cas que siguin receptius i no gasius) imposen a la renovació, actualització i superació dels entrebancs hàbilment disposats pel legislador intern (sempre,

atenció, amb el subterfugi de «millorar la productivitat i el mercat de treball»). El debat de fons és prou interessant: és prou clar que el tenor literal del que expressa el Conveni col·lectiu no donaria cobertura a la pretensió dels actors, pel fet que un incentiu variable de producció es troba extramurs de les partides concretes que relaciona el Conveni a l'objecte de fixar el marc referencial de l'abonament de les vacances. D'aquesta manera, la patronal oposa que una «variabilitat» activa i favorable a l'obrer de la lletra morta del Conveni no és predicable d'una aplicació «directa» de l'art. 7.1 del Conveni 132 de la OIT. Si més no, el Tribunal Suprem, fent gala d'un esforç integrador que aplaudim, demostra que no tindria sentit el mandat exprés de vincular-se a cànons de «remuneració normal o mitjana» si una interpretació «conforme» no feia valer que es tracta de retribucions que es troben lluny d'una major dedicació temporal o d'una doble percepció pel mateix esforç productiu.

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 332/2016, DE 28 DE SETEMBRE, DICTADA EN EL RECURS DE SUPPLICACIÓ NÚM. 179/2016. Ponent: Sr. Oliver Reus. RECURS DE SUPPLICACIÓ INTERPOSAT PEL FONDO DE GARANTIA SALARIAL (FOGASA), EN PROCEDIMENT PER ACOMIADAMENT EN EL QUAL VA COMPARÈIXER COM A PART I QUAN VA CONTESTAR LA DEMANDA, VA EXERCITAR L'OPCIÓ DE L'ART. 56.1 ET PER DECANTAR L'EXTINCIÓ DE LA RELACIÓ LABORAL AL MOMENT EN EL QUAL LA TREBALLADORA VA SER ACOMIADADA.

Resum dels fets: l'empresa comunica a la treballadora (amb antiguitat d'octubre de 1998) que el dia 16 juny de 2014 finalitzarà la relació laboral, a causa de l'aparició de «motivos objetivos económicos». Tal com es declara provat en la Sentència de la instància, l'acomiadament es reconeix com a improcedent i l'empresa es va comprometre a abonar una indemnització de 30.038,00 €, mes la liquidació de contracte. La treballadora va impugnar l'acomiadament.

Al judici no va comparèixer l'empresa i sí ho va fer el FOGASA, el qual, en incident processal, fet que determina la raresa o singularitat, va exercitar l'opció per a l'extinció de la relació laboral (art. 56.1 ET), atribuint-se en aquest sentit una funció que la llei reserva

estrictament o directa a l'empresari, sense contemplar que la pugui exercitar un responsable —per ministeri de llei— subsidiari.

El Jutjat Social núm. 3 de Palma, en Sentència de 15 de gener de 2016, va declarar la improcedència de l'acomiadament de la treballadora i com resultava impossible la seva reincorporació (segons el fet provat sisè de la Sentència, l'empresa va ser donada de baixa a la TGSS el 12 de gener de 2015, set mesos després de la carta de comiat, tot causant baixa la seva fulla registral al Registre Mercantil), va declarar l'extinció de la relació laboral.

Pel que fa al que ocupa l'atenció d'aquest comentari, la magistrada del Jutjat Social va fixar i quantificar la indemnització per l'acomiadament improcedent al dia de dictat de la Sentència i dia coincident en el qual declara extinta la relació laboral (15 de gener de 2015). Naturalment, es va declarar la responsabilitat subsidiària —cas d'insolvència— del FOGASA.

El FOGASA va recórrer la Sentència, per tal que, en haver optat el mateix FOGASA a l'acte de judici per l'extinció del contracte de treball —situació veritablement nova— la quantificació de la indemnització per l'acomiadament improcedent hauria d'haver estat limitada al dia de produir-se l'acomiadament i no al dia en què es dicta la sentència.

Fonamentació jurídica: «ÚNICO. La representación del FOGASA formula recurso de suplicación contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social en materia de despido y reclamación cantidad articulando un motivo de censura jurídica con correcto amparo procesal del artículo 193 c) LRJS para denunciar infracción de lo establecido en el artículo 23.3 LRJS en relación con el artículo 110 de la misma norma y con el artículo 56 ET.

El único objeto de recurso es el cálculo de la indemnización del despido, que en la sentencia se cifra en la cantidad de 24.255,36 €, calculada tomando la antigüedad de 21 de octubre de 1998 y hasta la fecha de la sentencia en la que se declara extinguida la relación laboral. La parte recurrente sostiene que la indemnización debe calcularse hasta el 16 de junio de 2014, fecha del cese efectivo de trabajo y no hasta la fecha de la sentencia.

Asiste la razón a la parte recurrente, pues en el artículo 56.1 ET se establece que “la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”.

Esa opción puede ejercitarse por el FOGASA, tal como se reconoce en la sentencia recurrida, al amparo de lo establecido en el artículo 23.3 LRJS puede anticiparse en el acto del juicio mediante expresa manifestación en tal sentido (art. 110 LRJS), tal como tuvo lugar en el presente caso.

Anticipada la opció y declarada la improcedencia del despido las consecuencias de aquella son las establecidas en el artículo 56.1 ET y, por tanto, la indemnización debe calcularse hasta la fecha del cese efectivo de trabajo, momento en que se entiende producida la extinción del contrato y no en la fecha de la sentencia en que se declara tal extinción.

En consecuencia, se estima el recurso y se modifica el fallo de la sentencia en el particular relativo a la fecha de extinción de la relación laboral y al importe de la indemnización, fijándose como fecha de extinción de la relación laboral el 16 de junio de 2014 y el importe de la indemnización en la cantidad de 19.705,95 euros, manteniendo el resto de pronunciamientos.»

Comentari: la proliferació de les extincions contractuals motivades pels darrers anys de trasbals —deixem ara de banda si amb superioritat conceptual abusiva per la facilitació del concepte «crisi econòmica», socialment convingut per la doctrina dominant fora analitzar a fons que s’ha fet servir per a un sargit i per a un rentat, ben igual— ha determinat una incidència superlativa del paper de «responsable subsidiari» atribuït per l’art. 33 ET al FOGASA. No oblidí el lector que el FOGASA es nodreix —teòricament i només teòricament— d’una contribució específica patronal tan escarransida pel que fa a les necessitats assolides que ha generat un transvasament immens provinent de partides de pressuposts generals. De manera que el FOGASA són majorment els contribuents. Si més no, ocupa una funció indubtable de «reassignació distributiva» que motiva a pensar en el bé comú al qual ateny, encara que en una mesura francament minsa (és relativament recent el retall significatiu, quantitatiu, de les seves responsabilitats). La Sala Social ha tingut «in mente» aquest paper lligat a conceptes de justícia distributiva quan ha vingut a atorgar al FOGASA una capacitat processal que no és del tot clara i definida quan llegim l’art. 23 LRJS: la capacitat de reduir el «pondo» del deute subsidiari, «avançant» una manifestació d’impossibilitat de readmissió que, en propietat, li correspon fer aparentment tan sols a l’empresari, responsable principal i directe que serà el principal compromès per l’estirament de la data d’extinció i la conseqüent dilatació (no gran cosa) de l’import de la indemnització. L’art. 23 LRJS diu, sí, que el FOGASA «disposa de plenes facultats d’actuació en el procés com a part i pot oposar tota classe d’excepcions i mitjans de defensa». La Sala inclou entre aquestes «capacitats» la de substituir l’empresari «esfumat» per manifestar la opció d’una anticipació del mecanisme regular de datació de l’efectivitat de l’extinció. No ens sembla desencertat, si ens atenim a motivacions de justícia distributiva, sobrevolant la inapetència de l’empresari pel seu interès pròpiament commutatiu.

C. Jutjats socials

1. SENTÈNCIA DE 19 D'OCTUBRE DE 2016. PROCEDIMENT INSTAT PEL TREBALLADOR CONTRA EL FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) PER DENEGACIÓ D'ABONAMENT DE PRESTACIONS DEL FOGASA. LA CAUSA DENEGATÒRIA VA SER EL FRAU LEGAL.

Resum dels fets: l'empresa per a la que prestava serveis el treballador inicia un procediment concursal. El Jutjat Mercantil núm. 2 de Palma declara la situació concursal per interlocutòria de 22 de setembre de 2011. El pla de liquidació de l'empresa es va aprovar per acte del Jutjat Mercantil de 19 de març de 2013. L'empresa va perdre la personalitat jurídica i va deixar d'existir el 30 de juny de 2013. L'administrador concursal va comunicar al treballador l'extinció del seu contracte de treball amb efectes de dia 30 de juny de 2013, per causes objectives. En la carta ja s'advertia de la impossibilitat del pagament de la indemnització per a l'extinció de la relació laboral (20 dies per any de serveis i com a màxim una anualitat del salari), previst en l'art. 52 ET, per la qual cosa va autoritzar el treballador a reclamar del FOGASA l'abonament de la indemnització, tant del 40% (responsabilitat directa del FOGASA, pel fet d'ocupar l'empresa a menys de 25 treballadors —art. 33.8 ET, derogat l'1 de gener de 2014—), como del 60% restant. Va expedir la certificació corresponent en la que qualificava i quantificava el crèdit derivat exclusivament de la indemnització per l'extinció contractual i el treballador va reclamar del FOGASA el seu pagament. Per Resolució de 28 d'octubre de 2014 el FOGASA dicta resolució desestimatòria per entendre que existeix frau legal: com en els 90 dies abans de l'extinció de la relació laboral (30 de juny de 2013) hi havia a l'empresa més de 5 treballadors, l'extinció de la relació laboral s'hauria d'haver tramitat per acomiadament col·lectiu (art. 51 ET) i no per la via de l'extinció individual per causa objectiva (art. 52 ET). El FOGASA, en definitiva, assenyala que l'administrador concursal incompliria la llei per no haver encetat expedient de regulació d'ocupació. La Sentència estima la demanda del treballador i condemna el FOGASA a abonar-li la total indemnització.

Fonamentació jurídica: «CUARTO. [...] No puede perjudicarse a un trabajador en beneficio de un órgano público, como consecuencia de que la empresa, en este caso el administrador concursal, no haya cumplido con el procedimiento de despido correcto.»

Comentari: ens hem cenyit a recollir l'expressió mínima del fonament estimatori, el qual resulta del tot punt indefugible quan es recorden les circumstàncies dels fets provats. Una empresa concursada, declarada la situació concursal per acte de 22 de setembre de 2011, amb un pla de liquidació de l'empresa aprovat per acte del Jutjat Mercantil de 19 de març de 2013, que perd la personalitat jurídica i deixa d'existir el dia 30 de juny de 2013, quan simultàniament a l'anorreament de la seva existència despatxa lletra de comiat, que no pot despatxar altra persona física i jurídica sinó l'administrador concursal, el qual no és en realitat l'empresa sinó la seva desfigurada suplència, seria del tot absurd que hagi de «verificar» la pertinència de la fallida econòmica en un expedient de regulació d'ocupació (que no pot pactar, com la llei desitja en primer lloc), expedient que hauria de sotmetre precisament al Jutge del concurs, que ja té aprovat el pla de liquidació i la baixa en el Registre Mercantil, per «avaluar» que la empresa es troba en fallida completa i desaparició de la personalitat mercantil. Tal monstruós absurd, al qual conduiria una aplicació mil·limètrica i enquistada de la regulació laboral, no podia prosperar. El FOGASA defensa, com s'ha vist en el comentari anterior, interessos generals, però aquest concepte no pot desplaçar els seus gestors a no entendre (o mal entendre) el sentit de les regulacions jurídiques. *Scire leges, non hoc est verba*.

rjib15

ACTIVITAT REGISTRAL

**Resolucions de la Direcció General dels
Registres i del Notariat
(gener 2016-desembre 2016)**

Antoni Canals Prats
Registrador de la Propietat

1. RESOLUCIÓ DE 14 DE DESEMBRE DE 2016. FINALITZACIÓ DEL CONCURS DE CREDITORS PER INSUFICIÈNCIA DE MASSA ACTIVA I ANOTACIÓ D'EMBARGAMENT.

Resums dels fets: una vegada presentat manament expedit el 21 de juny de 2016 en el registre competent, en el procediment d'execució de títols judicials núm. 57/2016, sobre la finca registral 9364, el titular de la qual és la societat mercantil «C.S.A., SA» no es practica la inscripció, ja que mentre està en concurs de creditors i un cop s'ha declarat la conclusió del mateix en fase de liquidació per insuficiència de la massa activa del deutor, és procedent la reobertura del concurs, d'acord amb l'art. 179 de la Llei concursal (LC) per la qual cosa ha de constar la conformitat del jutge del mateix concurs per a la pràctica de l'anotació preventiva d'embargament.

Fonamentació jurídica: es tracta d'esbrinar, en aquest cas, si un cop hi hagi constància en el Registre Mercantil de la declaració de concurs de la societat titular de la finca i la posterior conclusió del mateix per insuficiència de la massa activa, resulta procedent, mitjançant acte ferm de 6 d'abril de 2016, practicar l'anotació preventiva d'embargament ordenada o s'ha de procedir a la reobertura del concurs i, per tant, autoritzar-se aquesta anotació pel jutge que tengui coneixement de l'expedient concursal.

L'art. 176.3 LC disposa que, en qualsevol estat del procediment, quan es comprovi la insuficiència de la massa activa per satisfer els crèdits contra la massa, procedirà la conclusió del concurs i l'arxivament de les actuacions i l'art. 176 bis.4 preveu que en la interlocutòria de declaració s'acordi la seva conclusió per aquesta insuficiència, quan el jutge aprecii de manera evident que el patrimoni del concursat no és presumiblement suficient per a la satisfacció dels previsibles crèdits, ni és previsible l'exercici d'acció de reintegració, d'impugnació o de responsabilitat de tercers.

Per aplicació de l'art. 178.3 LC, la conclusió del concurs per liquidació o per insuficiència de la massa activa suposa l'extinció de la persona jurídica i la cancel·lació de la inscripció registral. Però com també ha assenyalat la doctrina i la jurisprudència, això no suposa una extinció per la via de la condonació dels deutes de la societat, ni que els béns que romanguin al seu nom passin a ser *res nullius*.

L'extinció de la personalitat que disposa l'art. 178 citat, ha d'entendre's com una presumpció d'extinció de la societat a favor o en garantia de tercers de bona fe, evitant així que la societat deutora i insolvent pugui seguir operant en el tràfic. Però resulta inoperant

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat

en relació amb els creditors subsistents, ja que aquests, segons l'apartat segon del mateix precepte podran iniciar execucions singulars contra el deutor persona jurídica, per la qual cosa aquesta ha de conservar la seva personalitat jurídica i capacitat processal per suportar el costat passiu d'aquestes possibles reclamacions.

Aquesta postura ha estat seguida per aquest Centre Directiu, en múltiples resolucions, mantenint que fins i tot després de la cancel·lació persisteix encara la personalitat jurídica de la societat extingida com a centre residual d'imputació en tant no s'esgotin totalment les relacions jurídiques de què la societat era titular, de manera que la cancel·lació dels seus assentaments no perjudica els creditors, atès que es manté l'aptitud de la societat per ser titular de drets i obligacions, mentre no s'hagin esgotat totes les relacions jurídiques de la mateixa. La cancel·lació dels assentaments registrals d'una societat no és sinó una fórmula de mecànica registral per consignar una vicissitud, que en cas de liquidació és que es consideri acabada. Això no impedirà la responsabilitat de la societat si després de formalitzar-se i inscriure's l'escriptura pública d'extinció apareguessin béns socials no tinguts en compte en la liquidació (cf. art. 398 de la Llei de societats de capital).

Pel que fa al Tribunal Suprem, ha manifestat que en aquestes situacions hi ha una situació de personalitat controlada. Així ho fan les sentències de 4 de juny de 2000 i de 27 de desembre de 2011, que disposen que, en no haver-se conclòs el procés de liquidació en sentit substancial, encara que sí formal, els liquidadors continuaran com a tals i hauran de seguir representant a la societat mentre sorgeixin obligacions pendents o sobrevingudes, més encara quan la cancel·lació en el Registre Mercantil no té efecte constitutiu, sinó merament declaratiu.

La Sentència de 25 de juliol de 2012 sembla mantenir una tesi contrària quan assenyalava que, si bé la cancel·lació no té caràcter sanatori dels possibles defectes de la liquidació i que la definitiva desaparició de la societat només es produirà quan hagi estat liquidada en forma i no hagi deixat creditors insatisfets, socis sense pagar ni patrimoni sense repartir, els socis podran demanar la nul·litat de la cancel·lació i la reobertura de la liquidació. I això atès que la cancel·lació dels assentaments registrals determina l'extinció de la personalitat social.

Pel que fa a la qüestió de si cal instar la reobertura del concurs i per això recaptar l'autorització del jutge concursal per prosseguir l'execució del crèdit i practicar la corresponent anotació preventiva, l'art. 178 LC admet que en els casos de conclusió del concurs els creditors podran iniciar execucions singulars, mentre no s'acordi la reobertura del concurs o no es declari un de nou.

La competència exclusiva i excloent del Jutjat Mercantil per conèixer de les accions executives contra el patrimoni de l'executat, és de caràcter excepcional i només es justifica mentre s'està tramitant el concurs. Un cop finalitzat, si l'acte o sentència de conclusió no disposa res sobre aquesta qüestió, el jutge del concurs perd la seva competència en matèria d'execucions sobre els béns del concursat que no hagin estat objecte de liquidació i no es pot impedir els creditors promoure la reclamació dels seus deutes davant la jurisdicció civil ordinària o social. Si després de la conclusió del concurs per liquidació o insuficiència de massa apareguessin nous béns, o fossin viables accions de reintegració de la massa o la possible qualificació de culpabilitat del concurs, procedirà la reobertura del mateix, per apreciació del jutge mercantil.

Per això, perquè es pugui practicar una anotació d'embargament en execució singular una vegada conclòs el concurs per insuficiència de la massa activa, cal que s'acrediti que la finca no ha estat objecte de liquidació en seu concursal, o en cas contrari, no s'ha acordat la reobertura del concurs.

El Centre Directiu indica que l'anotació o inscripció del concurs no té caràcter constitutiu, ja que els seus efectes es produeixen des del mateix moment en què es dicta la interlocutòria que ho declara segons l'art. 21.2 LC. El reflex en el Registre de la Propietat de la situació de concurs no implica una càrrega o gravamen de la finca, sinó una situació subjectiva del seu titular que afecta a la lliure disposició dels seus béns, la publicitat dels quals evita l'accés al Registre d'actes anul·lables o claudicants (art. 40 LC), i evita igualment l'aparició d'un tercer hipotecari protegit (art. 32 i 34 de la Llei hipotecària (LH)). Per això, per a la resolució d'aquest cas, el jutge concursal, mitjançant resolució, haurà d'acreditar si la finca en qüestió es va incloure en la massa activa de la societat concursada i si es va veure o no afectada per les operacions aprovades en el pla de liquidació, més encara si, com afirma el mateix recurrent, es va dirimir en seu concursal sobre la seva inclusió en la unitat productiva de la societat.

Comentari: el concurs de creditors consisteix en un procediment judicial que participa d'una naturalesa jurídica dual: d'una banda es tracta d'una execució col·lectiva, a favor d'un conjunt de creditors denominat massa passiva, i per una altra consisteix en una execució universal, en referir-se a tot el patrimoni del concursat, que conforma la denominada massa activa objecte d'execució.

En relació amb aquest últim aspecte, es qüestiona què succeeix quan conclou aquest procediment per resolució judicial motivada per la insuficiència de la massa activa. En

Resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat

concret, si una vegada esdevé aquest fet, procedeix practicar anotacions preventives d'embargament ordenades per una autoritat diferent del jutge mercantil que estigui coneixent aquest procediment.

Cal tenir en compte que, segons l'art. 55 LC, «Declarat el concurs, no es poden iniciar execucions singulars, judicials o extrajudicials, ni seguir-se constreyniments administratius o tributaris contra el patrimoni del deutor».

No obstant això, com indica la Direcció General en aquest recurs, si bé cal reconèixer la competència exclusiva i excloent del Jutjat Mercantil per conèixer de les accions executives contra el concursat, aquesta facultat té caràcter excepcional i es justifica mentre s'està tramitant el concurs. Un cop finalitzat aquest, si l'acte o sentència de conclusió no disposa res sobre aquest tema, el Jutjat perd la competència en matèria d'execucions sobre els béns del concursat que no hagin estat objecte de liquidació i no es pot impedir els creditors promoure la reclamació dels seus deutes davant la jurisdicció competent.

Ara bé, també destaca que perquè es pugui practicar una anotació d'embargament en execució singular, una vegada conclòs el procediment de concurs per insuficiència de la massa activa, cal que s'acrediti que la finca no va ser objecte de liquidació en seu concursal o, en cas contrari, no s'ha acordat la reobertura del concurs.

D'aquesta manera, per a aquest cas concret, conclou que haurà d'acreditar-se, per resolució del Jutge concursal, si la finca en qüestió es va incloure en la massa activa de la societat concursada i si es va veure o no afectada per les operacions aprovades en el pla de liquidació.

No obstant això, tenint en compte que en aquest cas l'anotació de concurs no s'havia practicat sobre la finca en qüestió, i que va ser coneguda per consulta directa al Registre Mercantil, cal plantejar si les acreditacions que exigeix la resolució es poden fer valer enfront del que pretén l'anotació, tenint en compte el principi de inoposabilitat dels títols no inscrits recollit en l'art. 606 Cc i en l'art. 32 LH.

2. RESOLUCIÓ DE 22 DE DESEMBRE DE 2016: TERCERIA DE DOMINI. ABAST I EFECTES.

Resum dels fets: la interlocutòria dictada el 9 d'abril de 2007, en un procediment de tercera de domini pel Jutjat de Primera Instància núm. 2 d'Aranda de Duero, va estimar íntegrament la tercera de domini interposada per A.M.V., es va declarar que la finca

registral núm. 20.463 del Registre de la Propietat d'Ordes és propietat de l'actor, i es va acordar l'alçament de l'embargament efectuat sobre la mateixa.

Una vegada presentat aquest document en el Registre, no es practica la inscripció, perquè l'objecte de la tercera de domini es limita a discutir sobre la procedència o no de l'embargament per raó de la pertinença del bé travat al patrimoni del tercerista i no de l'executat. La súplica de la demanda de tercera s'ha de limitar a la petició de l'alçament de la trava i és improcedent qualsevol altra petició, inclosa la declaració de domini a favor del tercerista.

Fonamentació jurídica: amb la regulació anterior de la Llei d'enjudiciament civil de 1881, art. 1532 i s., no resultava clar, al contrari del que ara succeeix, si la declaració de domini, que és pressupòsit de la decisió d'alçament de l'embargament, implicava una resolució susceptible d'inscripció per resoldre's qüestions relatives a la titularitat de la finca, o si per contra es tractava d'alçar un embargament erròniament ordenat. Hi ha nombrosa jurisprudència que s'inclina per una o una altra postura, però si bé inicialment s'havia mantingut que la tercera de domini era una acció reivindicatòria en què se substituïa la recuperació de la possessió, per l'alçament de l'embargament, la més recent establia que, realment, la veritable naturalesa de la tercera de domini té per objecte la declaració de propietat a favor del demandant tercerista i l'aixecament de l'embargament.

La jurisprudència insisteix en una idea: l'acció de tercera de domini, que no pot identificar-se amb la reivindicatòria, encara que presenti certes analogies, no té per finalitat principal la recuperació del bé, que generalment posseeix el mateix tercerista, sinó l'aixecament de l'embargament travat sobre el mateix. I aquesta línia jurisprudencial s'ha vist ratificada després de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (LEC) l'exposició de motius de la qual disposa que «La tercera de domini no es concep ja com un procés ordinari definitori del domini i amb l'efecte secundari de l'aixecament de l'embargament del bé objecte de la tercera, sinó com un incident, en sentit estricte, de l'execució, encaminat directament i exclusivament a decidir si és procedent la desafecció o el manteniment de l'embargament».

A més de l'anterior, en el cas concret que ens ocupa no es pot al·legar que la decisió de la Sentència reculli una declaració de domini que sigui susceptible d'inscripció. La decisió només recull la declaració de propietat de la recurrent com a requisit previ i indispensable per decidir l'aixecament de l'embargament, atès que en un altre cas seria improcedent, ja que només pot prosperar la tercera quan el tercerista provi el seu títol de domini i que és anterior a la data de l'embargament, en els termes de l'art. 595.1 LEC, que disposa que

Resoluciones de la Dirección General dels Registres i del Notariat

«Pot interposar tercera de domini, en forma de demanda, qui, sense ser part en l'execució, afirmi que és propietari d'un bé embargat com a pertanyent a l'executat i que no l'ha adquirit d'aquest una vegada travat l'embargament».

Així ho ha ratificat la jurisprudència, en concret la STS núm. 806/2005, de 18 d'octubre de 2005, que afirma: «Como declaran las sentencias de esta Sala de 18 de diciembre de 2000 y 10 de diciembre de 2002, «la tercera, que es un proceso intercalado dentro del juicio ejecutivo, que es el principal, no tiende, en puridad técnica, a un pronunciamiento autónomo o por completo desgajado de lo hasta entonces acontecido en aquel proceso, sino que, al contrario, aspira a la consecución de una decisión judicial que, conectada con el trámite del principal, de tal forma le afecte que convulsione, lo hasta entonces en él resuelto. Así, si es de mejor dominio, la decisión supondrá el mantenimiento o alzamiento de la medida cautelar del embargo decretado de la cosa en el juicio ejecutivo, según que el título de tercerista, no preceda o sí a la fecha del embargo»».

Comentari: amb la tercera de domini el propietari d'un bé embargat exerceix una acció dirigida a evitar la seva pèrdua, com a conseqüència de l'embargament d'un tercer amb la corresponent adjudicació al més-dient o adjudicatari en subhasta. Així, l'art. 594.1 LEC, estableix que «L'embargament travat sobre béns que no pertanyin a l'executat és, no obstant això, eficaç. Si el vertader titular no fa valer els seus drets per mitjà de la tercera de domini, no pot impugnar l'alienació dels béns embargats, si el més-dient o adjudicatari els ha adquirit de manera irreivindicable, d'acord amb el que estableix la legislació substantiva».

Aquest incident processal planteja dues qüestions a efectes hipotecaris:

- La primera és la relativa a la inscripció del domini a favor del tercerista: el que suposa analitzar la naturalesa jurídica de l'acció que s'exercita i la facultat de ser inscriptible.

L'evolució de la doctrina jurisprudencial sobre la naturalesa d'aquesta acció es troba resumida en la STS núm. 666/1996, de 22 de juliol, que manifesta que aquest tribunal ha seguit «una evolució progressiva un tanto vacilante, que va desde la primitiva posició de equiparació absoluta con la acción reivindicatoria (Sentencia 11-4-72; 26-4-78; 26-3-84, etc.), pasando después por una postura intermedia, en la que solo a modo de “obiter dicta” se indica la simple analogía, sin posibilidad de identificación entre ambas acciones (Sentencia 8-2-88, 13-4-82, etc.) hasta llegar a la concepción reciente, en la que el objeto de la acción de tercera de dominio ha quedado delimitado y dirigido a liberar del embargo bienes

que se encontraban indebidamente trabados, coincidiendo su ámbito de actuación con el de los bienes susceptibles de ser embargados según el art. 1.447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectando tanto a los bienes materiales como a los inmateriales, con la sola condición de que no sean de propiedad del deudor apremiado (sentencias de 29-10-1984; 11-4-1988; 20-5-1988, 25-10-1988; 1-2-1990, etc.)».

Ara bé, si es considera una acció reivindicatòria quant a la seva naturalesa no té gaire recorregut registral, ja que es tracta d'una acció per recuperar la possessió perduda, i la possessió està exclosa de la publicitat registral per efecte de l'art. 5 LH; tret que es consideri que aquesta acció implica una implícita acció declarativa de propietat.

Però, quant a la mecànica registral, encara té un inconvenient major, i són els principis de legitimació i de tracte successiu dels art. 38 i 20 LH, atès que l'acció del tercerista no va contra el titular registral del domini sinó contra l'embargant, per la qual cosa no compliran les exigències d'aquells principis hipotecaris, que exigeixen perquè es puguin inscriure accions contradictòries del domini que s'interposin contra el titular registral d'aquests drets i demandant la cancel·lació dels assentaments contradictoris.

- La segona qüestió que es planteja són els efectes cancel·latoris que l'estimació de la terceraia tengui sobre l'anotació de l'embargament de l'executant:

Si ni l'embargament de l'executant ni el dret de domini del tercerista estan inscrits es regiran per les normes generals de la LEC, en el sentit que si venç el tercerista s'alçarà l'embargament i en cas contrari no.

Si el dret del tercerista està inscrit i l'embargament es dicta contra ell, mai no serà tercerista sinó executat com a deutor principal o subsidiari, i per això part principal del procés d'execució, i no podrà exercir l'acció de terceraia.

Si l'embargament del creditor executant està inscrit i el dret del tercerista no, s'apliquen els art. 606 Cc i 32 LH que estableixen el principi de inoponibilitat dels actes o títols no inscrits enfront dels inscrits, per la qual cosa resultarà inoperant l'acció del tercerista enfront de l'embargament anotat.

I si en aquest mateix cas el dret del tercerista està inscrit, com a assentament posterior a l'anotació d'embargament del creditor executant, entra en aplicació, a més dels principis hipotecaris citats, el règim de liquidació de càrregues posteriors establert en l'art. 175 del Reglament hipotecari, en disposar que «Cuando, en

Resoluciones de la Dirección General dels Registres i del Notariat

virtud del procedimiento de apremio contra bienes inmuebles se enajene judicialmente la finca o derecho embargado, se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores a la correspondiente anotación de embargo aunque se refieran a enajenaciones o gravámenes anteriores y siempre que no estén basadas en derechos inscritos o anotados con anterioridad a la anotación del embargo y no afectados por ésta.

La cancelación se practicará a instancia del que resulte ser dueño de la finca o derecho, con sólo presentar mandamiento ordenando la cancelación, expedido de acuerdo con lo previsto en el artículo 1518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil». És a dir, pels mateixos principis d'inoponibilitat abans citats o pel règim de cancel·lació de càrregues posteriors que és aplicació d'aquells en l'àmbit de l'execució i del procediment de constrenyiment, no sembla viable l'acció del tercerista contra el creditor executant preferent.

Quan el domini del tercerista està inscrit i el del creditor executant no i va contra persona diferent del titular registral, és el cas de l'anomenada tercera registral, del paràgraf 3r de l'art. 38 LH que imposa el sobreseïment del procés d'execució quant als immobles inscrits a favor del tercerista. Així disposa, que «En caso de embargo preventivo, juicio ejecutivo o vía de apremio contra bienes inmuebles o derechos reales determinados, se sobreseerá todo procedimiento de apremio respecto de los mismos o de sus frutos, productos o rentas en el instante en que conste en autos, por certificación del Registro de la Propiedad, que dichos bienes o derechos constan inscritos a favor de persona distinta de aquella contra la cual se decretó el embargo o se sigue el procedimiento [...]». Això suposa l'aixecament immediat de l'embargament, quan es justifiqui en el procediment d'execució aquests extrems.

I, finalment, el cas del domini del tercerista inscrit anteriorment a l'anotació d'embargament que s'executa no es tracta d'un supòsit de tercera sinó del cas ordinari d'embargament de béns o drets inscrits, on el titular del domini embargat necessàriament ha de ser part del procediment d'execució i no tercer, és a dir, deutor principal o subsidiari, ja que si s'ha anotat l'embargament contra ell és perquè s'ha emplenat prèviament el requisit del principi de tracte successiu de l'art. 20 LH.

La doctrina tradicional del Tribunal Suprem estableix que és la data de l'embargament i no la de la inscripció la que determina el domini anterior o posterior sobre el bé embargat (STS de 23 d'abril de 1992). Posteriorment, la STS

de 30 de novembre de 2004 assenta la mateixa doctrina encara que amb específica referència a la publicitat registral.

Hi ha jurisprudència que nega la terceria a qui va adquirir el bé amb posterioritat a l'embargament però abans de la seva inscripció, com la STS de 14 de juny de 2007; i al contrari que empara al tercerista el domini del qual és anterior a l'embargament encara que el mateix embargament hagués estat inscrit abans que l'adquisició del domini (STS de 19 de maig de 1997).

rjib15

ACTIVITAT NORMATIVA

(novembre 2015-octubre 2016)

Lluís Isern Estela

Lletrat del Parlament de les Illes Balears

I. Illes Balears*1. Lleis i normes amb rang de llei*

Durant el període a què es refereix aquesta crònica s'han aprovat fins a vint-i-una normes amb rang de llei, les quals han adoptat la forma de lleis, decrets lleis i decrets legislatius. Per ordre cronològic de la seva publicació, ens hem de referir a les següents. En primer lloc, la **Llei 9/2015, de 26 de novembre, de modificació de la Llei 15/2010, de 22 de desembre, de l'Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears** (BOIB núm. 175). Aquesta Llei introdueix canvis, alguns importants, que afecten distints aspectes de l'Ens públic. Pel que fa a l'organització d'aquest, es facilita l'elecció del director o directora general, del de la resta del Consell de Direcció i del del Consell Assessor de Continguts i Programació ja que si inicialment havien d'ésser elegits amb el vot favorable dels dos terços dels diputats i diputades de la Cambra, en primera votació, ara és suficient amb una majoria de tres cinquenes parts de la Cambra. L'elecció en segona votació continua essent per majoria absoluta, però s'ha acurçat considerablement el termini perquè pugui tenir lloc, que si abans era de sis mesos comptats des de la primera votació, ara és tan sols d'un mes. Així mateix, és remarcable que la Llei estableix, per al Consell de Direcció, una composició paritària entre dones i homes. D'altra banda, la recuperació de la internalització dels informatius es consigna com una aspiració de la Llei, però sense ésser considerada, per ara, com una obligació imperativa. Altres modificacions destacables fan referència a la rendició de comptes i a la transparència: s'especifica el contingut de la memòria anual de l'Ens; s'imposa l'obligació de publicar-la i s'incrementen les obligacions d'oferir a la ciutadania informació sobre els pressuposts i els comptes de l'Ens a la seva pàgina web; s'ordena la tramesa periòdica al Parlament d'una còpia de les actes de les reunions del Consell de Direcció. En segon lloc, la **Llei 10/2015, d'1 de desembre, de la Comissió General de Consells Insulars** (BOIB núm. 180), desenvolupa l'art. 53 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears per tal de fer possible la posada en funcionament del dit òrgan de cooperació institucional Parlament-consells insulars. Efectivament, l'Estatut es limità a crear l'esmentada Comissió de composició paritària Parlament-consells insulars, tot remetent-se a un Reglament aprovat per la pròpia Comissió pel que fa a les seves funcions, composició i organització. Atès el caràcter autoal·lusiú de la norma estatutària, la Llei 10/2015 fixa la composició de la Comissió General de Consells Insulars a la qual encarrega l'exclusiva tasca d'aprovar el Reglament previst estatutàriament i es preveu que la pròpia Llei quedi sense efectes un cop aprovat aquest. La Llei estableix una composició (podríem dir que provisional) de la Comissió, de

caràcter paritari, integrada per 12 membres, que seran diputats o diputades nomenats pels grups parlamentaris d'acord amb les proporcions acordades per la Mesa i la Junta de Portaveus de la Cambra a la present legislatura, i per altres 12 membres, que seran consellers o conselleres dels quatre consells insulars, tot corresponent a cada un d'aquests designar-ne 3 membres. Serà, per tant, el Reglament que aprovi aquesta Comissió General de Consells Insulars el que dibuixi el perfil concret d'aquest nou òrgan creat en el si del Parlament. La tercera norma de la qual n'hem de donar notícia és la **Llei 11/2015, de 10 de desembre, de recuperació parcial l'any 2015 de la paga extraordinària i addicional, o l'equivalent, del mes de desembre de 2012** (BOIB núm. 181), que fou aprovada per fer efectiva, dins l'àmbit del sector públic de les Illes Balears, l'aplicació del Reial decret llei 10/2015, d'11 de setembre, que preveia que tot el personal al servei de les administracions públiques, de l'àmbit estatal, autonòmic i local, per al qual es va suprimir la paga extraordinària i l'addicional, o l'equivalent, del mes de desembre de 2012, recuperàs, en l'exercici de 2015, una altra part d'aquesta paga, concretament la part equivalent a 48 dies, o el 26,23% de la paga, segons els casos. La norma, en el seu article únic, preveu regles específiques per a cada un dels distints tipus de personal del sector públic de les Illes Balears (personal funcionari, personal laboral, membres del Govern i alts càrrecs, personal eventual, etc.) i també pel personal docent no universitari dels centres privats concertats de les Illes Balears. La darrera de les normes aprovades a l'any 2015 fou la **Llei 12/2015, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 189 Ext.). Aquesta norma s'estructura en vuit títols, relatius a l'aprovació dels pressuposts i de les seves modificacions; la gestió del pressupost de despeses; les despeses de personal i altres disposicions; la gestió del pressupost d'ingressos i altres normes en matèria tributària; normes relatives als ens instrumentals; el tancament del pressupost, i les relacions institucionals. La Llei es completa amb un seguit de disposicions addicionals, derogatòries i finals. Les qüestions regulades i les normes contingudes en la Llei són molt nombroses com és de suposar, i no és factible donar-ne notícia de totes, ni tan sols de les més importants. Això no obstant, convé recordar-ne algunes. Així, la Llei suspèn el pagament del complement anomenat popularment «nivell 33» i incrementa en un 1% les retribucions del personal al servei de l'Administració de la comunitat autònoma i dels ens instrumentals dependents. D'altra banda, en matèria tributària, s'augmenta el nombre de trams en l'escala de gravamen autonòmic de l'IRPF i es suprimeix la deducció relativa a les despeses per primes d'assegurances individuals de salut, alhora que es reintrodueix la deducció autonòmica a favor de persones amb discapacitat. En l'impost sobre el patrimoni es torna a fixar el mínim

exempt en el llinar de 700.000 € i es modifica la tarifa amb criteris de progressivitat. Així mateix, es modifiquen l'escala relativa al tipus de gravamen aplicable a les operacions immobiliàries subjectes a l'impost sobre transmissions patrimonials i actes jurídics documentats i la de l'impost de successions i donacions, pel que fa a les successions, amb la consegüent derogació de la deducció autonòmica aplicable als grups I i II, de manera que el gravamen efectiu per aquesta modalitat de l'impost aplicable a aquests grups no sigui proporcional respecte de la base imposable ni obviï les reduccions que donen lloc a la base liquidable, sinó progressiu, en funció dels diversos trams de la base liquidable, tot i que aquest gravamen es limita a l'1% per al primer tram de 700.000 €. Per últim, s'ha de destacar també la regla que autoritza a recuperar per part del personal al servei del sector públic de les Illes Balears la totalitat o una part de la paga extraordinària i l'addicional, o l'equivalent, del mes de desembre de 2012, pendents de recuperar, tot remetent a un acord del Consell de Govern l'efectivitat d'aquesta mesura.

L'any 2016 es va iniciar, des del punt de vista legislatiu, amb l'aprovació del **Decret llei 1/2016, de 12 de gener, de mesures urgents en matèria urbanística** (BOIB núm. 6; validació BOIB núm. 18) i del **Decret llei 2/2016, de 22 de gener, de modificació del Decret llei 1/2016, de 12 de gener** (BOIB núm. 11; validació BOIB núm. 18), els quals, per raons obvies, seran examinats conjuntament. L'objecte d'aquestes normes consisteix, bàsicament, en deixar sense efecte, definitivament o temporalment, algunes de les mesures urbanístiques més polèmiques aprovades durant la legislatura anterior. Així, en alguns casos es modifica el contingut de la norma urbanística afectada i, en d'altres, se suspèn temporalment la seva vigència. Segons manifesta el preàmbul del Decret llei 1/2016, es tracta de reaccionar davant un conjunt de procediments de caràcter extraordinari i transitori en alguns casos dirigits a legalitzar l'edificat o construït sense autorització, procediments singulars o creats *ad hoc* al marge dels procediments ordinaris prevists en la normativa de disciplina urbanística general, és a dir, en la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl. Els procediments singulars que les normes analitzades identifiquen, per reaccionar-ne en contra, són, entre d'altres, habilitar la classificació com a urbans de sòls rústics, fins i tot protegits, que no reuneixen les condicions generals i ordinàries d'aquella categoria de sòl; permetre la plena incorporació a l'ordenació urbanística, amb totes les facultats inherents al dret a edificar, de construccions o edificacions existents en sòl rústic amb dispensa del compliment dels paràmetres urbanístics aplicables; autoritzar l'edificació d'habitatges en àrees naturals; excloure l'exigència de la declaració d'interès general per a la realització de noves edificacions en sòl rústic d'especial protecció; exonerar el compliment de les limitacions sobre el volum màxim construïble

imposades als establiments turístics en sòl rústic; autoritzar l'augment d'edificabilitat i d'ocupació de parcel·la dels establiments turístics, fins i tot dels afectats per infraccions urbanístiques, per sobre dels paràmetres màxims establerts; eliminar les limitacions establertes pel planejament urbanístic per a la implantació d'establiments turístics en edificis catalogats o sotmesos al règim de protecció del patrimoni arquitectònic; o habilitar les segregacions de parcel·les rústiques amb una extensió inferior a la unitat mínima de cultiu o forestal. Davant això, els decrets llei 1/2016 i 2/2016 incideixen sobre el contingut de la Llei 2/2014, d'ordenació i ús del sòl, a fi d'evitar la legalització de construccions i urbanitzacions il·legals, d'una banda, i per recuperar el percentatge de cessió del 15%; així mateix, es modifica la matriu d'ordenació d'usos de l'annex 1 de la Llei 6/1999, de 3 d'abril, de les Directrius d'Ordenació Territorial de les Illes Balears; també es modifiquen determinades disposicions de la Llei 8/2012, de 19 de juliol, del turisme de les Illes Balears, de la Llei 12/2014, de 16 de desembre, agrària de les Illes Balears i de la Llei 6/1997, de 8 de juliol, de sòl rústic de les Illes Balears. La gran quantitat de disposicions de les dites lleis que resulten modificades i la proximitat de les modificacions operades fan aconsellable no donar-ne notícia detallada ja que excediria amb escreix del format d'aquesta crònica.

Pel que fa a les lleis pròpiament dites, ens referirem, en primer lloc, a la **Llei 1/2016, de 3 de febrer, de modificació de la Llei 3/1986, de 29 d'abril, de normalització lingüística a les Illes Balears** (BOIB núm. 18) i a la **Llei 4/2016, de 6 d'abril, de mesures de capacitació lingüística per a la recuperació de l'ús del català en l'àmbit de la funció pública** (BOIB núm. 46; correcció d'errates BOIB núm. 47). Ambdues normes, conjuntament, deixen sense efecte per complet els canvis que la Llei 9/2012, de 19 de juliol, havia introduït en el procés normalitzador del català en les Illes Balears. Ambdues lleis justifiquen la derogació de sengles parts de la Llei 9/2012 en què aquesta adoptava importants mesures de revisió del procés normalitzador al marge de qualsevol diagnòstic seriós sobre la realitat sociolingüística balear i en què la reforma de l'any 2012 rompia el consens que en matèria de normalització del català s'havia assolit amb la Llei de normalització lingüística de l'any 1986. Ara, de nou, els topònims de les Illes Balears tenen com a única forma oficial la catalana; els poders públics de les Illes Balears hauran de promoure les corresponents mesures de cara a la progressiva capacitació en l'ús de la llengua catalana del seu personal; el coneixement adequat en funció del lloc de feina a ocupar en les distintes administracions públiques serà, en tot cas, un requisit i no un simple mèrit; en els procediments administratius de l'Administració de la comunitat autònoma s'ha d'emprar el català, sens perjudici del dret de les persones interessades a ser ateses en

la llengua oficial de la seva elecció i a presentar escrits i documents, a fer manifestacions i, si ho sol·liciten, a rebre notificacions en castellà, etc. Per altra banda, al marge de la qüestió del procés de normalització del català, la Llei 4/2016 aprofita per introduir alguns canvis en la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, que afecten a la mobilitat, al nomenament provisional dels funcionaris per ocupar un lloc de feina corresponent a un grup o subgrup superior i a l'excedència voluntària per nomenament provisional en un grup o subgrup superior.

La segona de les lleis aprovades a l'any 2016 és una norma de capital importància per a l'economia de les Illes Balears i pels pressuposts de la comunitat autònoma. Efectivament, la **Llei 2/2016, de 30 de març, de l'impost sobre estades turístiques a les Illes Balears i de mesures d'impuls del turisme sostenible** (BOIB núm. 42), crea un tribut directe, instantani, propi de la comunitat autònoma, de caràcter finalista, la recaptació del qual queda afectada íntegrament a un fons per afavorir el turisme sostenible. Aquest impost està destinat, d'una banda, a compensar la societat balear pel cost mediambiental i social i la precarietat laboral que suposa l'exercici de determinades activitats que distorsionen o deteriorenen el medi ambient a les nostres illes, i, d'una altra, a millorar la competitivitat del sector turístic mitjançant un turisme sostenible, responsable i de qualitat. Així, es fa recaure el pes del gravamen sobre les persones físiques que gaudeixen de les estades turístiques, per mitjà d'establiments turístics, i que, directament o indirectament alteren l'equilibri natural, la qual cosa repercuteix en el conjunt del grup social, que en suporta els efectes. El fet imposable queda determinat per l'estada que faci el contribuent en els establiments turístics, entenent-se per tals no només els típics hotels, sinó que inclou també les embarcacions de creuer turístic que fan escala als ports de les Illes Balears i els habitatges turístics regulats en la normativa autonòmica, fins i tot aquells que són il·legals. Pel que fa a l'element personal, la Llei distingeix entre el contribuent, és a dir, el que gaudeix de l'estada, i el substitut del contribuent, és a dir, el titular de l'empresa que explota l'establiment turístic; sobre aquest darrer recau l'obligació de recaptar del contribuent l'import de l'impost, ingressar-lo a la comunitat autònoma i acomplir-ne la resta d'obligacions formals amb la hisenda autonòmica. L'impost es merita a l'inici de cada estada, computada per cada dia o fracció. Pel que fa a la quantificació de l'impost, la Llei n'estableix la base imposable, o sigui, cada dia d'estada i fixa normes per a la seva concreció; preveu, amb caràcter general, la seva determinació pel règim d'estimació directa, sense perjudici de la possibilitat d'utilitzar, en determinats casos, el règim d'estimació objectiva i, fins i tot, indirecta. Pel que fa a la quota tributària, es configura una tarifa que oscil·la entre 0'25 € i 2 € per dia d'estada o fracció, en funció del tipus d'establiment en el

qual té lloc el fet imposable. Se'n preveu, no obstant, una bonificació del 50% per a les estades que es facin en temporada baixa o per a les estades que s'estenguin més de vuit dies consecutius en un mateix establiment turístic. Finalment, s'ha de destacar que la Llei crea el fons per afavorir el turisme sostenible i la Comissió d'Impuls del Turisme Sostenible, participada per les administracions autonòmica, insular i local, els agents econòmics i socials i les entitats de caràcter mediambiental, que té com a missió proposar els projectes que s'han d'executar amb càrrec al fons esmentat abans. També amb incidència pressupostària, però amb una transcendència molt menor, ens hem de referir a la **Llei 3/2016, de 6 d'abril, de crèdit extraordinari per a subvencions electorals** (BOIB núm. 46), que fou aprovada per atendre l'import de les subvencions que s'adjudicaren als partits, les federacions, les coalicions i les agrupacions d'electors que concorregueren a les eleccions al Parlament de les Illes Balears i als consells insulars de Mallorca, Menorca i Eivissa del passat 24 de maig de 2015, amb dret a subvenció electoral, segons el que disposa l'art. 29 de la Llei 8/1986, de 26 de novembre, electoral de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears. El crèdit extraordinari aprovat fou de 1.366.703,66 €, que és la diferència entre les despeses subvencionables (2.068.326,11 €) i les bestretes ja pagades amb càrrec al pressupost de l'exercici de 2016.

La següent de les normes amb rang de llei publicades es la **Llei 5/2016, de 13 d'abril, de la renda social garantida** (BOIB núm. 47), la qual es configura com un instrument de protecció social a la família i de lluita contra l'exclusió social. A aquests efectes, la renda social garantida es dibuixa en la Llei com una prestació econòmica de caràcter periòdic, que es caracteritza com un dret subjectiu, de caràcter individual, a la qual es pot accedir atesos els ingressos econòmics del nucli familiar o de convivència, de caràcter subsidiari respecte de les prestacions econòmiques que tenen un major o igual import, i complementari d'altres prestacions econòmiques que tinguin un menor import i que puguin correspondre a les persones destinatàries. El dret subjectiu a la renda social garantida no està condicionat a l'obligació de participar en cap tipus d'activitat d'inserció social o laboral i es finança íntegrament amb càrrec al pressupost de la Comunitat Autònoma. El títol I de la Llei, disposicions generals, s'ordena en dos capítols, el primer dels quals regula l'objecte, la definició i la naturalesa de la prestació, segons ha quedat indicat abans. El capítol II defineix les persones destinatàries de la renda social garantida, les situacions de necessitat per atendre i estableix interpretacions autèntiques dels termes nucli familiar, unitat familiar i llar independent, sobre els quals pivota el reconeixement de la prestació. Es regulen també en aquest capítol els requisits que han de reunir les persones titulars per tenir dret a la prestació (arrelament a les Illes Balears, disposar d'ingressos econòmics inferiors a determinat import,

esser major de 25 anys, amb caràcter general, i no haver renunciat a una oferta de treball adequada o haver causat baixa voluntària a la seva feina dins els tres mesos anteriors a la sol·licitud). El capítol es completa amb el catàleg d'obligacions que assumeixen les persones destinatàries de la renda social garantida. El títol II fixa el règim econòmic i la tramitació de la prestació. L'import de la prestació econòmica de la renda social garantida es compon per la prestació bàsica de caràcter periòdic, a la qual s'hi afegeixen les prestacions complementàries de caràcter finalista que corresponguin en funció de les càrregues familiars de la persona sol·licitant, sense que en cap cas la suma d'aquests conceptes no pugui excedir del 125% del salari mínim interprofessional. Pel que fa a la gestió dels expedients de la prestació, la Llei en preveu les normes generals aplicables, les característiques de la sol·licitud i el procediment, d'una banda; i, d'una altra, es contenen les pertinents regles relatives a la modificació, la suspensió i l'extinció de la prestació. La Llei crea la Comissió Tècnica de la renda social garantida com a òrgan gestor de la renda esmentada. El títol III de la Llei preveu el corresponent règim sancionador. Per últim, s'ha de destacar que la disposició final segona de la Llei inclou la prestació derivada de la renda social garantida dins el contingut de la Carta Bàsica de Serveis Socials de les Illes Balears 2011-2014. La Llei es completa amb un annex que fixa per a 2016 el barem de l'esmentada prestació.

La **Llei 6/2016, de 22 d'abril, de derogació de la Llei 9/2014, de 29 de setembre, per la qual s'estableix i regula la protecció a la maternitat** (BOIB núm. 52), té un article únic i el contingut dispositiu de la qual és estrictament derogatori. L'exposició de motius justifica la derogació de la Llei 9/2014, per innecessària, atès que les mesures i actuacions dirigides a garantir i protegir el dret de la dona embarassada a ser mare, ja es troben prou regulades a altres normes, com ara la Llei orgànica 2/2010, de 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs, la Llei 5/2000, de 20 d'abril, de l'Institut Balear de la Dona i la Llei 12/2006, de 20 de setembre, per a la dona.

La següent de les normes a què ens hem de referir és el **Decret legislatiu 1/2016, de 6 de maig, pel qual s'aprova el text refós de la Llei 9/1991, de 27 de novembre, reguladora del cànon de sanejament d'aigües** (BOIB núm. 57), que fou dictat pel Govern de les Illes Balears en virtut de l'autorització continguda en l'art. 2 de la Llei 5/2015, de 23 de març, de racionalització i simplificació de l'ordenament legal i reglamentari de la comunitat autònoma de les Illes Balears. La justificació de l'aprovació d'aquest Decret legislatiu rau en les nombroses modificacions legals (fins a nou) operades sobre la Llei 9/1991 que dificultaven una fàcil lectura, interpretació i aplicació de la norma, com també en la necessitat d'adaptar la Llei a determinats canvis organitzatius produïts a

l'administració autonòmica. És el cas, per exemple, de les mencions legals a la Junta d'Aigües, que ara s'entenen fetes a la Conselleria de Medi Ambient, Agricultura i Pesca, o la substitució en les funcions de gestió i recaptació tributàries pròpies de la conselleria competent en matèria d'hisenda, per l'Agència Tributària de les Illes Balears. La figura del cànon de sanejament d'aigües és prou coneguda dins l'ordenament jurídic balear, per la qual cosa no pareix convenient ara analitzar aquest tribut. No obstant això, és oportú deixar constància de l'estructura del text refós, el qual conté disset articles, ordenats en tres títols (disposicions generals, normes de gestió i destinació) i dues disposicions addicionals relatives a la prohibició de l'establiment de premis de recaptació i a les indemnitzacions pels costos de conservació, manteniment, explotació i instal·lació en favor dels ajuntaments i les altres entitats públiques que prestin el servei de depuració d'aigües residuals.

La **Llei 7/2016, de 17 de maig, de modificació del text refós de la Llei de consells escolars de les Illes Balears, aprovat pel Decret legislatiu 112/2001, de 7 de setembre** (BOIB núm. 63), se centra únicament en tornar a donar al Consell Escolar de les Illes Balears la composició que originàriament tenia i que havia estat modificada pel Decret llei 5/2012, d'1 de juny, de mesures urgents en matèria de personal i administratives per a la reducció del dèficit públic del sector públic de la comunitat autònoma de les Illes Balears i d'altres institucions autonòmiques, el qual havia reduït el nombre de persones que l'integraven, emparant-se en la necessitat de reduir la despesa pública. La Llei 7/2016 es justifica en que, d'una banda, els integrants del Consell Escolar de les Illes Balears només tenen dret a una indemnització per assistència a reunions, no una retribució fixa, i en que la situació econòmica actual és distinta de l'existent en el moment d'aprovar el Decret llei 5/2012; i, d'una altra banda, es justifica amb que amb la nova composició del Consell Escolar es garanteix més intensament la participació adequada dels sectors afectats en la programació de l'ensenyament.

La següent de les normes aprovades és la **Llei 8/2016, de 30 de maig, per garantir els drets de lesbianes, gais, trans, bisexuals i intersexuals i per eradicar l'LGTBI fòbia** (BOIB núm. 69). Aquesta Llei té per finalitat establir les condicions per tal que les persones LGTBI puguin exercir els seus drets amb llibertat i igualtat sense cap tipus de discriminació; garantir la igualtat d'oportunitats en la participació i la representació en tots els àmbits de la vida social; contribuir a la superació dels estereotips que afecten negativament la percepció social d'aquestes persones, i establir mesures concretes per assolir una societat més justa, lliure, basada en la igualtat de tracte i d'oportunitats de les persones LGTBI i on la diversitat sigui valorada positivament (art. 2). A aquests efectes, la Llei s'estructura de la manera

següent. El títol preliminar regula l'objecte, la finalitat, l'àmbit d'aplicació, els principis orientadors de l'actuació dels poders públics, una clàusula general antidiscriminatòria i les definicions corresponents a tot un conjunt de termes nous o poc freqüents a l'ordenament jurídic balear. El títol I, organització administrativa, crea com a òrgan participatiu i consultiu permanent, el Consell d'LGTBI de les Illes Balears i, d'altra part, per a l'execució i coordinació de les polítiques LGTBI, es crea un òrgan coordinador, integrat per personal de la pròpia administració, a qui Govern i consells insulars li han d'encomanar les dites funcions. En el títol II, sota l'epígraf polítiques públiques per promoure la igualtat efectiva de les persones LGTBI, es contenen normes específiques amb relació a determinats professionals que actuen en àmbits sensibles (laboral, educació, salut, serveis socials, justícia i cossos de seguretat, esport, lleure i comunicació), respecte dels quals les administracions públiques han de garantir-ne la formació i la sensibilització adequada i, per una altra part, s'estableix expressament un deure d'intervenció activa davant una situació de risc o una sospita fonamentada de discriminació o violència per raó d'orientació sexual, identitat de gènere o expressió de gènere. Així mateix, la Llei disposa mesures concretes sobre sectors d'intervenció específics, com són l'educació, la universitat, la cultura, el lleure i l'esport, els mitjans de comunicació, la salut, l'acció social, la proximitat de les quals no permet donar-ne notícia completa. Per últim, en el títol II, s'hi consignen una sèrie de mandats al Govern amb relació al mercat de treball i a les famílies LGTBI. El títol III, anomenat mesures per garantir la igualtat real i efectiva de les persones atenent a la seva identitat i l'expressió de gènere, estableix un conjunt ampli de mesures que s'han de prendre en l'àmbit de l'administració respecte de les persones transsexuals. Al títol IV es preveu l'establiment d'un protocol d'atenció integral a les persones intersexuals (abans anomenades hermafrodites). El darrer títol de la Llei, mecanismes per garantir el dret a la igualtat, preveu normes en matèria de tutela judicial i administrativa de les persones LGTBI, de dret d'admissió, de dret a l'atenció i a la reparació i de règim sancionador.

La Llei 9/2016, de 13 de juny, de modificació de la disposició addicional novena de la Llei 3/2007, de 27 de març, de la funció pública de la comunitat autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 76), té per objecte la supressió definitiva del dret que tenien reconegut els empleats públics de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears i el personal de les entitats integrades del sector públic autonòmic, inclòs el dels consells insulars, el de les entitats locals, el de la Universitat de les Illes Balears i el dels òrgans estatutaris, a percebre un complement retributiu, l'anomenat «nivell 33», quan tornaven a ocupar el seu lloc de feina, després d'haver exercit durant dos anys continuats, o tres amb interrupció,

determinats càrrecs polítics. S'ha de recordar que aquest dret ja fou suspès per la Llei 12/2015, de 29 de desembre, de pressuposts generals de la comunitat autònoma de les Illes Balears per a l'any 2016. Al marge d'això, la Llei, mitjançant una disposició addicional, modifica i suavitza l'estricta règim de la suspensió de la prolongació de la permanència en el servei actiu dels empleats públics, previst en el Decret llei 5/2012, d'1 de juny.

La **Llei 10/2016, de 13 de juny, per a la recuperació de persones desaparegudes durant la Guerra Civil i el franquisme** (BOIB núm. 76), desplega a l'àmbit de les Illes Balears la Llei estatal 52/2007, de 26 de desembre, per la qual es reconeixen i s'amplien drets i s'estableixen mesures a favor dels qui van patir persecució o violència durant la guerra civil i la dictadura. D'acord amb aquesta Llei estatal, les administracions públiques facilitaran la indagació, la localització i la identificació dels desapareguts; elaboraran i posaran a disposició dels interessats mapes de fosses; preservaran i protegiran els terrenys on es localitzen les fosses comunes, i regularan les activitats de localització i identificació de les restes de persones desaparegudes. Aquesta regulació ha d'incloure l'autorització de prospeccions, la regulació de l'accés a terrenys que siguin de titularitat privada, l'establiment del procediment i de les condicions per recuperar, identificar i traslladar restes i, així mateix, l'autorització de les exhumacions que es practiquin. Per tal de donar efectivitat a aquestes declaracions legals, la Llei 10/2016 determina que serà el Govern de les Illes Balears qui tindrà la competència en la matèria, sense perjudici de la necessitat de mantenir una estreta col·laboració amb les associacions memorialistes i les administracions i institucions públiques. Així, s'ordena al Govern l'elaboració d'un cens de persones desaparegudes i dels seus familiars, l'elaboració d'un mapa de les zones del territori de les Illes Balears on es localitzin o es presumeixi que es poden trobar restes de víctimes desaparegudes. Així mateix, és responsabilitat del Govern un cop localitzades les fosses, dur a terme tota una sèrie d'actuacions sobre aquestes, segons les circumstàncies de fet: la preservació de les fosses mitjançant la seva declaració com a béns d'interès cultural o béns catalogats, a càrrec dels respectius consells insulars, la senyalització de les fosses; l'adopció d'un protocol específic per a la localització i l'excavació de les fosses, el qual haurà de tenir en compte l'especial protecció requerida del lloc i de les restes humanes localitzades, la necessitat de comptar amb especialistes forenses durant el procés d'exhumació de les restes i la consideració de les fosses com a proves d'execucions extrajudicials, sumàries o arbitràries vinculades a possibles desaparicions forçades, crims de guerra i crims contra la humanitat als efectes de la seva investigació judicial; la denúncia, davant Fiscalia, de l'existència d'indícies de la comissió de possibles crims contra

la humanitat de naturalesa imprescriptible, i, en fi, l'elaboració d'una memòria anual de les activitats desenvolupades. Per tal de facilitar al Govern aquestes funcions, la Llei crea una comissió tècnica de desapareguts i fosses i, d'altra banda, regula l'accés als espais i terrenys, públics i privats, afectats per les actuacions de localització, recuperació i identificació de restes de persones desaparegudes.

Per una altra banda, la **Llei 11/2016, de 28 de juliol, d'igualtat de dones i homes** (BOIB núm. 99), estableix mesures, mecanismes i recursos adreçats a promoure i garantir la igualtat d'oportunitats i la no-discriminació per raó de sexe, en qualsevol dels àmbits de la vida. Amb aquesta finalitat, la Llei s'estructura amb un títol preliminar i sis títols més que, amb caràcter transversal, regulen distints aspectes de la matèria. En el títol preliminar, s'enuncien els principis generals d'actuació dels poders públics al respecte i s'estableix l'aplicabilitat de la Llei, no només a totes les administracions públiques de les Illes Balears, sinó també a les entitats privades que subscriuin contractes o convenis o rebin subvencions dels poders públics. El títol I, sota l'epígraf de polítiques públiques per a la promoció de la igualtat de gènere, regula la representació equilibrada de dones i homes en els òrgans col·legiats i directius (40/60), ordena la incorporació de la perspectiva de gènere en el disseny de les polítiques públiques i en l'elaboració dels seus estudis i estadístiques, estableix mesures per garantir l'ús no sexista del llenguatge i regula l'aprovació de plans d'igualtat a cada legislatura. El títol II, de les competències, funcions, organització institucional i finançament, fixa, d'una banda, les competències del Govern de les Illes Balears, dels consells insulars i dels ajuntaments i, de l'altra, dins l'organització institucional, distingeix entre organismes d'igualtat (Observatori per a la Igualtat, unitats per a la igualtat) òrgans de coordinació i consultius (Comissió per a la Igualtat de Gènere, Consell de Participació de les Dones) i, per últim, crea la figura de la Defensora o el Defensor de la igualtat de dones i homes, adjunt a la Sindicatura de Greuges. El títol III concreta les mesures per a la integració de la perspectiva de gènere en l'actuació de les administracions públiques de les Illes Balears, tant en l'àmbit de la contractació pública, com en la capacitat del personal al servei de les administracions públiques, a l'hora que ordena al Govern l'elaboració d'un informe sobre el conjunt de les seves actuacions en relació amb l'efectivitat del principi d'igualtat de dones i homes. El títol IV, relatiu a les mesures per promoure la igualtat i àrees d'intervenció, fa referència a l'educació (on, entre d'altres, s'hi contenen mesures relatives al currículum, als materials didàctics, als consells escolars, a la formació del professorat i a l'àmbit universitari), a la cultura i l'esport, a l'ocupació (mesures per a l'accés de les dones a la feina, a la qualitat de l'ocupació i a la

igualtat en la seguretat i salut laboral, en el sector privat i en la funció pública de les Illes Balears), a la salut, a la conciliació de la vida laboral, familiar i personal, en l'àmbit públic i privat, tot establint-se el dret i el deure de la corresponsabilitat de dones i homes; també es regulen algunes mesures relatives als drets socials bàsics i als mitjans de comunicació i la publicitat, a la societat del coneixement i de la informació, les noves tecnologies i la publicitat. El títol V, íntegrament dedicat a la violència masclista, després de definir legalment aquesta, preveu un conjunt de mesures relatives a la investigació, la formació i la prevenció, d'una banda, i a l'atenció i protecció a les víctimes, de l'altra; així mateix, es preveu la creació de centres d'atenció i assistència psicològica, social i jurídica específica i la creació de centres d'acollida i serveis d'urgència; es preveu la personació de l'Administració de la comunitat autònoma en els procediments per actes de violència masclista en què s'hagi causat la mort o lesions greus a les dones. També es contenen normes relatives a prestacions econòmiques, habitatge, inserció laboral, educació i identificació de les situacions de violència masclista. El darrer títol de la Llei recull el règim sancionador pertinent.

La **Llei 12/2016, de 17 d'agost, d'avaluació ambiental de les Illes Balears** (BOIB núm. 106), suposa l'adaptació de la legislació de les Illes Balears a la Llei estatal 21/2013, de 9 de desembre, d'avaluació ambiental. Aquesta Llei estatal ha dut a terme una revisió d'aquest instrument jurídic de control previ, el procediment d'avaluació ambiental, integrant en una sola norma els procediments d'avaluació d'impacte ambiental de projectes (AIA) i d'avaluació ambiental estratègica de plans i programes (AAE), amb un esquema similar per a tots dos procediments, que unifica la terminologia i desplega una regulació prou exhaustiva, amb la intenció confessa d'uniformitzar la regulació a l'àmbit estatal i deixar poc marge per al desplegament autonòmic. La Llei 12/2016 aprofita l'ocasió de l'adaptació a la Llei estatal per derogar i substituir la Llei 11/2006, de 14 de setembre, d'avaluacions d'impacte ambiental i avaluacions ambientals estratègiques a les Illes Balears. El títol preliminar de la Llei 12/2016, a més d'establir l'objecte i l'abast de la llei, també recull les finalitats de la norma, els principis de dret internacional, europeu i de la legislació bàsica, juntament amb els principis de cooperació interadministrativa. Així mateix, la Llei regula el compromís amb la participació, la transparència i l'administració electrònica, i el conflicte entre la publicitat i la confidencialitat de les dades. El títol I confirma la Comissió de Medi Ambient de les Illes Balears com l'òrgan ambiental d'aquesta comunitat autònoma, en precisa l'estructura en òrgans i introdueix la novetat del caràcter públic de les sessions del Ple. El títol II regula estrictament els procediments

d'avaluació ambiental i s'ordena en tres capítols relatius a avaluació ambiental estratègica de plans i programes, el primer, avaluació d'impacte ambiental de projectes, el segon, i disposicions comunes, l'últim. El títol III regula de manera específica la consulta preceptiva a l'òrgan mediambiental de la comunitat autònoma en els plans, els programes i els projecte que ha d'avaluar l'Administració General de l'Estat. El títol IV tracta sobre l'avaluació de les repercussions als espais Xarxa Natura 2000, tot adaptant-ne la legislació autonòmica a la legislació bàsica estatal. El títol V, sota l'epígraf de disciplina en matèria d'avaluació ambiental, regula el seguiment dels procediments ambientals, la protecció de la legalitat ambiental, el restabliment de l'ordre jurídic pertorbat i el règim sancionador. Pel que fa a les disposicions que s'integren en la Llei, se n'ha de destacar la derogatòria de la Llei 9/2010, de 27 de juliol, de declaració d'interès autonòmic de la construcció del camp de golf de Son Bosc a Muro i les modificacions de la Llei 10/2014, d'1 d'octubre, d'ordenació minera, de la Llei 5/2005, de 26 de maig, per a la conservació d'espais de rellevància ambiental a les Illes Balears (LECO) i de la Llei 2/2014, de 25 de març, d'ordenació i ús del sòl.

La penúltima de les lleis aprovades és la **Llei 13/2016, de 26 d'octubre, per la qual es dissol el Col·legi Oficial d'Agents Comercials de Menorca** (BOIB núm. 138). Aquesta norma té per objecte la instrumentació jurídica de la voluntat expressada per l'Assemblea General del propi Col·legi Oficial d'Agents Comercials de Menorca, en reunió de 20 de novembre de 2013, atès que d'acord amb l'art. 9 de la Llei 10/1998, de 14 de desembre, de col·legis professionals de les Illes Balears, per a la dissolució d'un col·legi professional, com és el cas, es requereix una llei del Parlament de les Illes Balears. La Llei 13/2016, a més d'aprovar la dissolució, en regula l'existència de la pertinent comissió liquidadora, les mesures de liquidació del patrimoni i d'altres operacions derivades de la dissolució i liquidació del dit Col·legi.

La darrera norma de la qual n'hem de donar notícia és la **Llei 14/2016, de 26 d'octubre, per la qual s'estableixen ajudes socials a les persones amb hemofília o altres coagulopaties congènites que hagin desenvolupat l'hepatitis C com a conseqüència d'haver rebut un tractament amb concentrats de factors de coagulació en l'àmbit sanitari públic de les Illes Balears** (BOIB núm. 138). Aquesta Llei reconeix una ajuda de 12.020,24 €, de caràcter únic i pagament fraccionat en un màxim de tres anys, en favor de les persones identificades en la denominació de la Llei o, si han mort, en favor de determinats descendents, ascendents o cònjuge d'aquestes. Aquesta ajuda és compatible i complementària de l'ajuda atorgada per l'Administració de l'Estat a l'empara de la Llei

14/2002, de 5 de juny, en favor del mateix col·lectiu perjudicat. La Llei es completa amb la regulació del procediment de concessió de l'ajuda, la seva possible revocació i el pertinent règim sancionador.

2. Decrets

L'exercici de la potestat reglamentària pel Govern de les Illes Balears ha incidit sobre diverses matèries. Potser convé destacar, en primer lloc, per la seva importància el Decret 35/2016, de 23 de juny, pel qual es desplega la Llei de l'**impost sobre estades turístiques** i de mesures d'impuls del turisme sostenible (BOIB núm. 81). D'altra banda, és remarcable la feina feta en l'àmbit de la **contractació pública** mitjançant la publicació de dos textos consolidats: Decret 3/2016, de 29 de gener, pel qual s'aprova el text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes (BOIB núm. 15) i el Decret 14/2016, d'11 de març, pel qual s'aprova el text consolidat del Decret sobre contractació de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 33). En l'**àmbit educatiu**, s'ha de deixar constància de la modificació del currículum de l'educació primària, secundària i batxillerat a les Illes Balears, mitjançant els Decrets 28, 29 i 30/2016, de 20 de maig, respectivament (tots ells, BOIB núm. 64), d'una banda; del Decret 41/2016, de 15 de juliol, pel qual es regula la formació permanent del professorat de l'ensenyament no universitari de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 90) i el Decret 45/2016, de 22 de juliol, per al desenvolupament de la competència comunicativa en llengües estrangeres als centres educatius sostinguts amb fons públics de les Illes Balears (BOIB núm. 93), d'una altra. Sota el paraigües dels **serveis socials**, s'han aprovat nombroses normes reglamentàries que abasten qüestions diferents. Així, el Decret 5/2016, de 5 de febrer, de modificació del Decret 83/2010, de 25 de juny, pel qual s'estableixen els principis generals del procediment per al reconeixement de la situació de dependència, la intensitat de protecció dels serveis i el règim de compatibilitat de les prestacions del Sistema per a l'Autonomia i Atenció a la Dependència en l'àmbit de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i es crea la Xarxa Pública d'Atenció a la Dependència de les Illes Balears (BOIB núm. 18); el Decret 6/2016, de 5 de febrer, pel qual es regulen els principis generals que han de regir el funcionament de les entitats tutelars de les persones adultes incapacitades judicialment (BOIB núm. 18; correcció d'errades BOIB núm. 21); el Decret 7/2016, de 12 de febrer, pel qual es regulen l'accés al servei ocupacional per a persones amb discapacitat per trastorn mental greu i la gestió de la llista d'espera de les places d'aquest servei (BOIB núm. 21); el Decret 31/2016, de 27 de maig, de modificació del Decret 86/2010, de 25 de juny, pel qual s'estableixen els

principis generals i les directrius de coordinació per a l'autorització i l'acreditació dels serveis socials d'atenció a persones grans i persones amb discapacitats, i es regulen els requisits d'autorització i acreditació dels serveis residencials de caràcter suprainular per aquests sectors de població (BOIB núm. 67); el Decret 42/2016, de 15 de juliol, pel qual es crea l'ajut econòmic de caràcter social, complementari de les pensions no contributives (BOIB núm. 90), i el Decret 52/2016, de 5 d'agost, de la renda per a persones en procés d'autonomia personal que han estat sotmeses a mesures administratives de protecció de menors (BOIB núm. 102).

Altres decrets aprovats durant el temps que abasta aquesta crònica són: el Decret 91/2015, de 13 de novembre, pel qual es regula la condició d'esportista d'alt nivell de les Illes Balears (BOIB núm. 168); el Decret 98/2015, d'11 de desembre, de modificació del Decret 28/2015, de 30 d'abril, pel qual s'aprova el Reglament marc de coordinació de les policies locals de les Illes Balears (BOIB núm. 181); el Decret 4/2016, de 29 de gener, pel qual es qualifica d'utilitat pública la lluita contra la plaga del morrut roig de la palmera (BOIB núm. 15) i s'estableixen les mesures fitosanitàries obligatòries per lluitar contra aquesta plaga i prevenir-la; el Decret 62/2016, de 7 d'octubre, pel qual s'estableix la Reserva Marina del Freu de Sa Dragonera i s'hi regulen les activitats d'extracció de flora i fauna marina i les activitats subaquàtiques (BOIB núm. 128); el Decret 22/2016, de 22 d'abril, pel qual es regulen les mesures per a la diversificació dels sectors pesquers i aquícola a les Illes Balears (BOIB núm. 51), i Decret 56/2016, de 16 de setembre, de desplegament de la Llei 4/2014, de 20 de juny, de transports terrestres i mobilitat sostenible de les Illes Balears, amb relació als vehicles dedicats a l'activitat de transport públic urbà i interurbà de viatgers en vehicles de turisme (BOIB núm. 118).

II. Estat

L'activitat legislativa de l'Estat durant el temps a què es refereix aquesta crònica ha estat pràcticament nul·la, atesa la pràctica paralització de les Corts Generals com a conseqüència dels dos processos electorals que han estat necessaris per a la formació d'un nou Govern, la qual cosa ha provocat la successiva dissolució de les Corts Generals, una legislatura extremadament breu i l'existència d'un Govern en funcions. Les úniques normes amb rang de llei que han estat aprovades són el RDL 1/2016, de 15 d'abril, pel qual es prorroga el **Programa d'activació per a l'ocupació** (BOE núm. 92) i el RDL 2/2016, de 30 de setembre,

Estat

pel qual s'introdueixen mesures tributàries dirigides a la reducció del dèficit públic, relatiu als **pagaments fraccionats de l'impost sobre societats** (BOE núm. 237).

rjib15

LLIBRES

C. Gómez Martínez

Magistrat de l'Audiència Provincial

**(La nueva coordinación Realidad-Catastro-Registro.
Comentario jurídico a la Ley 13/2015, de 24 de junio)**

E. Garcías de España

Advocada

(El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado)

C. Gil Membrado

Profesora acreditada al cuerpo de Profesor Titular

Universitat de les Illes Balears

**(La protección jurídico-civil del *nasciturus* y del recién nacido:
derechos, expectativas e intereses)**

LA NUEVA COORDINACIÓN REALIDAD-CATASTRO-REGISTRO. COMENTARIO JURÍDICO A LA LEY 13/2015, DE 24 DE JUNIO. C. JIMÉNEZ GALLEGO. València: Tirant lo Blanch, 2016.

I

Quan gairebé no ha passat un any des de l'aparició del seu darrer llibre (*El Reglamento Sucesorio Europeo. Un comentario notarial*, Madrid: Consejo General del Notariado, 2016), Carlos JIMÉNEZ GALLEGO, notari de Palma, membre de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears, treu una nova obra sobre un tema igualment complex: la coordinació de realitat, Cadastre i Registre de la Propietat, a la llum de les novetats que introdueix en aquesta matèria la Llei 13/2015, de 24 de juny, de reforma de la Llei hipotecària aprovada per Decret de 8 de febrer de 1946 i del text refós de la Llei de cadastre immobiliari, aprovat pel Reial decret legislatiu 1/2004, de 5 de març.

L'autor ens aclareix des del principi del llibre que aquesta nova norma suposa el primer intent seriós de coordinació de dues institucions lligades a la propietat immobiliària, com són el Registre de la Propietat i el Cadastre, l'objecte de les quals és el mateix, la finca, però d'origen, naturalesa i finalitat ben diferents.

El Registre de la Propietat és voluntari, de dret civil i té per objecte la inscripció de drets, mentre que el Cadastre és obligatori, de dret administratiu i té com a finalitat principal la recaptació de la contribució territorial.

Tal com recorda l'autor, quan al segle XIX es va crear el Registre de la Propietat i el 1861 es va promulgar la Llei hipotecària, a Espanya no hi havia Cadastre. La descripció de les finques es va fer sobre dades imprecises facilitades per les persones que demanaven la inscripció i feien les corresponents declaracions.

El Cadastre es va crear per Llei de 23 de març de 1906 i, per la seva finalitat recaptatòria, des del principi va topiar amb la resistència dels propietaris que es va traduir en ocultament de finques a l'Administració i subministrament de descripcions confuses que dificultaven la seva localització.

Fou l'inici d'un desencontre que després ha costat molt superar. La primera norma d'un cert abast que va intentar la coordinació entre Registre de la Propietat i Cadastre va ser la Llei 13/1996, de 30 de desembre, d'acompanyament als pressuposts generals de l'Estat, que va imposar l'obligació de fer constar la referència cadastral en les escriptures públiques (i documents privats) relatives a immobles i, per tant, en les corresponents inscripcions en el Registre de la Propietat. Aquesta exigència no va suposar, evidentment, una coordinació

La nueva coordinación Realidad-Catastro-Registro...

completa ja que continuaven existint, per un costat, la descripció cadastral i, per l'altre, la descripció registral que podien no ser coincident entre elles. En termes generals, el Cadastre ha resultat ser més fiable en la descripció de la realitat física de les finques i el Registre de la Propietat en tot allò relatiu a les titularitats i drets sobre les finques.

La següent passa va ser la Llei 24/2001, de 27 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social, que va impulsar la formació de bases gràfiques de les finques registrals, però que va deixar de banda la cartografia cadastral. Aquest sistema ha estat rebutjat per la Llei 13/2015, però va ser un intent de coordinació entre Registre de la Propietat i realitat.

Una altra passa va ser la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible, que va exigir que la certificació cadastral, descriptiva i gràfica, s'incorporés en els documents públics que continguessin fets, actes o negocis jurídics susceptibles de generar un reflex cadastral. Però aquesta obligació no va modificar la norma que permetia l'atorgament d'escriptures i la inscripció en el Registre de la Propietat en els supòsits en què no s'aportés la certificació cadastral, encara que en la majoria dels casos la incorporació de la certificació s'ha dut a terme.

La darrera passa ha estat la Llei 13/2015, que modifica la Llei hipotecària i el text refós de la Llei de cadastre, l'estudi de la qual constitueix l'objecte principal del llibre.

La nova Llei pretén que la coordinació completa entre Cadastre i Registre de la Propietat es faci mitjançant la inscripció de la representació gràfica georeferenciada, que descriu la finca d'una manera exacta, en el seu perímetre i superfície. Però la Llei, en una posició que l'autor qualifica com a «realista» no imposa aquesta coordinació en tots els casos.

En efecte, el nou art. 9.a) preveu que la inscripció inclogui «el fet que la finca estigui o no coordinada no finca coordinada gràficament amb el Cadastre en els termes de l'article 10»; i la lletra b) del mateix precepte exigeix la representació gràfica georeferenciada tan sols en casos de immatriculació, reparcel·lació, concentració parcel·lària, segregació, divisió, agrupació o agregació, expropiació forçosa o delimitació.

Ara bé, amb la intenció de promoure la coordinació, la Llei modifica profundament els procediments per aconseguir-la, cada un dels quals és detalladament estudiat en el llibre.

Es comença pels mitjans immatriculadors: expedient de domini (que ve a ser el procediment «tipus» al qual es remet la Llei en la regulació de l'expedient per rectificar la descripció, superfície i límits i de l'expedient per a la represa del tracte successiu), immatriculació per a títol públic, i doble immatriculació; es continua per l'expedient de rectificació de la descripció de finques i la novetat de l'expedient per a la inscripció de la representació gràfica georeferenciada; pels expedients dels quals disposa l'Administració amb

relació als seus béns immobles per a la coordinació del Registre amb la realitat, i els expedients de delimitació, inscripció de construccions, represa del tracte successiu i alliberament de càrregues. A més a més, el llibre fa referència al procediments purament cadastrals de coordinació amb la realitat i el Registre de la Propietat i culmina amb un capítol en el qual es posen en relació els mecanismes precedents a partir de supòsits concrets.

En l'exposició de cada un dels expedients es segueix la mateixa sistemàtica: competència (notarial, registral, amb una important reducció de la jurisdicció i, en el seu cas, territorial), sol·licitud (legitimació activa, contingut), apertura i comunicació Notaria-Registre (si escau), notificacions als «interessats» (un tràmit essencial que en ocasions pot dificultar extraordinàriament els decurs dels procediments) i conclusió de l'expedient amb les comunicacions subsegüents.

El resultat de tot això tal vegada serà que ja no es podrà excloure, com fins ara, dels efectes de la presumpció de l'art. 38 de la Llei hipotecària, les dades relatives a la descripció de la finca. El primer paràgraf de l'actual art. 10.5 estableix, en efecte, que «Un cop assolida la coordinació gràfica amb el Cadastre i inscrita la representació gràfica de la finca en el Registre, s'ha de presumir, d'acord amb el que disposa l'article 38, que la finca objecte dels drets inscrits té la ubicació i delimitació geogràfica expressada en la representació gràfica cadastral que ha quedat incorporada al foli real».

El to del llibre ve marcat per la condició de jurista rigorós, però també pràctic, del seu autor: la crítica a la tècnica legislativa utilitzada i la necessitat d'interpretar les normes de manera que es trobi una solució per als problemes que es plantegen o es poden plantejar en l'aplicació de la norma, tot això amb l'ajuda de distints models de documents de tramitació que s'ofereixen al final de cada un dels corresponents capítols.

C.G.M.

EL RÉGIMEN DE SEGUNDA OPORTUNIDAD DEL CONSUMIDOR CONCURSADO. E. SÁNCHEZ JORDÁN. Cizur Menor: Thomson Reuters, 2016.

I

La autora de la presente obra es catedrática de Derecho Civil de la Universidad de La Laguna.

La obra se compone de cuatro capítulos. En el primero se realiza una introducción acerca de la situación actual; en los dos siguientes se aborda la problemática, tratando de definir el concepto de «sobreendeudamiento» y poniendo de manifiesto los problemas que genera la aplicación de la ley concursal para el consumidor, que generalmente presenta una imposibilidad de pago en relación al préstamo hipotecario por la adquisición de su vivienda habitual, y el cuarto, a modo de cierre/conclusión, propone interesantes soluciones.

La palabra «crisis» hace ya tiempo que se introdujo en nuestro vocabulario, en nuestra vida cotidiana y, de momento, no parece que quiera marcharse del todo. Como es sabido, esta situación ha causado estragos en diferentes sectores empresariales, industriales y financieros, a tan alta escala, que en ocasiones se nos olvida el enorme daño y la delicada situación en la que se encuentra el «ciudadano de a pie», un ciudadano que sufre las consecuencias de la aplicación de una ley no pensada para él. Esta obra trata de analizar, a través de un minucioso examen de la evolución legislativa desde el año 2013, cuáles han sido las mejoras y mecanismos introducidos por el legislador para salvar esta problemática y, fundamentalmente, si la Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social, ha alcanzado el objetivo de aliviar la situación del «consumidor corriente» en relación con la deuda derivada de la adquisición de su vivienda y en relación también con la limitación al principio de responsabilidad patrimonial universal, que se incardina en el art. 1911 CC.

II

Como ya señalábamos, en el segundo capítulo, la profesora SÁNCHEZ JORDÁN pone de manifiesto el concepto de «sobreendeudamiento» de los consumidores, heredado en gran parte de la primera década del s. XXI, y agravado por lo que la autora denomina «la gran recesión», iniciada en 2008. Pero, ¿qué es el sobreendeudamiento? La respuesta no es baladí, ya que un concepto claro y único favorecería la adopción de medidas de protección de los consumidores y la efectividad de las mismas. Algunos identifican sobreendeudamiento e insolvencia, no obstante, la autora, a pesar de que admite que la vinculación entre una y otra es innegable, considera que la insolvencia requiere un incumplimiento efectivo de carácter

continuado, mientras que el sobreendeudamiento se caracteriza porque el deudor ha asumido más gasto del que puede afrontar con sus ingresos y patrimonio, lo que le llevará casi con total seguridad a un estado de insolvencia.

La distinción insolvencia/sobreendeudamiento no resulta únicamente doctrinal, sino que la autora le concede una gran trascendencia práctica, destacando el aspecto más subjetivo de este, y es el hecho de que solo sea predicable del consumidor, y no de las empresas, lo que concede un valioso dato para identificar la situación y adoptar una serie de medidas, diferentes a las del concurso. Medidas que necesariamente adoptan un carácter preventivo, dirigidas a que el consumidor no alcance ese temido estado de insolvencia; y otras de carácter «preconcurso», como acuerdos de refinanciación (escasamente utilizados en la práctica) o los acuerdos de pago, institucionales o informales, donde debe fomentarse el ámbito extrajudicial.

También aborda la autora diferentes soluciones, no para evitar la insolvencia/concurso, sino para evitar ese instituto previo de «sobreendeudamiento», destacando con acierto la idea de «educación financiera» al consumidor, que ya subyace en la conciencia del legislador europeo, siendo buena muestra de ello la Directiva 2008/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, que fomenta la concesión de préstamos de manera responsable por parte de las entidades financieras, con una completa evaluación del prestatario, y destacando especialmente los deberes de información: claros, honestos, imparciales y gratuitos.

SÁNCHEZ JORDÁN da entonces un paso más y se plantea qué ocurre si fallan tanto los mecanismos preventivos para evitar el sobreendeudamiento como la posterior insolvencia del consumidor: ¿debe entonces acudir al concurso? La autora, de manera acertada, señala todos los inconvenientes que plantea el concurso, tal como lo conocemos, para la persona del consumidor y el agravio comparativo que este sufre, en relación con el trato al deudor persona jurídica, siendo un ejemplo claro de esta afirmación la exoneración de responsabilidad, en el caso de persona jurídica, como excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal. Todo ello desemboca necesariamente en la conclusión de que el procedimiento concursal no está pensado para la persona física, no contempla ni se adecúa a su realidad: costes, desamparo, intervención, calificación como subordinado de los préstamos del entorno familiar y, por supuesto, la problemática consistente en no poder evitar la ejecución hipotecaria, con carácter separado, de la vivienda, a diferencia de lo que ocurre con relación a las personas jurídicas cuando se trata de créditos territoriales que se dirigen a bienes inmuebles afectados a la actividad empresarial.

El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado

¿Qué hacer entonces? SÁNCHEZ JORDÁN señala con acierto su particular solución, entendiendo que debería articularse un procedimiento bifásico: en una primera fase, se intentarían acuerdos de pago, refinanciaciones o cualesquiera otros que permitieran salvar la situación, siempre con carácter extrajudicial. La segunda fase tendría lugar en caso de haber fracasado la primera y tendría necesariamente que pasar por el concurso, pero no por el concurso que ya conocemos, sino por uno específico, ideado para el consumidor, fácil, simple y económico, cosa que no se ha conseguido a través del «procedimiento abreviado».

III

En el tercer capítulo, la autora estudia la inclusión de un mecanismo de segunda oportunidad a favor de la persona física, que contemple la exoneración de deuda como excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal, como han hecho ya países de nuestro entorno.

Para ello, realiza un repaso de los intentos introducidos por el legislador español desde el año 2013, tanto a través de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, como del RDL 1/2015, de 27 de febrero, mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, poniendo de manifiesto su escasa repercusión práctica, señalando con acierto los diferentes motivos, y criticando que carecieran del carácter «incentivador», capaz de estimular la recuperación económica del consumidor, al margen de la «economía sumergida».

Continúa la autora realizando un estudio pormenorizado de la regulación actual, introducida por la Ley 25/2015, y que ha dado la nueva redacción al art. 178 bis, sometiéndola también a su certera valoración. Principalmente, lamenta que no se hayan corregido, por parte del legislador, los elevados costes a los que tiene que enfrentarse el concursado, motivados por el propio concurso, antes siquiera de plantearse una posible exoneración; critica también que entre ese grupo de posibles «créditos exonerables» no se incluya el crédito privilegiado (realizando también una reflexión sobre el crédito hipotecario de la vivienda...) y que no haya cabida para valorar la buena fe del deudor, ya que el cumplimiento o no de los requisitos para conseguir esa liberación es fundamentalmente de carácter objetivo, privando al juez de una ponderación al margen.

Entrando de lleno en las posibilidades que se le ofrecen al deudor en la nueva regulación, SÁNCHEZ JORDÁN señala dos vías, a las cuales se puede acceder siempre que se cumplan unos requisitos comunes en ambos casos (no culpabilidad del concurso, inexistencia de

condena penal en delitos económicos, e intento de acuerdo extrajudicial de pagos, si bien este último no tiene carácter esencial), para obtener la exoneración de deudas.

La primera vía para la exoneración es que el deudor persona física afronte el pago de todos los créditos contra la masa y privilegiados, siempre que haya intentado un acuerdo de pagos con carácter previo; o bien añadir a lo anterior el 25% de los ordinarios, siempre que no lo haya intentado (por tal razón, concluye con acierto la autora que este «acuerdo extrajudicial» no es un requisito *sine qua non*).

La segunda vía, relativa al deudor que no hubiera podido(o querido) satisfacer los anteriores créditos, consiste en la sumisión a un plan de pagos de cinco años, durante los que pueda hacer frente a los créditos privilegiados, créditos de derecho público, contra la masa y de alimentos. La autora critica que el acogimiento a esta vía pase necesariamente por la previa ejecución de garantías, lo que sin duda, dificultará la aplicación de esta solución, ex art.178 bis 5.2. Además, el deudor que se acoja a esta segunda opción, deberá cumplir otros requisitos, como no haber rechazado oferta de empleo en los cuatro años anteriores, o no haberse beneficiado de la exoneración en los 10 años anteriores, entre otros.

Señala también la autora cómo la exoneración no es en realidad un beneficio de liberación sino de exoneración condicionada, ya que se puede revocar si en el plazo de cinco años mejorara la fortuna solo por herencia, lo cual a juicio de SÁNCHEZ JORDÁN resulta acertado y debe calificarse como una mejora respecto a la redacción anterior, ya que supone un incentivo para el consumidor, al objeto de emprender nuevas empresas y no hacerlo de manera «sumergida».

Por su parte, la exoneración definitiva tendrá lugar si pasan años sin haberse revocado, o bien aunque no hubiera cumplido el plan quinquenal, si el deudor hubiera destinado a tal fin el 50% de los beneficios inembargables, o el 25%, si se tratara de un deudor que se entendiera en el «umbral de exclusión», conforme al RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos. La interesante cuestión que se plantea en este último caso es si debe considerarse o no exonerado la totalidad del pasivo insatisfecho o bien solo las deudas exonerables, conforme al art. 178 bis 5 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, decantándose la autora por esta segunda opción.

Para terminar este fundamental tercer capítulo, SÁNCHEZ JORDÁN se detiene ampliamente en realizar un estudio acerca de la exoneración del crédito derivado de la adquisición de vivienda, principalmente cuando está garantizado con hipoteca, ya que señala que el sobreendeudamiento hipotecario es la causa fundamental de insolvencia del consumidor y que, actualmente, este crédito no es exonerable por su condición de privilegiado.

El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado

A su juicio, es necesario encontrar un equilibrio que pase por un tratamiento específico a la deuda garantizada con hipoteca, siempre que esa difícil situación provenga de un cambio de circunstancias en la fortuna del deudor, ajeno a él mismo, y que exista irresponsabilidad del acreedor en la concesión del crédito. Como posible «equilibrio» señala la autora la posibilidad que concede el art. 140 LH, limitando la deuda al importe del bien, lo que sin duda provocaría una mayor cautela en la concesión del crédito.

Dicho lo anterior, SÁNCHEZ JORDÁN se ocupa del régimen de la deuda hipotecaria por adquisición de vivienda, tanto en la Ley 14/2013 como en su redacción actual. Señala como, actualmente, sea cual sea la vía que hubiera escogido el concursado (previo pago/plan de pagos), sí podría verse beneficiado tras la ejecución hipotecaria en sede de concurso, siempre que la parte no se cubriera con el montante obtenido con la ejecución y que esa parte del crédito impagada excediera del valor de mercado. En tal caso, a su juicio, perdería su condición de privilegiado para convertirse en ordinario, y por tanto, exonerable.

A continuación, la autora se detiene en la situación más común para el consumidor y que más problemas ha ocasionado al ciudadano de a pie: ¿y si el inmueble, adquirido con el crédito garantizado y generador del pasivo insatisfecho, es vivienda habitual del deudor? SÁNCHEZ JORDÁN afirma que la única opción que se contempla actualmente en la Ley concursal es la suspensión temporal de 2 o 3 meses y critica que podrían haberse establecido otras medidas más innovadoras y ambiciosas, tales como la exoneración total tras la ejecución o la exoneración parcial del pasivo. La autora, en este punto, recorre toda la normativa que, al margen de la Ley concursal, ha sido aprobada precisamente con la finalidad de proteger a los que se encuentran en dicha situación, tales como el RDL 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa; RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, o el Código de Buenas Prácticas, y que han resultado ser mucho más eficaces que la Ley concursal en lo que a la problemática de las familias se refiere.

IV

SÁNCHEZ JORDÁN, a modo de conclusiones, finaliza señalando soluciones alternativas para el consumidor que no pueda hacer frente a sus obligaciones: una primera fase, consistente en un procedimiento previo, amistoso, estableciendo mecanismos que incentiven a

los acreedores; y una segunda fase, de carácter concursal, consistente en un concurso específico para el consumidor. En el caso de que el crédito se garantizara además con hipoteca, la propuesta de la autora es aumentar el porcentaje de adjudicación y, si fuera vivienda habitual, aumentar el número de ingresos inembargables o fomentar el alquiler social, entre otras.

Es esta un obra enormemente actual, que trata de poner de manifiesto los problemas prácticos que conlleva el concurso de acreedores para la persona del consumidor, los inconvenientes y gastos que supone, y la falta de ajuste a sus necesidades; y también propone la búsqueda de alternativas para aliviar la situación de aquellos, la mayoría, que se ven abocados a un concurso como consecuencia del crédito derivado por la adquisición de vivienda habitual.

E.G. de E.

LA PROTECCIÓN JURÍDICO-CIVIL DEL NASCITURUS Y DEL RECIÉN NACIDO: DERECHOS, EXPECTATIVAS E INTERESES. P. GUTIÉRREZ SANTIAGO. Madrid-Valladolid: Fundación Aqueitas – Fundación Aranzadi Lex Nova, 2015.

I

La obra *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido: derechos, expectativas e intereses* fue merecedora del segundo premio de la XIII edición del «Premio Aequitas de Investigación Jurídica sobre personas con discapacidad, personas mayores, inmigrantes, infancia, refugiados y otros grupos que carezcan de la debida protección». Efectivamente, son objeto de estudio uno de los grupos de seres humanos que, junto a otros muchos, están más faltos de protección: el recién nacido y el próximo a nacer, todavía más en este caso si padece alguna patología que desembocará en discapacidad al nacer. Por ello, en inicio, la temática no puede ser más apropiada al espíritu del Premio, y a tenor del desenlace, más oportunamente tratada.

La falta de protección en el inicio de la vida humana va de la mano de pocos estudios rigurosos desde una perspectiva jurídico-civil acerca de los variados y espinosos temas en que confluyen derechos, expectativas e intereses desde que el ser humano es concebido, momentos en los que su vulnerabilidad es total y el Derecho despliega ciertos, si bien escasos, medios para su protección.

La obra se estructura en dos partes. La primera de ellas aborda la protección jurídico-civil del *nasciturus* y la segunda se centra en la nueva concepción, a la luz de la reforma operada en virtud de la Ley 20/2011, de 21 de juliol, del Registro Civil, del recién nacido que fallece perinatalmente.

Con carácter previo, a modo de notas preliminares, se recoge de modo somero el tratamiento constitucional del *nasciturus*, tomando como punto de partida la Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 que le otorgó el carácter de bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 CE, pero sin ser titular del derecho fundamental a la vida. Bajo el seno de esta postura, jurídicamente indeterminada, han encontrado cabida tratamientos de lo más dispar con relación al estatuto jurídico y a la protección del *nasciturus*.

Entrando en profundidad en el objeto del estudio, la primera parte plantea el alcance de la disposición prevista en el segundo inciso del art. 29 CC, que excede en mucho de la tradicional correspondencia con el derecho sucesorio y de donaciones, abarcando aspectos no solo económicos sino también extrapatrimoniales.

Con todo, y aquí radica la originalidad y el gran interés del estudio, la indeterminación ha sido y es una constante en todo lo que circunda a la regulación de la figura del *nasciturus*. Y es que la letra de la Ley no parece ayudar si consideramos que ni siquiera son fácilmente determinables los efectos favorables que a través de una ficción le son reconocidos. Sobre el particular, si bien la doctrina mayoritaria precisa que lo son para el *nasciturus*, en sentido directo, excluyendo aquellos que favorezcan a un tercero aunque beneficien al concebido no nacido indirectamente, no falta doctrina autorizada que defienda lo contrario. Directos o indirectos, también resulta difícil discernir cuáles de ellos son favorables por concurrir en no pocas ocasiones un gran grado de incertidumbre sobre lo que redundará o redundará en el interés del *nasciturus* en el caso de que llegue a nacer y pueda reputarse que su vida es independiente de la madre.

En el empeño de concretar los efectos favorables, manifestaciones típicas de la defensa del patrimonio que en estos casos tienen lugar en torno a la sucesión *mortis causa*, en relación con los intereses hereditarios del *nasciturus*, su preterición y las sustituciones fideicomisarias, además de las operadas mediante negocios patrimoniales *inter vivos* en los que se incluyan donaciones realizadas en su favor.

No obstante, el término «todos» al referirse a los efectos, abarca no solo a estos en cuanto meramente patrimoniales sino también otros en la esfera extrapatrimonial. Así, el concebido puede ser objeto de indemnizaciones por daños que le sean causados, o de pensiones de alimentos que percibirá cuando nazca. En cuanto a su adopción, si bien no es posible, es novedosa la línea jurisprudencial que prevé la situación de desamparo como declaración preventiva o el discutido acogimiento. En materia de filiación, cabe el reconocimiento y el ejercicio de acciones de reclamación y de impugnación, así como el acuerdo en el orden de los apellidos. En cuanto a la nacionalidad, la retroactividad de los efectos favorables ha supuesto la adquisición de la nacionalidad española *iure sanguinis* por el nacido, cuyo progenitor extranjero era español en el momento de la concepción.

Con el objeto de adentrarnos en el tratamiento de las distintas cuestiones que siguen como hilo conductor los efectos que dimanarían del art. 29 CC, como presupuesto se plantea la capacidad del *nasciturus* para ser parte y para comparecer en juicio, para en lo sucesivo desgranar los supuestos de tutela civil poniendo en liza los desacuerdos doctrinales y la jurisprudencia contradictoria fruto de una regulación falta de concreción que surge de la vaguedad misma del bien jurídico indeterminado objeto de protección.

Como uno de los supuestos de tutela civil del *nasciturus* se procede al estudio de su condición como beneficiario de indemnizaciones derivadas de responsabilidad civil por

La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido...

daños sufridos desde el momento de la concepción, bien sean materiales, personales o familiares. De modo concreto, se aborda el resarcimiento de daños a consecuencia de la asistencia médica durante el proceso de gestación y, en particular, se analizan, en lo que a este estudio interesa —al ser el hijo el beneficiario de la indemnización—, las acciones *wrongful life*, interpuestas en nombre del propio hijo enfermo y por los daños que sufrirá durante su vida por haber nacido, que reiteradamente han sido desestimadas por los tribunales españoles. Distintas a estas son las acciones *wrongful birth* —ajenas al art. 29 CC—, en las que son los padres los beneficiarios de la indemnización, que, de modo aislado o mediante el ejercicio conjunto con la acción *wrongful life*, sí que han encontrado respaldo.

Otro de los supuestos de tutela judicial civil objeto de análisis es el resarcimiento de daños en sede familiar a consecuencia de la responsabilidad por accidentes de circulación y de trabajo para lo cual es preciso plantearse si el *nasciturus* puede ser considerado perjudicado y, como tal, beneficiario de la indemnización por el fallecimiento de sus familiares en un accidente de circulación, respecto a lo cual doctrina y jurisprudencia se muestran conformes, siguiendo una postura similar en lo que a siniestros laborales responde. Estas consideraciones se extienden igualmente a otros supuestos en los que el concebido se reputa tercero perjudicado por el delito cometido contra un familiar y se contempla a su favor el derecho a ser reparado civilmente de los daños.

En materia de familia, como otra de las posibilidades de amparo civil, el *nasciturus* no es ajeno a las relaciones en su seno y a los efectos tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que se derivan de la separación, el divorcio y otras situaciones que circundan a la crisis familiar. Se plantean en este ámbito todos o algunos de los efectos tales como la fijación de una pensión de alimentos, la atribución de la guarda, el régimen de visitas y la determinación del derecho de uso de la vivienda familiar. No hay una postura unánime en la praxis judicial con relación a cuál es el momento oportuno para su fijación, ya que una vertiente mayoritaria establece las medidas que hayan de operar en el nacimiento con anterioridad a este, y otra minoritaria considera que estas medidas deben aplazarse hasta el nacimiento.

En ocasiones, el futuro nacimiento de un nuevo hijo se alega para solicitar la modificación de medidas, en lo que a alimentos se refiere por parte del progenitor obligado al pago, a consecuencia de la alteración sustancial de las circunstancias. De nuevo, la jurisprudencia menor se muestra contradictoria. Sostiene, por un lado, que el nacimiento de un hijo —ni qué decir entonces la concepción— no supone *per se* una alteración sustancial de las circunstancias. No obstante, en contra, se opone la postura de resoluciones que sostienen que

el incremento de gastos por el nacimiento de un nuevo hijo puede justificar la minoración de la pensión fijada en beneficio del resto de los hijos precedentes. Cosa distinta sería plantearse un paso más, es decir, si la espera de un nuevo hijo, por lo tanto todavía por nacer, justificaría la extensión del razonamiento de esta última postura. En estos casos parece, a tenor de las resoluciones judiciales, fundamental el hecho de si el alimentista conocía la existencia del *nasciturus* antes de pactar el convenio o de dictarse la Sentencia.

Como medidas de protección de la infancia con relación al *nasciturus*, resulta unánime que no puede ser adoptado por prohibición legal. Respecto del acogimiento, se esboza una posibilidad por alguna resolución, no exenta de polémica, anterior al parto con efectividad después de este. En relación con la declaración de la situación de desamparo previamente al nacimiento, si bien existen no pocos reparos doctrinales, las solicitudes encuentran acogida en la vía administrativa y son confirmadas en vía judicial invocando el interés superior del menor en aquellos casos en que las condiciones de los progenitores no permiten garantizar que puedan hacerse cargo del menor a su nacimiento. En esta materia, la reflexiva ponderación entre la deseable celeridad y prontitud en la respuesta a la protección y la prudencia a la hora de adoptar este tipo de decisiones que pone sobre el tapete la autora no puede ser más acertada.

En el ámbito de la filiación, se plantea la cuestión de si el *nasciturus* puede ser reconocido por el progenitor o los progenitores a los efectos de determinar legalmente la filiación o si, aun siendo común que tanto la reclamación como la impugnación de la filiación afecten al hijo nacido, es posible que recaigan sobre el concebido, o si cabe adoptar un acuerdo sobre el orden de los apellidos del hijo siendo este concebido no nacido.

Cuestiones atinentes a la nacionalidad y a la extranjería también afectan al *nasciturus*, en particular, si el concebido en el momento de que uno de sus padres o ambos tenían nacionalidad española, que no conservan a su nacimiento, puede ser causa de que se le atribuya *ipso iure* la nacionalidad por *ius sanguinis* a su nacimiento. No resulta pacífica la respuesta desde un punto de vista doctrinal, si bien la Dirección General de los Registros y del Notariado ha adoptado una postura tendente a considerar al nacido, en estos casos, como español de origen. En cuanto a si la protección del *nasciturus* fundamenta la improcedencia de la expulsión de los padres extranjeros, pese a la tónica general, algunas resoluciones, mediante una interpretación extensiva de los efectos favorables, provocan el beneficio de terceros.

II

La segunda parte de la obra monográfica aborda la puesta al día de una terminología anacrónica y despectiva dotándole de la dignidad, siquiera formal, propia del recién nacido. Ha resultado derogado el plazo de supervivencia de veinticuatro horas y la concurrencia de la figura humana para la consideración como persona, así como la calificación de feto en los casos en los que el recién nacido no superara las veinticuatro horas de vida y la supresión del despectivo apelativo para el fallecido perinatalmente de «criatura abortiva» junto a su constancia en el «legajo de abortos» del Registro Civil. Constituye ello un tímido paso para avanzar en el reconocimiento de la dignidad del ser humano.

A colación de las reformas operadas en esta materia, el nacimiento acaece con el entero desprendimiento del seno materno representado con el corte del cordón umbilical concurriendo la vida independiente de la madre. Desde este momento, el recién nacido merece ser inscrito en el Registro Civil, por efímera y frágil que sea su existencia.

Un rasgo más que la propia autora tilda de humanización del ordenamiento jurídico es el hecho de que el alumbrado sin vida pueda pasar a integrar el archivo especial del Registro Civil de fallecimientos prenatales. Del mismo modo en que el ordenamiento jurídico reconoce la dignidad del nacido que ha vivido durante un instante, se da un sutil y tímido paso en la defensa de la dignidad del concebido, si bien únicamente en el caso del concebido con edad gestacional superior a seis meses que haya sido alumbrado sin vida. Se suprime, aunque solo en este caso, el término de «criatura abortiva» y se crea el Archivo especial de fallecimientos prenatales.

La autora, como colofón, invita a reflexionar sobre los delicados derechos, expectativas e intereses confluyentes y, sin duda, su estudio contribuirá a avanzar en la tutela de uno de los colectivos más desprotegidos y carentes de los derechos más elementales del ser humano ya que —en palabras del prólogo— «resulta difícil imaginar un colectivo más débil, teniendo en cuenta que ni unos ni otros [refiriéndose a los *nascituri* y a los recién nacidos] podrán hacer manifestación alguna más allá del llanto de los segundos».

La obra plantea cuestiones, da soluciones o refleja el complejo estado de la cuestión de modo ágil y claro, desde la reciente normativa que ha afectado frontalmente a la materia y desde las más novedosas resoluciones de los tribunales y de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La amplia bibliografía utilizada y la solvencia en el tratamiento de los temas hacen que esta obra sea no solamente única en el tratamiento de la materia sino que ha venido a colmar una laguna que, a salvo de trabajos sobre aspectos puntuales, estaba huérfana de tratamiento.

Confieso que al acercarme a *La protección jurídico-civil del nasciturus y del recién nacido: derechos, expectativas e intereses* sentí esa desazón que invade al investigador

cuando descubre que su idea está no solo descubierta, sino además trabajada con tanta solvencia y rigor que deja poca posibilidad al aporte de algo de luz. No obstante, la lectura de la obra va poniendo de manifiesto que la ciencia y el derecho están en continuo movimiento y que materias excluidas deliberadamente por la autora por exceder el objeto del trabajo como sucede con el *nasciturus* y el menor como objeto de investigación biomédica, la determinación de la filiación de los hijos fruto de técnicas de reproducción humana asistida o la condición jurídica de los embriones congelados, entre otras cuestiones, constituyen una oportunidad para proseguir con la investigación propia de los derechos de este vulnerable colectivo para lo que esta monografía será un punto de partida imprescindible.

Por último, querido lector, solo resta mi humilde recomendación a que te asomes a una obra magnífica, y la disfrutes con la pasión con la que solo pueden hacer las cosas los niños, para cuya protección el Derecho tiene que desplegar todas sus posibilidades.

C.G.M.