

rjilb

10

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

rjib

10

REVISTA JURÍDICA DE LES ILLES BALEARS

Aplicació del dret, independència i imparcialitat

•

Nul·litat de sentències fermes

•

La retenció en l'I.R.P.F.

•

La mediació judicial

•

La reforma de l'art. 135 de la Constitució

•

Notaris i concurs de creditors

•

Naturalesa dels consells insulars

•

Col·lació i dret successori mallorquí

•

Extinció de la parella de fet

2012

Fundadors de la RJIB

*Govern de les Illes Balears,
Col·legi d'Advocats de les Illes Balears,
Col·legi de Registradors,
Col·legi Notarial,
Universitat de les Illes Balears,
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació*

Entitats patrocinadores

*Consell Insular de Mallorca
Consell Insular d'Eivissa
Consell Insular de Formentera*

Edició, subscripcions i Correspondència

*Fundación Escuela de Práctica del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares
Rambla dels Ducs de Palma, 10
07003 Palma de Mallorca, Illes Balears
Tel.: 971 72 04 71 – Fax: 971 71 92 06 – Email: fepj@icaib.oig*

Director Carlos Gómez Martínez

Consell de redacció..... Regina Vallés Bezares

José Angel Torres Lana

Maria Torres Bonet

Antonio J. Terrassa García

Antonia Perelló Jonquera *

Tomás Mir de la Fuente

Maria Serrano Pozo **

Jeroni Mas Rigo

Calos Jiménez Gallego

María Luisa Ginard Nicolau ***

Marta Enciso Morales

Antoni Canals Prats

Secretari..... Lluís J. Segura Ginard

ISSN: 1697-1272

.....
* Substituí a partir de juliol de 2012 a Martín Aleñar Feliu

** Idem a Avel·lí Blasco Esteve

*** Idem a Fernando Pozuelo Mayordomo

rjib 10

SUMARI

Estudis

| | |
|---|-----|
| Josep Aguiló Regla. <i>Los deberes inherentes a la práctica de la jurisdicción: aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad ..</i> | 5 |
| Antonio J. Terrasa García. <i>Nulidad de las sentencias firmes</i> | 33 |
| Juan Calvo Vérguez. <i>Una aproximación a la naturaleza jurídica de la retención en el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas</i> | 78 |
| Pascual Ortuño Muñoz. <i>Agilización procesal, desjudicialización y mediación</i> | 123 |

Comentaris i notes

| | |
|--|-----|
| José María Lafuente Balle. <i>La reforma constitucional del artículo 135 y la Constitución de Bayona</i> | 150 |
| Carlos Jiménez Gallego. <i>Actuaciones notariales en el concurso de acreedores</i> | 162 |
| Jeroni M. Mas i Rigo. <i>La naturalesa jurídica dels consells insulars segons la jurisprudència</i> | 189 |
| Álvaro Delgado Truyols. <i>¿Existe la colación en el Derecho sucesorio mallorquín?</i> | 206 |

| | |
|--|-----|
| Belén Ferrer Tapia. <i>Extinción de la pareja de hecho: ¿convivencia o cohabitación? (A propósito de la Sentencia del TSJIB 1/2011, de 3 de octubre)</i> | 217 |
|--|-----|

Jurisprudència

| | |
|--|-----|
| CONSTITUCIONAL, per Jaume Munar Fullana | 235 |
| DRET CIVIL BALEAR, per Miquel Masot Miquel | 255 |
| CIVIL, per Carlos Gómez Martínez | 266 |
| PENAL, per Antonio J. Terrasa García | 274 |
| CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, per Fernando Socías Fuster | 288 |
| LABORAL, per Ferran Gomila Mercadal | 298 |

Activitat registral

| | |
|-------------------------------|-----|
| Per Antoni Canals Prats | 313 |
|-------------------------------|-----|

Activitat normativa

| | |
|------------------------------|-----|
| Per Lluís Isern Estela | 321 |
|------------------------------|-----|

Llibres

| | |
|---|-----|
| <i>El dret viscut. 50 anys de la Compilación del Dret civil de les Illes Balears.</i> FERRER, M. ^a P; MASOT, M.; SEGURA, L. J. (coord.), per Catalina Moragues Vidal | 338 |
|---|-----|

| | |
|--|-----|
| <i>Llengua, dret i autonomia.</i> COLOM PASTOR, B., per Jeroni M. Mas i Rigo | 345 |
|--|-----|



LOS DEBERES INTERNOS A LA PRÁCTICA
DE LA JURISDICCIÓN: APLICACIÓN DEL
DERECHO, INDEPENDENCIA
E IMPARCIALIDAD*

Josep Aguiló Regla

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universitat d'Alacant

I. Introducción. II. El poder del juez y el deber del juez. La jurisdicción y sus garantías.
1. El poder del juez (lo que le es posible hacer). 2. El deber del juez (lo que le está permitido hacer). 3. Los deberes del juez y la deslegitimación de la decisión jurisdiccional. III. Aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad. 1. El formalismo legalista. 2. El positivismo normativista. 3. El postpositivismo (constitucionalismo) principialista.

.....

* Este texto reproduce con algunas modificaciones de detalle la ponencia del mismo título que fue presentada en el *IV Congreso Nacional de Jueces de Perú*: «Desafíos de la justicia del siglo XXI», celebrado en Cusco los días 24 a 27 de agosto de 2010.

RESUMEN

El artículo trata de construir la imagen del juez no desde el poder que ejerce (la jurisdicción), sino desde los deberes básicos que guían ese poder (las garantías de la jurisdicción): el deber de aplicar el Derecho (garantía objetiva) y los deberes de independencia y de imparcialidad (garantías subjetivas). A partir de ahí se muestran las asimetrías prácticas y las dependencias conceptuales entre unos y otros deberes.

PALABRAS CLAVE: *Administración de Justicia, juez, deber jurídico, razonamiento jurídico, independencia, imparcialidad, positivismo.*

RESUM

L'article tracta de construir la imatge del jutge no des del poder que exerceix (la jurisdicció), sinó des dels deures bàsics que guien aquest poder (les garanties de la jurisdicció): el deure d'aplicar el dret (garantia objectiva) i el deures d'independència i d'imparcialitat (garanties subjectives). A partir d'aquí es mostren les asimetries pràctiques i les dependències conceptuais entre uns i altres deures.

PARAULES CLAU: *Administració de Justícia, jutge, deure jurídic, raonament jurídic, independència, imparcialitat, positivismo.*

ABSTRACT

The article tries to construct the image of the judge not from the power he exercises (jurisdiction), but from the basic guiding duties of this power (the warranties of jurisdiction): the duty to apply the law (objective warranty) and the duties to be independent and to be impartial (subjective warranties). Later, the article tries to show the practical asymmetries and the conceptual dependences among all these duties.

KEY WORDS: *Administration of Justice, judge, legal duty, legal reasoning, independence, impartiality, positivism.*

I. Introducción

En esta ponencia trataré de construir la imagen del juez no desde el poder que ejerce (la jurisdicción), sino desde el deber que recae sobre él (las garantías de la jurisdicción). Ello nos permitirá aislar los tres deberes en torno a los cuales giran los bienes internos² a la práctica de la jurisdicción: el deber de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad. El deber de aplicar el Derecho coincide con lo que suele llamarse «la garantía objetiva de la jurisdicción» y los deberes de independencia e imparcialidad con «las garantías subjetivas de la jurisdicción». Como se verá, este análisis nos permitirá mostrar dos cosas. Una, que en términos prácticos el incumplimiento de las garantías subjetivas tiene un potencial deslegitimador superior al incumplimiento de la garantía objetiva. Y dos, que en términos conceptuales, las nociones de independencia y de imparcialidad son dependientes de la concepción del Derecho que se tenga.

II. El poder del juez y el deber del juez. La jurisdicción y sus garantías

1. El poder del juez (lo que le es posible hacer)

El juez es la persona que ejerce el poder jurisdiccional del Estado, que consiste en el poder de aplicar el Derecho a los casos concretos resolviendo de

.....

2 La noción de «bienes internos» es común en el lenguaje de la «ética de las virtudes». Escribe MacIntyre que «una virtud es una cualidad humana adquirida, cuya posesión y ejercicio tiende a hacernos capaces de lograr aquellos bienes que son internos a las prácticas y cuya carencia nos impide efectivamente lograr cualquiera de tales bienes [...] los bienes externos son típicamente objeto de una competencia en la que debe haber perdedores y ganadores. Los bienes internos son el resultado de competir en excelencia, pero es típico de ellos que su logro es un bien para toda la comunidad». Vid. MACINTYRE, A. *Tras la virtud* (trad. de A. Valcárcel). Barcelona: Editorial Crítica, 1987, p. 237. El bien interno por excelencia en la práctica de la jurisdicción es, naturalmente, la justicia.

manera definitiva las controversias relativas al cumplimiento de las normas jurídicas. Es evidente que esta definición de juez puede resultar parcial o insuficiente para muchos contextos y/o discursos jurídicos. Pero lo interesante de la misma radica en que caracteriza al juez como el titular de un poder del Estado. Construye la imagen del juez desde el poder, desde lo que le es posible hacer al juez y que nos resulta imposible de hacer a todos los que no somos jueces.³

La importancia de lo anterior radica en que ninguna concepción del Derecho se ha mostrado escéptica hacia el poder de los jueces. Ninguna cree que su poder sea falso, ficticio o imaginario. Todas asumen que a los jueces les es posible producir resultados (realizar acciones tales como dictar sentencias, condenar, absolver, embargar bienes, ordenar alejamientos, etc.) que tienen gran impacto sobre los intereses de las personas y que nos resultan imposibles de producir a los que no somos jueces. El poder de los jueces es, pues, un aspecto de la «realidad» del Derecho que es ineliminable de cualquier análisis y que a nadie le puede pasar inadvertido. Repito, ninguna concepción relevante del Derecho niega este dato de la realidad. De ahí, la extensión de la conciencia de la necesidad de controlar el poder de los jueces.

Ahora bien y hablando de control, sí hay (y ha habido) corrientes de pensamiento jurídico que se han mostrado escépticas hacia el Derecho y su

.....

³ El análisis de la situación institucional o normativa de cualquier autoridad jurídica exige distinguir entre cuáles son sus poderes normativos y cuáles son sus deberes relativos al ejercicio de esos poderes. Es decir, exige distinguir entre «lo que le es *posible* hacer» a esa autoridad (qué resultados institucionales le es posible producir) y «lo que le está *permitido* hacer» (qué resultados institucionales producidos son correctos). Esta distinción es fundamental para poder construir adecuadamente la crítica a la actuación de las autoridades jurídicas. Por ejemplo, en el caso de los jueces resulta evidente que les es *posible* dictar «sentencias ilegales», o absolver al culpable, o condenar al inocente, aunque también lo es que *no les está permitido* hacerlo. Vid. AGUILÓ REGLA, J. *Teoría general de las fuentes del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2000.

capacidad para controlar las conductas. Es decir, corrientes que niegan (o dudan de) la capacidad de las normas jurídicas para guiar (regular) la conducta de los individuos, en general, y de los jueces, en particular; o que niegan que las normas jurídicas puedan suministrar razones para tomar decisiones relativas a su aplicación; o que consideran que el Derecho es radicalmente indeterminado y que, por tanto, nunca o casi nunca, suministra una única respuesta correcta; o que piensan que en la aplicación del Derecho, en realidad, no hay solución, sino pura y simple decisión; o que sostienen que las motivaciones (las argumentaciones) de las decisiones judiciales no son más que meras racionalizaciones a *posteriori*, en forma jurídica, que ocultan los verdaderos factores extrajurídicos que en realidad han provocado la decisión, etc. Desde cualquiera de estos parámetros, es decir, desde el escepticismo radical hacia el Derecho y hacia el método jurídico es realmente difícil hablar de «deberes jurídicos de los jueces». Además, desde estos parámetros, la atribución de valor a la práctica de «aplicar el Derecho» sólo podrá provenir de ver en ella una oportunidad para proteger y/o promocionar bienes que son externos al propio Derecho y a su aplicación. Piénsese, por ejemplo, en las versiones fuertes del instrumentalismo jurídico, o en las corrientes del uso alternativo del Derecho o, más recientemente, en el movimiento de los *Critical Legal Studies*, etc.⁴ Podrá hablarse de «buen juez» o de un modelo de juez pero en un sentido externo al propio Derecho; en el sentido del juez «político», del juez «ingeniero social», del juez «economista», etc. En definitiva, si uno adopta una actitud fuertemente crítica y escéptica hacia el Derecho (hacia la capacidad del Derecho de guiar y controlar la conducta), entonces sólo puede atribuirse sentido y valor a la actividad del juez tomando en consideración bienes externos al propio Derecho.

.....

4 Sobre algunas de estas corrientes véanse las obras de PÉREZ LLEDÓ, J. A. *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*. Lima-Bogotá: Palestra-Temis, 2008; *El movimiento Critical Legal Studies*. Madrid: Tecnos, 1996, y «Teorías críticas del Derecho», en LAPORTA, F.; GARZÓN VALDÉS, E. (coord.). *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 1996.

2. El deber del juez (lo que le está permitido hacer)

Hemos iniciado nuestro análisis partiendo de una definición de juez que ponía el acento en el poder del juez, y, a continuación, hemos apartado de nuestro horizonte aquellas concepciones del Derecho que se muestran fuertemente escépticas hacia la capacidad del Derecho para guiar y controlar las conductas de la gente, en general, y de los jueces, en particular.

Modifiquemos ahora nuestro enfoque. Tratemos de mirar la jurisdicción centrándonos en las «garantías» para los ciudadanos de que los jueces «cumplen» con la función que tienen encomendada. Se trata de mirar ahora no lo que les es posible hacer, sino lo que les está permitido hacer. Los procesalistas suelen distinguir entre lo que llaman garantías objetivas y garantías subjetivas de la jurisdicción. La garantía objetiva principal es la *legalidad* de la decisión jurisdiccional y las garantías subjetivas fundamentales son la *independencia* y la *imparcialidad* del juez. Ahora bien, las garantías no se realizan solas y, en consecuencia, han de configurarse como deberes. La garantía de la legalidad de la decisión se traduce en un deber del juez de tomar decisiones cuyo contenido sea una aplicación correcta del Derecho que preexiste a la decisión; y las garantías de la independencia y de la imparcialidad del juez se traducen en un deber del juez de ser independiente y de ser imparcial.

¿Qué exigen de los jueces los principios de independencia y de imparcialidad? Independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho (actúa conforme al deber, en correspondencia con el deber, su conducta se adapta a lo prescrito, es decir, satisface la garantía objetiva: la legalidad de la decisión) y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra (motivado, movido por el deber). Por decirlo de manera breve, en el ideal (propio de un Estado de Derecho) de un juez independiente e imparcial hay algo muy semejante a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del Derecho: que la explicación y la justificación de la conducta (en nuestro caso, la decisión) coincidan. El ideal de un juez

independiente e imparcial designa a un juez que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber. El cumplimiento del deber es tanto la explicación como la justificación de las decisiones del juez independiente e imparcial; o, dicho de otra forma, los motivos por los que el juez decide (la explicación de la decisión) coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión.⁵ Así pues, la independencia (el deber de independencia) y la imparcialidad (el deber de imparcialidad) responden al mismo tipo de exigencias: tratan de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el Derecho (legalidad de la decisión) y tratan de preservar la credibilidad de las decisiones y de las razones jurídicas. Y para ello pretenden controlar los móviles (los motivos) por los cuáles el juez decide.

Debe quedar claro, pues, que los destinatarios últimos (beneficiarios) de los principios jurídicos de independencia y de imparcialidad de los jueces no son los jueces mismos, sino los ciudadanos y los justiciables. En consecuencia, la independencia y la imparcialidad se configuran principalmente como deberes de los jueces. Todos los jueces tienen el deber de ser independientes y de ser imparciales cuando realizan actos jurisdiccionales. Esto es muy importante porque hay una acusada tendencia a eliminar el aspecto crítico de estos principios y a reducir sus exigencias normativas a los mecanismos destinados a hacer posible y/o facilitar el cumplimiento de esos deberes. El principio de independencia no es reducible jamás a las prohibiciones de asociación, a la inamovilidad, a la remuneración suficiente, al autogobierno de los jueces, al

.....

5 En diversos trabajos me he ocupado extensamente de la interpretación de los principios de independencia y de imparcialidad de los jueces en términos de deberes de los jueces. En este sentido, véanse, AGUILÓ REGLA, J. «Imparcialidad y aplicación de la ley», en *La imparcialidad judicial*. Colección «Estudios de Derecho judicial». Madrid: Ed. Escuela Judicial-Consejo General del Poder Judicial, 2008; «De nuevo sobre “Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica”». *Jueces para la democracia*, núm. 46 (marzo 2003), pp. 43 y ss., e «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica». *Isonomía*, núm. 6 (abril 1997), pp. 71 y ss.

respeto por parte de otros poderes o agentes sociales, etc.; como tampoco el principio de imparcialidad es reducible al no parentesco, la no enemistad o el no interés en el objeto del litigio. Un juez no es independiente simplemente porque esté bien remunerado o sea inamovible, como tampoco es imparcial por el mero hecho de que no sea recusable. Estas reducciones acaban transformando los deberes de independencia y de imparcialidad en una suerte de estatus o privilegio del juez. En consecuencia, una correcta interpretación de los principios de independencia e imparcialidad de los jueces tiene que partir de la imputación de un deber de independencia y un deber de imparcialidad a todos y cada uno de los jueces cuando realizan actos jurisdiccionales.

¿En qué se diferencian, pues, la independencia y la imparcialidad? La independencia, el deber de independencia, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde fuera del proceso jurisdiccional, es decir, provenientes del sistema social en general. Por tanto, el juez debe ser independiente frente a otros jueces, frente a otros poderes del Estado, frente a la prensa, frente a organizaciones sociales (patronales, sindicatos, cofradías, hermandades, etc.), frente a la Iglesia Católica y otros credos religiosos, etc.⁶ La imparcialidad, el deber de imparcialidad, por el contrario, trata de controlar los móviles del juez frente a influencias extrañas al Derecho provenientes desde dentro del propio proceso jurisdiccional. En este sentido, el deber de imparcialidad puede definirse como un deber de independencia frente a las partes en conflicto y/o frente al objeto del litigio. Un juez debe ser independiente respecto del sistema social (no debe someterse —estar sujeto— a personas ni debe cumplir funciones de

.....

⁶ La *independencia* como criterio de legitimación se construye esencialmente en oposición a otros dos criterios de legitimación que corresponden a otros destinatarios dentro del orden jurídico. Me refiero a la *sujeción* (la obediencia debida a los superiores) y a la *representación* (actuar en nombre y en favor de representados). El deber de independencia prohíbe, por un lado, someterse a personas (sólo se está sometido a normas) y, por otro, cumplir funciones de representación de grupos y/o intereses sociales.

representación) y debe ser imparcial (es decir, independiente) respecto de las partes en conflicto y/o el objeto del litigio.⁷

Obviamente, qué es una aplicación correcta del Derecho preexistente (garantía objetiva de la jurisdicción) y qué exigen los principios de independencia y de imparcialidad (garantías subjetivas de la jurisdicción) no es algo que no sea controvertido. Pero eso ahora no es lo interesante. Lo importante es darse cuenta de que en torno a estos tres deberes (el deber de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad) hay que construir lo que podríamos llamar los «bienes internos» relativos a la práctica de la jurisdicción, a la práctica profesional del juez en el Estado de Derecho. Por ello, aunque todos esos deberes pueden resultar controvertidos, pues puede haber dudas respecto de su contenido y su alcance, no pueden ser negados. En el marco del Estado de Derecho, estos tres deberes son «necesarios», definitorios del rol de juez. Quien ejerce la jurisdicción eludiendo

.....

7 Dada la peculiar posición del juez dentro del orden jurídico, que implica que el juez debe resolver los casos con sujeción sólo a normas (independencia) y sin intereses en el proceso (imparcialidad), las exigencias derivadas de ambos principios tienden a confundirse. Sin embargo, una buena manera de mostrar la separación entre ambos principios es darse cuenta de que el deber de independencia puede regir sin que lo haga el de imparcialidad; o, dicho de otra manera, que la independencia como deber es compatible con la imparcialidad. Ese es, por ejemplo, el caso de los abogados. Así, en el preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española puede leerse «La independencia del Abogado resulta tan necesaria como la imparcialidad del juez, dentro de un Estado de Derecho». Reproduzco a continuación algunos incisos del artículo 2 del referido Código relativo a la independencia: «1. La independencia del Abogado es una exigencia del Estado de Derecho y del efectivo derecho de defensa de los ciudadanos, por lo que para el Abogado constituye un derecho y un deber. 2. Para poder asesorar y defender adecuadamente los legítimos intereses de sus clientes, el Abogado tiene el derecho y el deber de preservar su independencia frente a toda clase de injerencias y frente a los intereses propios y ajenos. 3. El abogado deberá preservar su independencia frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o incluso sus propios compañeros o colaboradores [...]».

el Derecho (esto es, no aplicándolo), o sometiéndose a personas o cumpliendo funciones de representación de grupos (es decir, no siendo independiente), o teniendo interés en favorecer a alguna de las partes del proceso o en el propio objeto del litigio (o sea, no siendo imparcial) bien puede decirse que «no es juez» o que «no ejerce de juez».

Esto último, que puede resultar un tanto «chocante», no es más que proyectar sobre la profesión de juez lo que siempre se dijo de las diferentes profesiones; que el profesional no puede disponer de los fines de su profesión, pues respecto de ellos sólo cabe adhesión.⁸ Por ello, si se traicionan los fines de la profesión, entonces simplemente se deja de ser un profesional o de ejercer la profesión en cuestión. Por ejemplo, no hay nada de paradójico en decir que J. R. Mengele, el «médico» y criminal nazi que experimentaba con humanos, no era un médico (o no ejercía la medicina) en el sentido no de que no tuviera la titulación necesaria o de que no ocupara el estatus de médico del campo de concentración, sino en el de que lo que hacía era incompatible con la práctica de la medicina o con el ejercicio de la profesión médica.

Naturalmente, no se trata aquí de enredarse en el uso de las palabras ni de determinar cuál es una buena definición de juez o de médico. Se trata de mostrar que cuando construimos la imagen del juez no desde los poderes (desde lo que le es posible hacer), sino desde los deberes (desde lo que le está permitido hacer), entonces vemos que hay deberes y fines que no son

.....

8 Ello es lo que está en la base del binomio profesión-vocación. Recuérdese, en este sentido, el citadísimo párrafo de Max WEBER: «Es evidente que en la palabra alemana “profesión” (*Beruf*), como quizá más claramente aún en la inglesa *calling*, hay cuando menos una reminiscencia religiosa: la idea de una misión impuesta por Dios»; en WEBER, M. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo* (traducción de L. LEGAZ LACAMBRA). Madrid: Sarpe, 1984, p. 85. En ocasiones, la palabra *Beruf* es traducida directamente por vocación; piénsese, por ejemplo, en las conferencias del mismo WEBER «La política como vocación» (*Politik als Beruf*) o «La ciencia como vocación» (*Wissenschaft als Beruf*). Vid., también, WEBER, M. *El político y el científico* (traducción de F. RUBIO LLORENTE). Madrid: Alianza, 1981. 7ª ed.

disponibles. Obviamente no son disponibles para el juez; pero, y esto es lo importante, no son disponibles en un sentido más profundo: en el Estado de Derecho el deber de aplicar el Derecho, el deber de independencia y el deber de imparcialidad son estrictamente indisponibles; es decir, son intrínsecos y necesarios al rol de juez.

En términos más generales puede decirse que la concepción que se tenga del Derecho (es decir, la concepción de qué es una aplicación correcta del Derecho preexistente a la decisión) acaba determinando la concepción de la independencia y de la imparcialidad de los jueces. En este sentido, hay una cierta prioridad conceptual de la garantía objetiva de la jurisdicción frente a las garantías subjetivas. O dicho de otro modo, la concepción de qué es una correcta aplicación del Derecho (la concepción del Derecho) acaba resultando determinante respecto de la concepción de la independencia y de la imparcialidad de los jueces. Si independiente e imparcial es el juez que aplica el Derecho y que lo hace por las razones que el Derecho le suministra, entonces las nociones de independencia e imparcialidad son conceptualmente dependientes de la concepción del Derecho (y de su aplicación). Por ello, puede decirse que quien es escéptico frente al Derecho lo es también frente a la independencia y la imparcialidad de los jueces. Ahora bien, esto que es así en términos conceptuales se invierte en términos de (des)legitimación: el incumplimiento por parte del juez de las garantías subjetivas de la jurisdicción (de los deberes de independencia e imparcialidad) tiene un mayor potencial deslegitimador de la decisión jurisdiccional que el incumplimiento de la garantía objetiva. Tratemos de ver esto último con cierto detalle.

3. Los deberes del juez y la deslegitimación de la decisión jurisdiccional

La distinción entre garantía objetiva de la jurisdicción (aplicación correcta del Derecho preexistente o legalidad de la decisión) y garantía subjetiva de la jurisdicción (independencia e imparcialidad) implica distinguir entre «el contenido de la decisión» y «los motivos de la decisión». La tesis del superior potencial deslegitimador de los motivos frente a los contenidos se traduce en

esto: una decisión judicial de contenido correcto (aplicación correcta del Derecho preexistente) pero tomada por motivos incorrectos resulta en términos jurídico-normativos totalmente inaceptable. El acierto en la aplicación del Derecho no convalida la incorrección de los motivos, no convierte en autoridad legítima a quien no reúne las condiciones necesarias para serlo. Por el contrario, en términos normativos, el error en la aplicación del Derecho no contamina la corrección de los motivos por los cuáles el juez decidió.

El siguiente cuadro muestra todas las combinaciones posibles en los juicios de corrección/incorrección de «los motivos para decidir» y de «el contenido de la decisión»; así como las reacciones congruentes tanto del aceptante del Derecho como del escéptico hacia el Derecho. Todo ello se explica a continuación.

| CASO. TIPO DE JUEZ | MOTIVOS PARA DECIDIR | CONTENIDO DE LA DECISIÓN | ACEPTANTE. ACTITUD CRÍTICA | ESCÉPTICO. ACTITUD CRÍTICA |
|---|----------------------|--------------------------|---|---|
| A. Independiente e imparcial acertado. (correcto-correcto) | Correctos | Correcto | Aceptación de la decisión | No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección |
| B. Independiente e imparcial equivocado (correcto-incorrecto) | Correctos | Incorrecto | Acatamiento sin aceptación. Crítica interna al contenido de la decisión | No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección |
| C. No independiente y/o parcial pero legal (incorrecto-correcto) | Incorrectos | Correcto | Deslegitimación de la decisión. No ha lugar a la aceptación de la decisión dada la simulación de corrección | No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección |
| No independiente y/o parcial e ilegal (incorrecto-incorrecto) | Incorrectos | Incorrecto | Deslegitimación de la decisión. No ha lugar a la crítica interna del contenido de la decisión | No hay criterios de corrección, sólo simulación de corrección |

Detengámonos brevemente en cada uno de los casos.

El caso del juez «independiente e imparcial acertado» (es decir, correcto-correcto) ilustra la situación en la que, conforme a criterios internos al Derecho, se valora que la decisión que el juez ha tomado es la decisión correcta y, además, se considera que lo ha hecho por los motivos correctos (es decir, porque era su deber). Quien asuma el punto de vista del aceptante (adopte una actitud crítica interna) y considere que éste es el caso, se ve constreñido a aceptar la decisión. El interés de este caso, sin embargo, no radica en determinar cuál es la actitud interna coherente (porque es bastante obvia), sino en que permite mostrar cómo, con independencia de los motivos concretos del juez que decide o del contenido de la decisión tomada, siempre cabe la adopción por parte del observador de una actitud escéptica hacia las decisiones y las argumentaciones judiciales. La actitud escéptica hacia las

normas y las razones jurídicas genera una crítica externa a las decisiones judiciales. Por hipótesis, siempre hay una infinidad de propiedades del juez y/o del caso que pueden suministrar un esquema de interpretación y explicación de la decisión al margen de las razones jurídicas. El género, el origen de clase, la religión, la ideología, la prensa y un largo etcétera pueden utilizarse como base de las explicaciones y de las críticas externas. En este sentido, la crítica externa es siempre posible y, en alguna medida, ineliminable. Ahora bien, este tipo de crítica externa, que es el resultado de una actitud escéptica frente a las normas y las razones jurídicas, desemboca necesariamente en una actitud también escéptica hacia la independencia y la imparcialidad. Por ello, las críticas externas, que son sólo el producto de una actitud escéptica hacia el Derecho en general, en realidad no dicen nada a propósito de la deslegitimación de ninguna decisión en concreto, ni de ningún juez en particular. Como se verá inmediatamente, una cosa es la crítica externa al Derecho y otra, la crítica externa a una decisión en concreto. En efecto, la crítica externa a una decisión concreta que afirma la presencia de un factor de explicación relevante y extraño al Derecho, que habla de los motivos concretos de un juez para decidir en un determinado sentido, en realidad, deja de ser externa para pasar a ser normativa y deslegitimadora. La acusación de simulación de corrección adquiere tintes muy diferentes según sea el producto de una actitud escéptica del observador hacia el Derecho en general o el resultado de una observación sobre un cierto juez y una cierta decisión en concreto.⁹

.....

9 En un muy sugerente trabajo, Andreas SCHEDLER se pregunta «¿Cómo sabemos si nuestros jueces realmente actúan de manera imparcial? ¿Cómo sabemos que llegan a sus decisiones basándose en la ley y nada más que en la ley? [...] A veces confiamos en nuestros jueces y no cuestionamos ni su integridad ni su competencia [...] Sin embargo, en el momento en que empezamos a preguntarnos acerca de los fundamentos legales de las decisiones judiciales, en el momento en que empezamos a dudar de la imparcialidad de los actores judiciales, nos adentramos en un terreno complejo, disputado y frustrante». A partir de ahí,

El segundo caso, que es el del juez «independiente e imparcial equivocado» (correcto-incorreto), resulta idóneo para ilustrar lo que es una típica crítica interna a una decisión judicial. No se cuestionan los motivos por los cuales el juez decidió, se asumen como correctos, pero se critica la decisión tomada. La incorrección de la decisión se atribuye a un error, no a una deficiente o desviada motivación subjetiva del juez. Como cuestión de hecho, es obvio que, desde una perspectiva interna, la magnitud del error puede configurarse como un indicio de haber actuado por motivos incorrectos. Pero, en general, en condiciones normales, la crítica a las decisiones judiciales suele ser interna; se critica la decisión pero no se deslegitima su autoridad: «se acata, pero no se comparte», suele decirse. Igual que en el caso anterior, la crítica externa al Derecho, o meramente escéptica, es siempre posible e ineliminable.

El tercer caso, el del juez «no independiente o parcial pero que decide conforme a la legalidad» (incorrecto-correcto), ilustra lo que es la deslegitimación de una decisión por la deslegitimación de quien la toma. Quien decidió no debió decidir por no reunir las exigencias esenciales para la legitimidad de la jurisdicción. Así vista, la presencia de los motivos correctos es condición necesaria para la aceptación o el acatamiento de la decisión. Desde la perspectiva interna, la creencia de que la decisión fue producida por motivos prohibidos lleva inexorablemente a la consideración de que la «motivación» de la decisión es pura simulación de corrección; es decir, lleva a la misma conclusión del escéptico, pero con la diferencia de que no es el producto de una actitud general frente al Derecho, sino de la interpretación de la concreta conducta de un juez en una ocasión determinada. Sin imparcialidad o sin independencia, la decisión del juez carece de autoridad.

.....
desarrolla y opone las críticas internas a las críticas externas a la imparcialidad judicial. *Vid.* SCHEDLER, A. «Argumentos y observaciones: de críticas internas y externas a la imparcialidad judicial». *Isonomía*, núm. 22 (abril 2005), pp. 65 y ss.

En el último caso, el del juez «no independiente y/o parcial y que además toma una decisión ilegal» (incorrecto-incorrecto), faltan las dos condiciones básicas para la legitimidad de las decisiones jurisdiccionales: independencia e imparcialidad (es decir, motivos correctos), por un lado, y legalidad (es decir, aplicación correcta de la ley), por otro. Aquí ocurre igual que en el caso anterior, la actitud interna hacia el Derecho lleva a realizar una crítica externa al contenido de la decisión, de forma que la argumentación de la decisión se ve como pura simulación de justificación (pura racionalización, en el sentido peyorativo de la expresión).

Antes de abandonar este apartado, conviene realizar algunas observaciones en relación con el cuadro y lo dicho hasta ahora. En mi opinión, el cuadro resulta extraordinariamente útil en términos conceptuales. Sólo separando los juicios de corrección relativos a los motivos del juez para decidir de los juicios de corrección relativos a la aplicación de la ley (legalidad de la decisión), se entienden correctamente las exigencias normativas derivadas de los principios de independencia y de imparcialidad. Los cuatro casos explicados vienen a ser tipos ideales que permiten fijar con claridad las reacciones críticas a las decisiones judiciales. Ahora bien, esta utilidad conceptual no puede servir para ocultar las dificultades de todo tipo que supone emitir los referidos juicios de corrección en casos reales, concretos. Para darse cuenta de estas dificultades es suficiente con reparar en el carácter esencialmente controvertido, tanto de la determinación de la corrección de los motivos por los cuales un juez decide (se trata de una cuestión de prueba de intenciones y de interpretación de conductas), como de la determinación de la corrección de la aplicación del Derecho (la persistencia de las controversias normativas es una de las razones que normalmente se usan para justificar la imposición de una decisión de autoridad).

Quien sea consciente de lo anterior, es decir, del carácter altamente controvertido de los juicios de corrección concretos, que están en la base de las críticas internas a las decisiones de los jueces, comprenderá que hay dos actitudes incompatibles con la eficacia de los principios de independencia y de

imparcialidad. Se trata, por un lado, «del bloqueo corporativo a las críticas por falta de independencia o de imparcialidad» y, por otro, «del uso estratégico (o abuso) de las críticas por falta de independencia o de imparcialidad». El bloqueo corporativo consiste en que, dadas las dificultades para probar que una decisión concreta fue tomada por motivos incorrectos, ante cada crítica por falta de independencia o de imparcialidad se sale en defensa de la «honorabilidad de los jueces», de forma que quedan bloqueadas las críticas genuinas y concretas. El bloqueo corporativo supone negarse a observar a un juez en concreto. Impide criticar a un juez pues se toma siempre como una crítica a la judicatura en su conjunto. La segunda actitud que mina la eficacia de los principios de independencia y de imparcialidad viene a ser la inversa de la corporativa y consiste en el «uso estratégico (o abuso) de las críticas por falta de independencia o de imparcialidad». En efecto, hay que reconocer que los jueces se hallan permanentemente expuestos al uso estratégico (no genuino) de las críticas por falta de independencia y/o de imparcialidad y que, en este sentido, su vulnerabilidad es alta: cualquier factor externo, verosímil y relevante, puede servir para intentar deslegitimar una decisión jurisdiccional tomada por un juez en una ocasión determinada.¹⁰

De lo anterior se sigue una consecuencia práctica muy importante. Un juez consciente de lo que exigen los principios de independencia y de imparcialidad debe procurar, por un lado, evitar generar esquemas de interpretación

.....

10 Recuérdese, por ejemplo, el titular de *El País* de 6 de marzo de 2008, a propósito de la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía en que se reconocía la objeción de conciencia frente a la asignatura «Educación para la Ciudadanía»: «El padre inspira, el hijo juzga». El padre del presidente del Tribunal que admitió la objeción de conciencia frente a esta asignatura era, precisamente, presidente de una asociación que se había mostrado muy beligerante en contra de la referida asignatura. A partir de ahí surge la cuestión clave: ¿se trata de una crítica interna y genuina o de un uso estratégico y abusivo de la crítica? Lo que está claro es que el titular del periódico sostiene que lo que *explica* la decisión es la relación de filiación del juez y no la aplicación del Derecho.

verosímiles que puedan alimentar el uso estratégico de la crítica deslegitimadora y, por otro, evitar los juicios genéricos que bloquean las críticas internas y legítimas. Si bien se considera, tanto las actitudes escépticas hacia la independencia y la imparcialidad («la independencia y la imparcialidad son imposibles»), como las corporativas («la no independencia y la parcialidad son imposibles»), escapan de la actitud normativa que exigen ambos principios.

III. Aplicación del Derecho, independencia e imparcialidad

He sostenido que el incumplimiento de las garantías subjetivas (del deber de independencia y del deber de imparcialidad) tiene un potencial deslegitimador superior al incumplimiento de la garantía objetiva (del deber de aplicar el Derecho). Ello es debido a que, mientras no cabe hablar de error de independencia o de error de imparcialidad, sí tiene sentido hacerlo de error en la aplicación del Derecho. Sin embargo, en términos conceptuales hay una prioridad de la garantía objetiva de la jurisdicción sobre las garantías subjetivas. Ello es debido a que la concepción del Derecho (y de su aplicación) determina la concepción de los deberes de independencia y de imparcialidad de los jueces. A continuación voy a tratar de mostrarlo. En particular, voy a referirme a tres concepciones no escépticas del Derecho: el formalismo legalista, el positivismo normativista y el postpositivismo (o constitucionalismo) principialista.¹¹ Es decir, voy a tratar de mostrar cómo tres concepciones diferentes del Derecho (y de su aplicación) proyectan tres imágenes diferentes del ideal de independencia y de imparcialidad de los jueces.

.....

¹¹ Me he ocupado de la oposición entre el paradigma positivista y el postpositivista en el Capítulo I de mi libro *Sobre Derecho y argumentación*. Palma: Leonard Muntaner, Editor, 2008; también puede consultarse mi trabajo «Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 30 (2007), pp. 665 y ss.

1. El formalismo legalista

Para el formalismo legalista, el Derecho viene a coincidir esencialmente con la ley. El principio de legalidad y/o el imperio de la ley interpretados en su sentido formal constituyen su gran bandera ideológica, son el componente civilizatorio máximo del Derecho. Todo el formalismo legalista bebe del modelo del «Gobierno de las leyes» frente al —en su opinión— vetusto modelo del «Gobierno de los hombres». Sólo las decisiones estrictamente *sub lege* son decisiones legítimas. Ahora bien, este aspecto ideológico es un componente necesario del formalismo legalista, pero no es suficiente para su caracterización. Hay que añadir otras dos tesis centrales: a) el Derecho es completo, es decir, da una solución para cada caso; y b) el Derecho es cerrado, está perfectamente separado de su ambiente (de los otros sistemas normativos). Estas dos tesis del formalismo determinan completamente su concepción de la aplicación del Derecho y, en consecuencia, de la independencia y de la imparcialidad. Si en el Derecho (en la ley) hay una solución para cada caso, la tarea del juez consiste en encontrarla, hallarla. El razonamiento jurídico es exclusivamente subsuntivo y la tarea del juez es de naturaleza esencialmente técnica, teórica y/o cognoscitiva (y, en este sentido, avalorativa). Ello es así porque, entre otras cosas, al ser (estar) cerrado, el Derecho no se abre nunca a la deliberación práctica general, a la razón práctica. En definitiva, para esta concepción aplicar el Derecho consiste en resolver un problema teórico, no en decidir una cuestión práctica. Es lo más parecido a un problema de cálculo: al igual que ocurre con las sumas o las ecuaciones, los problemas jurídicos no se deciden, se resuelven.

De acuerdo con estos planteamientos, el formalismo legalista viene a reducir la independencia al mero sometimiento a la ley (independiente es el juez que no se somete a personas, que toma decisiones estrictamente *sub lege*) y la imparcialidad, a la neutralidad valorativa, a la aplicación neutral de la ley. A partir de ahí, se pueden extraer algunos corolarios:

- a) Independiente es el juez que sólo aplica normas jurídicas, cuyas decisiones son estrictamente *sub lege*; es decir, que no está sujeto a personas, que no representa nada externo al Derecho y que no razona en términos consecuencialistas. El juez independiente mantiene cerrado el Derecho; y sólo es Derecho aquello que tiene su origen en una fuente formal.
- b) Imparcial es el juez que hace una aplicación neutral (avalorativa de la ley), es decir, que no impregna de subjetividad las decisiones que toma.
- c) El juez que abre su razonamiento más allá de la ley (que traiciona la independencia) y/o que realiza valoraciones (que traiciona la neutralidad valorativa), traiciona también la garantía objetiva de la jurisdicción, es decir, el deber de aplicar el Derecho.

Admitido esto, para todo el formalismo legalista las garantías subjetivas de la jurisdicción quedan reducidas a la garantía objetiva. Ello es así porque, en realidad, el formalismo legalista más que portador de un ideal de juez (de cómo deben ser los jueces) es portador de un ideal de regulación jurídica (de cómo deben ser las leyes). El Derecho ideal (el que hace posible una administración de justicia ideal) es aquél en el que la garantía subjetiva de la justicia (el juez independiente e imparcial) queda reducida a la garantía objetiva de la justicia

(legalidad de la decisión).¹² Todo gira en torno a una legalidad sin subjetividad y sin cálculo de consecuencias. Esta concepción del Derecho (y de su aplicación) ha jugado históricamente un papel muy importante en lo que podríamos llamar «la invisibilidad de los jueces» para el sistema jurídico, pues conforme a estos planteamientos, los jueces resultan prácticamente intercambiables entre sí.

2. El positivismo normativista

El positivismo normativista¹³ comparte con el formalismo legalista la idea de que la mayor parte de las funciones civilizatorias que el Derecho puede cumplir (funciones de certeza y de estabilización de expectativas) están vinculadas a la noción de regla jurídica. El positivismo normativista comparte, pues, con dicha corriente el ideal del «Gobierno de las leyes» (en el sentido de reglas). Ahora bien, se diferencia del formalismo en dos aspectos esenciales. El primero, es la idea de complejidad del Derecho. El Derecho es un fenómeno social muy complejo de naturaleza convencional. En el Derecho todo es convención, pero no todo responde a estructuras formales. El segundo aspecto es que, si bien es cierto que el Derecho es limitado (esto es, acaba donde acaba la convención),

.....

12 Con gran frecuencia se remite el ideal del «juez imparcial» al ideal de la «ley precisa», confundiendo, me parece, las exigencias de legalidad con las de imparcialidad. En este sentido, por ejemplo, escribe FERRERES: «Sólo si la ley es precisa puede el Parlamento “transmitir” al juez imparcialidad. El juez podrá ser imparcial sólo si resuelve el caso con arreglo a un criterio preexistente, elaborado en otro lugar, en tiempo no litigioso. Si la ley es imprecisa, en cambio, se abre un espacio de poder para el juez, y existe entonces el riesgo de que el juez, al concretar la ley en una dirección en lugar de otra, lo haga para beneficiar o perjudicar a una de las partes». FERRERES COMELLA, V. *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*. Madrid: Civitas, 2002, pp. 52 y 53.

13 Herbert HART es el autor más representativo de esta concepción del Derecho. *Vid.* su obra *El concepto de Derecho* (trad. de G. R. CARRIÓ). México: Editora Nacional, 1980 (reimpresión).

también lo es que está (necesariamente) abierto, en el sentido de que no da (y no es posible que dé) una solución para cada caso (piénsese, por ejemplo, en la tesis de la textura abierta del lenguaje de las reglas). En este sentido, el positivismo normativista viene a representar un legalismo que ha asumido las críticas que la filosofía analítica de los lenguajes naturales ha dirigido a propósito de las posibilidades (y/o las dificultades) de la comunicación. Para el positivismo normativista, el razonamiento jurídico es también esencialmente subsuntivo; pero, a diferencia del formalismo, sostiene que, además de casos regulados (resueltos), en el Derecho hay también casos no regulados (no resueltos). Es decir, sostiene que en el Derecho hay claridad pero también indeterminación.¹⁴

Pues bien, en este marco ¿cómo quedan la independencia y la imparcialidad? Para captar la naturaleza de las operaciones implicadas en la aplicación del Derecho es necesario, para esta concepción, distinguir entre *casos regulados* (resueltos por las reglas jurídicas) y *casos no regulados* (no resueltos por las reglas). Para el positivismo normativista, el esclarecimiento del ideal de un juez independiente e imparcial exige distinguir estas dos situaciones: a) Cuando el caso está regulado, resuelto por el sistema de reglas, el ideal de un juez independiente e imparcial expresa un ideal jurídico: independiente es el juez que se somete sólo a la ley e imparcial el que la aplica

.....

14 En España quien mejor representa esta línea de pensamiento es, en mi opinión, Francisco LAPORTA, quien ha publicado recientemente un libro imprescindible sobre el ideal del imperio de la ley. En él se puede leer: «Pero mis exploraciones no suponen que el ideal regulativo del imperio de la ley sea por eso un valor exhaustivo, que suministre siempre soluciones idóneas, que presente al derecho como un todo completo y coherente que disponga siempre de una respuesta ajustada a derecho. El imperio de la ley no es capaz por sí solo de satisfacer todas las demandas de juridicidad o de justicia. Tiene precisamente unos límites que pueden formularse negativamente. En primer lugar, no siempre el Derecho suministra una respuesta jurídica al caso [...] Entonces el juez se ve forzado a crear derecho ex nihilo [...]», en LAPORTA F. J. El imperio de la ley. Una visión actual. Madrid: Ed. Trotta, 2007, p. 218.

con neutralidad.¹⁵ En esto su planteamiento se parece mucho al formalismo; b) Ahora bien, cuando el caso no está regulado, es decir, no está resuelto por el sistema de reglas, la independencia y la imparcialidad de los jueces se convierten en ideales extrajurídicos por la sencilla razón de que el Derecho es indeterminado. Ello es así porque, según el positivismo normativista, el Derecho sólo alcanza hasta donde alcanza la convención vigente. Todo lo que está más allá de la convención vigente no es Derecho o es indeterminación. Y, en este sentido, es el ámbito propio de la discrecionalidad judicial entendida como libertad (tesis positivista de la discrecionalidad). Imaginemos que un juez se encuentra ante un caso no resuelto por las reglas jurídicas; por ejemplo, porque conforme a los estándares interpretativos vigentes, las reglas permiten tres soluciones distintas. La solución que finalmente «elige» el juez está, por definición, más allá de lo que el Derecho exige. Luego, si ello es así, la explicación de la decisión tomada (de la elección realizada) tendrá que incluir, por un lado, componentes que están más allá de la aplicación de la ley (de lo estrictamente *sub lege*) desvinculándose del ideal jurídico de la independencia del juez y, por otro, componentes de subjetividad del juez (de sus preferencias) desvinculándose del ideal jurídico de la imparcialidad, de la aplicación neutral del Derecho.

De todo lo dicho, pueden extraerse algunos corolarios:

.....

15 Un trabajo que refleja perfectamente estos planteamientos es NAVARRO, P. E. «La aplicación neutral de conceptos valorativos», en COMANDUCCI, P.; GUASTINI, R. (ed.). *Analisi e diritto 2007*. Turín: G. Giappichelli editor, pp. 39 y ss. Pablo E. NAVARRO, siguiendo a Carlos ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, sostiene que el uso y la aplicación de conceptos valorativos no implica realizar valoraciones, puesto que en la medida en que exista una convención pueden ser usados descriptivamente, y que, en consecuencia, cabe su aplicación neutral. Así, puede leerse: «[...] cuando un juez aplica un concepto valorativo no es necesario que use ese predicado para imponer sus propias valoraciones en una determinada situación, sino que puede intentar determinar a qué cosas se refieren los miembros de su comunidad mediante esos conceptos» (p. 42).

- a) El juez independiente es necesario para garantizar la objetividad en la aplicación de la ley, cuando ésta es posible (cuando es posible actuar *sub lege*). Ahora bien, ante un caso no resuelto por el sistema de reglas, el juez tiene discrecionalidad, por eso muchos autores han considerado que, en ausencia de reglas, la independencia significa libertad. En este sentido, puede decirse que la independencia del juez deja de expresar un ideal jurídico de juez, pues no se ve cómo una libertad del juez puede operar como una garantía para los ciudadanos.
- b) El juez imparcial (neutral) es necesario para garantizar la objetividad en la aplicación de la ley, cuando ésta es posible. Ahora bien, ante un caso no resuelto por las reglas jurídicas, es decir, un caso en el que no puede hablarse de aplicación neutral de la ley, la imparcialidad deja de expresar un ideal jurídico de juez. Cualquier decisión que tome el juez estará impregnada de subjetividad.
- c) Para esta concepción del Derecho, los ideales jurídicos de la independencia y de la imparcialidad son dependientes de la idea de regla jurídica.¹⁶

.....

16 Escribe FERRAJOLI: «Precisamente, el derecho es un universo lingüístico *artificial* que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio», en FERRAJOLI, L. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1995, p. 70.

3. El postpositivismo (constitucionalismo) principialista

El postpositivismo principialista¹⁷ sostiene que en el Derecho no sólo hay reglas —normas jurídicas que excluyen la deliberación práctica— sino que también hay principios. Los principios son un tipo de normas que dotan de un sentido protector y/o promocional de ciertos bienes a las reglas y cuya aplicación, a diferencia de lo que ocurre éstas, exige siempre deliberación práctica. Por tanto, además de subsunción, la aplicación del Derecho exige «ponderación»; y ésta es una operación esencialmente valorativa, práctica. Por otro lado, conforme a esta concepción, el Derecho no debe ser visto sólo como un conjunto o un sistema de normas; es también una «práctica social» que no se entiende en toda su dimensión si se la reduce a lo que sería su puro aspecto externo o convencional. Participar en una práctica no es sólo reproducir una conducta ya pautada, es también desarrollarla coherentemente cuando la convención resulta, en algún sentido, insuficiente. Por tanto, el Derecho no es algo que simplemente está ahí, objetivado fuera de los sujetos con unos perfiles nítidos y acabados. La idea de coherencia normativa, que es central en todo el postpositivismo, va perfilando los límites de lo jurídico a medida que es necesario, entre otras cosas porque «el razonamiento jurídico es un caso especial del razonamiento práctico general».¹⁸ En consecuencia, para el postpositivismo, la distinción relevante ya no es la que opone *caso regulado* (resuelto por las reglas) a *caso no regulado* (no resuelto por las reglas), sino la que opone *caso fácil* a *caso difícil*. Un caso es fácil cuando la solución es el

.....

17 El autor más representativo de esta corriente de pensamiento jurídico es Ronald DWORKIN. Vid. sus trabajos *Los derechos en serio* (traducción de M. GUASTAVINO; estudio preliminar de A. CALSAMIGLIA). Barcelona: Ariel, 1984; *A Matter of Principles*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, y *Law's Empire*. Londres: Fontana, 1986.

18 Vid. ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica* (traducción de M. ATIENZA e I. ESPEJO). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

resultado de aplicar una regla del sistema y dicha solución es consistente (lógicamente compatible) con las otras reglas del sistema y coherente (valorativamente compatible) con los principios del sistema. Por el contrario, un caso es difícil cuando la solución no proviene directamente de la aplicación de una regla del sistema, sino que hay que encontrarla como la respuesta a una cuestión práctica que requiere desplegar una intensa actividad deliberativa y justificativa. Un caso fácil no exige deliberación, sino simple aplicación de la regla (*juris-dictio*, decir el Derecho para el caso). Un caso difícil exige deliberación práctica (*juris-prudentia*, ponderar el Derecho para el caso). Desde esta concepción, la discrecionalidad del juez, o del aplicador en general, no se concibe ya como libertad de elección entre las opciones permitidas, sino más bien en el sentido de responsabilidad, de ese tipo especial de deberes que llamamos responsabilidades.¹⁹

Con este bagaje, ¿cómo quedan la independencia y la imparcialidad? Aquí, para finalizar ya, simplemente voy a sugerir tres ideas que, en mi opinión, resultan esenciales.

La primera es que, para el postpositivismo, los predicados «independencia» e «imparcialidad» vuelven a concebirse plenamente como relativos a los sujetos llamados a aplicar la ley o a deliberar sobre la solución del caso. No se predicán ya de los resultados de la aplicación de la ley o de la solución. El juez es el que debe ser independiente e imparcial, no tanto la aplicación de la ley. En consecuencia, se recuperan la independencia y la imparcialidad como genuinas garantías subjetivas de la administración de justicia.

La segunda idea a destacar es que, conforme al postpositivismo, no cabe en absoluto reducir todo el Derecho a la ley (o, en términos teóricos, todo el Derecho a las reglas jurídicas). Por tanto, no cabe tampoco ver la aplicación del

.....
 19 Véase LIFANTE VIDAL, I. «Dos conceptos de discrecionalidad jurídica». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 25 (2002), pp. 424 y ss.

Derecho como si fuera una cuestión eminentemente teórica y/o avalorativa. En el Derecho hay reglas y, en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero hay también principios; y guiarse por (o aplicar) principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo y que, además, es siempre valorativo.²⁰ Ahora bien, lo realmente significativo es la consideración de que la ponderación de principios es una operación más básica que la subsunción. Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad que las ha dictado, sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por la autoridad edictora. Ello supone que la dimensión valorativa y justificativa del Derecho adquiere una relevancia fundamental.²¹ La diferencia más importante en relación con las anteriores formas de entender el Derecho radica en la consideración de que ser leal a las reglas no es serlo sólo a su expresión (porque las reglas no son sólo manifestaciones de voluntad de la autoridad edictora), sino serlo a sus razones subyacentes, al balance de principios que las reglas pretenden reflejar (es decir, a sus propósitos protectores y/o promocionales de derechos). La lealtad a las reglas, y a su expresión, es un componente de la lealtad al Derecho, pero el Derecho está compuesto por principios y por reglas. Por ello, incluso la máxima lealtad a las reglas presupone la realización de valoraciones.²²

20 Sobre la distinción entre la subsunción, la adecuación y la ponderación como razonamientos jurídicos, véase ATIENZA, M. *El Derecho como argumentación*. Barcelona: Ariel, 2006.

21 AGUILÓ REGLA, J.; ATIENZA, M.; RUIZ MANERO, J. *Fragmentos para una teoría de la Constitución*. Madrid: lustel, 2007, pp. 17 y ss.

22 En este sentido, el art. 40 del Código Iberoamericano de Ética Judicial dice: «El juez debe sentirse vinculado no sólo por el texto de las normas vigentes, sino también por las razones en las que ellas se fundamentan».

Por último, la tercera idea que hay que anotar es que, al igual que ocurría con el formalismo, el ideal jurídico de un juez independiente e imparcial es coherente con el ideal de la única respuesta para cada caso. Hemos dicho que el ideal de un juez independiente e imparcial alude a un juez en quien la explicación y la justificación de la decisión coinciden; es decir, un juez en quien los motivos por los que decide coinciden con la motivación (la justificación) de la decisión. O lo que es lo mismo, aunque dicho de otra manera: que no tiene más motivos para decidir que aquello que lo justifica. Si ello es así, entonces el ideal de un juez independiente e imparcial presupone el ideal de que es posible encontrar en el Derecho una solución para cada caso. La diferencia entre el postpositivismo y el formalismo radica en que, mientras que éste último construye la aplicación del Derecho como una cuestión teórica no comprometida en términos prácticos y/o valorativos (es decir, neutral), el postpositivismo la construye como una cuestión eminentemente práctica y valorativa.



NULIDAD DE LAS SENTENCIAS FIRMES

Antonio José Terrasa García

President del TSJIB

I. Justicia y seguridad jurídica: elementos esenciales del proceso. II. La paradójica y oscilante evolución del sistema. 1. *La aparente reducción de los motivos de nulidad.* 2. *La simplificación de los trámites de nulidad.* 3. *La expansión del principio de absorción de la validez en la impugnación mediante los recursos.* 4. *La correlativa eliminación del procedimiento incidental de nulidad.* 5. *El punto de inflexión actual: predominio del control mediante los recursos, mantenimiento de un incidente de nulidad comprimido y oscura referencia a los demás medios.* **III. El incidente de nulidad tras la sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso.** 1. *La Ley 34/1984, que reformó la LEC y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.* 2. *La STC 110/1988, de 8 de julio.* 3. *La STC 185/1990, de 15 de noviembre.* 4. *La Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, que reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial.* 5. *La Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, que volvió a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial.* 6. *La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.* 7. *La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.* 8. *La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma la Ley Orgánica del Poder Judicial.* 9. *La Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial.* **IV. El perfil del incidente de nulidad tras la resolución que ponga fin al proceso.** 1. *Carácter excepcional.* 2. *Principio dispositivo.* 3. *Ámbito limitado.* 4. *Nueva proyección.* 5. *Controvertida naturaleza.* 6. *Posible alcance.*

RESUMEN

El incidente excepcional de nulidad para las sentencias firmes es fruto de un largo y delicado ajuste institucional en pos de una proporción más adecuada entre la justicia como valor y la seguridad jurídica como principio. Desde la modificación de su regulación en 2007, corresponde a los órganos jurisdiccionales depurar lesiones sobre el núcleo duro de los derechos fundamentales (art. 53.2 CE), de modo que el ámbito de este incidente excepcional se ha extendido más allá de la regularidad procesal, potenciando que los motivos de la nulidad descansen en razones de justicia material.

PLABRAS CLAVE: *Administración de Justicia, actos procesales, sentencia, incidente de nulidad, recursos, seguridad jurídica, derecho a la tutela judicial efectiva.*

RESUM

L'incident excepcional de nul·litat per a les sentències fermes és fruit d'un ajust institucional llarg i delicat en favor d'una proporció més adequada entre la justícia com a valor i la seguretat jurídica com a principi. Des de la modificació de la seva regulació en 2007, correspon als òrgans jurisdiccionals depurar lesions sobre el nucli dur dels drets fonamentals (art. 53.2 CE), de manera que l'àmbit d'aquest incident excepcional s'ha estès més enllà de la regularitat processal, potenciant que els motius de la nul·litat descansin en raons de justícia material.

PARAULES CLAU: *Administració de Justícia, actes processals, sentència, incident de nul·litat, recursos, seguretat jurídica, dret a la tutela judicial efectiva.*

ABSTRACT

The exceptional incident of nullity for final judgments is the fruit of a lengthy and delicate institutional adjustment in pursuit of a more adequate proportion between justice as a value and legal certainty as a principle. Since the modification of its regulation in 2007, it corresponds to the courts to determine infringements with regard to the hard core of fundamental rights (article 53.2 of the Spanish Constitution), in such a way that the scope of this exceptional incident has extended beyond that of procedural regularity, favouring that the grounds of the nullity rest in reasons of material justice.

KEY WORDS: *Administration of Justice, procedural acts, judgment, incident of nullity, appeals, legal certainty, effective protection of the Court.*

I. Justicia y seguridad jurídica: elementos esenciales del proceso

El carácter general que incumbe a estas consideraciones sobre el tradicionalmente conocido como «incidente de nulidad» espero que justifique o al menos explique el trazo grueso de las líneas que siguen, así como una primera referencia en torno a su marco de desenvolvimiento institucional.

«Justicia» y «seguridad jurídica», indisolublemente inherentes a las finalidades del proceso, son elementos esenciales que animan, más que tiñen, todo el ámbito relacionado con la validez y la ineficacia procesal, haciéndolo además de modo natural puesto que la nulidad de los actos procesales constituye uno de los límites con que perfilar, aunque en negativo frente a la cosa juzgada, la idea misma sobre el proceso y su finalidad, y en concreto la noción de un proceso justo, sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

Aunque con frecuencia «Justicia» y «seguridad jurídica» han sido erigidos elementos diferenciales entre las diversas concepciones de la nulidad

procesal,²³ lo cierto es que operan como un binomio inescindible, de cuya desigual composición dimana un precipitado inestable que —como tal— caracteriza el tratamiento de la nulidad procesal. Esta materia se debate permanentemente en el inacabado esfuerzo por preservar «la deseable armonización de ambas naturalezas»,²⁴ exigente de un delicado equilibrio que, a mi juicio, no pasa exactamente por enervar la preeminencia de un componente sobre el otro, ya que en nuestro ordenamiento jurídico la Justicia es un valor superior y la seguridad jurídica un principio informante, sino por asignar al conjunto la adecuada proporción entre uno y otro ingrediente para que, respetando su diferente naturaleza y conservando ambos su genuidad, la simbiosis proporcione una razonable eficacia en orden a la finalidad que el proceso debe cumplir.

La preservación de ese delicado equilibrio responde a una voluntad empeñada en conciliar valores absolutos con exigencias derivadas de las limitaciones humanas, componentes desiguales tanto por naturaleza como por dimensión, pues la Justicia constituye un valor absoluto de perfección ideal que sólo puede perseguirse con entusiasmo, frente al que la seguridad jurídica aparece como principio que exige habilidad para lograr «ese punto medio entre la seguridad jurídica [...] y la necesidad de establecer alguna excepción [...] para evitar que se consoliden [...] situaciones injustas»,²⁵ lo que ha obligado a

.....

23 Sobre las concepciones de la nulidad como sanción (sea por vicio intrínseco del acto carente de requisitos, sea por contrariedad a la norma que impone la nulidad) y la nulidad como instrumento procesal extrínseco al acto (valorando la adecuación o infidelidad del acto a la norma), véase LOURIDO RICO, A. M.^a *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*. Granada: Comares, 2002. pp. 20 a 29.

24 MARTÍN DE LA LEONA, J. M.^a *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid: Colex, 1991, p. 114.

25 GARCIMARTÍN MONTERO, R. *El incidente de nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Madrid: Civitas, 2002. p. 51.

ir reaccionando —mediante reiterados acomodos del sistema— para atemperar más o menos cuidadosamente los dos instrumentos reguladores: cosa juzgada y nulidad, «cuyo funcionamiento dependerá de lo que establezca la normativa que lo regula y no de tesis preconcebidas y absolutas al respecto».²⁶

II. La paradójica y oscilante evolución del sistema

1. La aparente reducción de los motivos de nulidad

El instrumento para el control de la regularidad procesal, constituido por los motivos determinantes de la nulidad, comunica una sensación de reducción constante por haber ido disminuyendo —gradualmente— toda una constelación de preceptos aislados que, de manera puntual para cada trámite específico, venían imponiendo la nulidad derivable de las infracciones procesales señaladas. Una pléyade que paulatinamente ha ido encogiéndose frente al predominio de un reducido número de preceptos sistemáticamente agrupados bajo la rúbrica que designa la materia (nulidad de actuaciones), que ahora actúan a modo de núcleo aglutinante frente a la anterior dispersión y profusión.

Primera sensación que, pese a todo, puede ser engañosa si se considera que, por el contrario, la capacidad de control se ha ido ensanchando, en el sentido de que la nulidad ya no se somete ni se sujeta a la pura inobservancia o el simple incumplimiento de fórmulas concretas o formalidades más o menos exactas conforme a las que deba desarrollarse cada acto o trámite, sino que se amplía conceptualmente por sujetarse a principios y criterios generales, que responden a un sustrato jurídico más sustancial que formalista, y que resulta común para las distintas actuaciones en lugar de particularizarse en contemplación a si cada trámite específico completa o no la secuencia procesal prevista formalmente.

.....
²⁶ LOURIDO RICO, A. M.^a, *op. cit.*, p. 3.

La Declaración de Derechos de Virginia (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa (1789) diseñaron una separación de poderes donde el Juez era simple boca de la Ley²⁷ que por erigirse en «expresión de la voluntad general» restaba todo margen a la interpretación y sólo toleraba la aplicación directa de su letra por igual para todos frente a la arbitrariedad y privilegios del antiguo régimen, imponiéndose consecuentemente un sistema de taxatividad o tipicidad orientado a asegurar el predominio de la Ley (en detrimento de la decisión judicial) que supeditaba todo posible control de la regularidad procesal a la previsión estricta desde el mismo texto legal: «Pero esta severa regulación de las nulidades contenía dos grandes defectos fruto de su propia rigidez; en primer lugar que el principio “pas de nullité sans texte” supone, necesariamente, que los preceptos del código procesal [...] han de contener minuciosamente indicados todos y cada uno de los casos en que la violación dará lugar a la nulidad; [...] El segundo defecto, este aún más grave si cabe, tenía su origen en el carácter automático con que se producía la declaración de las nulidades previstas...».²⁸

Por el contrario, hoy en día, la utilización del mecanicismo proporcionado por el tradicional silogismo subsuntivo resulta insuficiente para llevar a cabo la interpretación y aplicación del Derecho, puesto que la multiplicidad de ámbitos competenciales legislativos, la superabundancia de normas, su raudomutación, y en suma lo que en ocasiones se ha designado como «*trepidatio*», junto con la denominada constitucionalización de determinados espacios jurídicos, tornan más que problemática la esfera de la interpretación de las normas, obligan a establecer escalas de relevancia entre ellas, a introducir parámetros de interpretación conforme a principios generales del Derecho y valores superiores del Ordenamiento Jurídico, y exigen operar ahora

27 «*La bouche qui prononce les paroles de la loi*».

28 MARTÍN DE LA LEONA, J. M.^a, *op. cit.*, p. 116.

frecuentemente en base a criterios de racionalidad, proporcionalidad o ponderación, que son de índole valorativa y responden decididamente mal al puro mecanicismo subsuntivo.

Ello cobra especial relevancia en relación con la garantía de los derechos y libertades, asignada al Juez no sólo en su relación específica con el proceso por consagración en el art. 24 de la Constitución Española (CE) del derecho a obtener una tutela judicial que sea efectiva, sino también con carácter reforzado respecto al núcleo duro de los derechos fundamentales previstos en el art. 53 CE mediante un procedimiento especial preferente y sumario, a cuya protección se dirige también ahora el incidente de nulidad *post sententiam*; de modo que el Juez actúa también en esta materia como garante de los derechos y libertades fundamentales, planteando o controlando la constitucionalidad de alguna norma, determinando la preponderancia entre diversos derechos constitucionales en conflicto, o resolviendo en base a principios y valores constitucionales.

En consonancia con lo anterior, la evolución de los motivos que permiten declarar la nulidad de los actos procesales afianza el tránsito desde lo tópico hasta lo axiomático del sistema establecido para el control de la regularidad procesal, ahondando en la superación del método tradicional que mediante preceptos concretos (para cada acto o trámite) declaraban la nulidad como sanción por incumplimiento de las «formalidades» prescritas, y que paulatinamente se ha ido sustituyendo por la formulación de motivos generales (para cualquier actuación o trámite) basados en la lesión de «derechos» fundamentales, sin perjuicio de poder completarse mediante previsiones legales individualizadas de nulidad por razones concretas.

Por ello no sólo «se comprende que los derechos fundamentales, como los principios generales del Derecho, operen como el principal sustrato de

certidumbre del sistema jurídico»,²⁹ sino que también con ello se explica que, como primer principio fundamental, el sistema tienda a perseguir eminentemente el valor superior de la Justicia mediante lo que desde la formulación constitucional se consagra como la debida prestación de una tutela judicial que sea efectiva, es decir, apta para satisfacer las aspiraciones de justicia material, a la que como objetivo o finalidad primordial se supeditan instrumentalmente las formas del proceso,³⁰ concebidas como garantía de cumplimiento de aquella finalidad que es atribuida a cada uno de sus actos, para evitar que deje de darse respuesta al derecho material; lo que en absoluto se identifica con una mecánica rituarial ni con simples formalismos, pues carecen de entidad o de sustancialidad cuando resultan inconducentes a la finalidad propuesta. De este modo ha llegado a decirse que «la nulidad no es un modo de ser del acto, sino una valoración de discordancia del acto con la norma»³¹ y en consecuencia sus motivos determinantes han de arrancar necesariamente de vicios esenciales, es decir, de los sustancialmente incompatibles con la finalidad del acto afectado; lo cual es paradójico, puesto que ese criterio del cumplimiento o consecución de la finalidad (*// raggiungimento dello scopo*) prevista para cada acto procesal, en realidad «amplía y racionaliza, de esta forma, el estrecho marco que impone»³²

.....

29 REMÓN PEÑALVER, J. «La lucha por la seguridad jurídica». *La Ley*, Año XXVII, núm. 6.642 (1 de febrero de 2007).

30 Sobre el concepto de forma (instrumentalidad y garantía) y su diferencia con el formalismo, en relación con la función subsanadora y conservadora, *vid.* BONET NAVARRO, Á. «Subsanación de defectos procesales y conservación de los actos del proceso», en *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 345 a 408.

31 PÉRES-CRUZ MARTÍN, A.J. Prólogo a LOURIDO RICO. A. M^a. *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal*, *cit.*, p. XXI.

32 MARTÍN DE LA LEONA, J. M.^a, *op. cit.*, p. 179.

(imponía antes con carácter general y ahora de manera puramente residual) el principio de taxatividad o tipicidad.

Así resulta que el sistema general al que responde la nulidad de los actos procesales, del cual forma parte el incidente de nulidad contra la resolución que ponga fin al proceso, puede considerarse actualmente sujeto a las siguientes prescripciones:³³

- a) Preeminencia del favorecimiento del proceso, que actúa a modo de principio dilucidante.
- b) Anulación exclusiva de las infracciones que afecten de manera efectiva o sustancial a la dispensación de tutela judicial, pero no las meras irregularidades intrascendentes.
- c) Concurriendo lesiones efectivas, procedencia de la subsanación (antes que la declaración de nulidad) de los actos viciados cuando sea posible, siendo en general subsanables los actos de parte (art. 243.3 y.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y art. 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y asimismo las actuaciones extemporáneas en determinadas condiciones (art. 242 LOPJ y art. 229 LEC).
- d) Sólo cuando no resulte posible subsanar procederá la anulación de las infracciones auténticamente impeditivas de que la tutela judicial sea efectiva (arts. 238 a 241 LOPJ y arts. 225 a 228 LEC).
- e) Sin perjuicio además del carácter limitado que corresponde a la anulación, puesto que prevalece la conservación total o parcial del acto

.....

³³ Ilustrativos y acabados análisis sobre la gradación sistemática de los principios de conservación, subsanación y nulidad, pueden consultarse en BONET NAVARRO, Á., *op. cit.*, y en ANDRÉS CIURANA, B. «Nulidad de actuaciones y sentencia firme: la reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial». *La Ley*, Año XX, núm. 4.709 (11 de enero de 1999).

cuando quepa independización de lo no afectado por el vicio, siempre que lo conservable tenga entidad bastante para satisfacer la finalidad procesal (art. 243.1 y 2 LOPJ y art. 230 LEC).

2. La simplificación de los trámites de nulidad

El cauce, es decir, los trámites mediante los que administrar los motivos de nulidad parecen ir reduciéndose a fin de que el proceso alcance y consolide su resultado definitivo (cosa juzgada) con las mínimas interferencias e impedimentos, merced a una sistematización reductiva de los momentos aptos para verificar dicho control, más una simplificación creciente de los trámites con que sustanciarlo.

Pero en realidad no tendrían por qué considerarse efectivamente disminuidas las capacidades de control, sino racionalizadas en pos de un equilibrio más adecuado, que se alcanza fomentando las posibilidades de anulación a partir de los recursos ordinarios, y restringiendo al máximo los entorpecedores incidentes pendiente el proceso, aparte de mantenerse los recursos extraordinarios y otros medios excepcionales como el incidente de nulidad *post sententiam*.

«La sustantivización de las garantías procesales, su conversión en derechos fundamentales, las somete a un privilegiado régimen de protección, establecido en el art. 53 del propio texto constitucional. Si a ello se añade el especialísimo régimen de protección derivado del Derecho Internacional (Convenio Europeo de Derechos Humanos), la conclusión puede parecer evidente: los instrumentos de tutela de las partes frente a los vicios de nulidad procesal son muy notables».³⁴

.....

34 GARNICA MARTÍN, J. F. «Nulidad procesal sin recurso: nuevas reflexiones sobre un problema crítico de nuestro proceso». *La Ley*, Año XIV, núm. 3.395 (19 de noviembre de 1993), p. 3.

Estos trámites o procedimientos, tradicionalmente diseñados para examinar y decidir acerca de la regularidad procesal, se han venido soportando históricamente sobre dos pilares fundamentales, aunque nunca exclusivos, ligados por una correlación oscilante: la expansión del principio de absorción de la validez en la impugnación y la contracción del procedimiento incidental de nulidad.

3. La expansión del principio de absorción de la validez en la impugnación mediante los recursos

En el Derecho romano la depuración conducía a una declaración de inexistencia, siendo ineludible tener que atacarla desde un íntegro nuevo proceso, no sujeto a trámites especiales; ya el proceso correspondiente al Derecho común romano-germánico distinguió entre *querella iniquitatis* (por vicio *in iudicando* de derecho o de hecho) y la *querella nullitatis* por vicio *in procedendo* (defectos de actividad) con el efecto de tener que repetirse el procedimiento (*iudicium rescindens*).

Pero el propio Derecho común conoció un doble régimen para la declaración de nulidad. La *querella nullitatis* proporcionaba un cauce estrictamente destinado a purgar los vicios de procedimiento, aunque con ineludible repetición del procedimiento afectado (dado su efecto puramente rescisorio), si bien la nulidad podía obtenerse también mediante el recurso de apelación, que proporcionaba una nueva sentencia sin repetición del procedimiento viciado, abriéndose nuevos horizontes a partir de la conjugación (durante el siglo XIX) de la *querella nullitatis* y el recurso de apelación. Es a partir de la LEC de 1855 cuando en nuestro Derecho puede ya distinguirse la presencia de «verdaderos recursos —contra resoluciones— al lado de artículos o incidentes, para reclamar la nulidad de actos procesales»,³⁵ ganando terreno la fórmula de

.....
35 VERGE GRAU, J. *La nulidad de actuaciones*. Barcelona: Librería Bosch, 1987, p. 181.

absorción de la validez en la impugnación hasta su implantación generalizada y ahora cauce primordial dentro del sistema, cuya paulatina expansión puede responder al deseo de insuflar una proporción adecuada al control de la regularidad procesal (nulidad frente a cosa juzgada), teniendo presente que las aspiraciones de justicia material deben ser satisfechas mediante una resolución justa, con todas las garantías, y sin dilaciones indebidas, cuya impugnación por razones de justicia material (a cuyo aseguramiento tiende la forma como garantía) permite absorber en buena medida las necesidades de control: «la cuestión de la justicia absorbe la cuestión de la validez precisamente porque la validez está preordenada a la justicia: cuando está en juego la justicia, pierde todo valor la validez».³⁶

La fórmula de «absorción de la validez en la impugnación» y el consecuente predominio del recurso sobre el incidente de nulidad en materia de control de la regularidad procesal:

- a) facilitó inicialmente acelerar el examen conjunto por vicios de la resolución (tanto *in iudicando* como *in procedendo*), en convivencia con el incidente de nulidad especialmente apto para combatir los vicios de la actividad;
- b) por expansión de aquella fórmula, también el control de la actividad procesal quedó finalmente supeditado a la interposición de los recursos;
- c) ello supuso retrasar el control de los actos procesales previos a la resolución hasta que recayese una que fuese recurrible, pero ganando en celeridad al aminorar entorpecimientos y dilación (evitando el efecto suspensivo del incidente y su incontrolado abuso);

.....

³⁶ CARNELUTTI, F. *Derecho Procesal Civil y Penal*, citado por VERGE GRAU, J. en *El incidente de nulidad de actuaciones*. Barcelona: Librería Bosch, 1982, p. 69.

- d) asimismo obligó a supeditar el control a la iniciativa de las partes (que hayan podido, y en tal caso querido, interponer el correspondiente recurso), no sin dejar de generar por ello algunos inconvenientes cuando el derecho material aplicable es indisponible por las partes;
- e) consecuentemente el acento del sistema quedó residenciado en los motivos de anulabilidad (a instancia de parte) frente a los de inexistencia o nulidad radical;
- f) cobró mayor protagonismo el instrumento, el cauce, el procedimiento o el trámite de control, quedando éste supeditado a la iniciativa de las partes (que hayan podido, y en este caso querido, interponer el correspondiente recurso), con lo que el acento del sistema se acabó colocando sobre los motivos de anulabilidad;
- g) correlativamente habían perdido trascendencia los motivos, o la clase de vicio procesal, y correlativamente cedieron los motivos de nulidad radical o absoluta;
- h) se comunicó eficacia al sistema, propiciando que la declaración judicial del Derecho resultase inamovible y cierta a partir de un momento determinado (cuando se agoten los recursos contra la resolución que ponga fin al proceso).

«La regla de la absorción de la nulidad en el recurso atiende a esas razones de eficacia. Con su introducción la nulidad pasa de ser un estado que podía afectar al acto a ser una mera causa de impugnación de la validez del acto. En esta concepción se traslada el centro de atención desde el vicio hacia el instrumento: sólo podrá existir nulidad allá donde exista la concreta posibilidad de ser declarada; en otros términos, sólo podrá obtenerse la nulidad cuando exista un concreto instrumento a través del cual declararla.»³⁷

37 GARNICA MARTÍN, J. F., *op. cit.*, p. 3.

4. La correlativa eliminación del procedimiento incidental de nulidad

Por su parte, el procedimiento incidental de nulidad, pendiente el proceso, ha ido evolucionando históricamente para perder rigidez y fárrago, facilitando que ese control operase desde el interior del mismo proceso (pendiente el proceso y no sólo, aunque también, tras su finalización) y, más adelante, que el control pudiera sustanciarse conforme a una tramitación mucho más abreviada que la del proceso mismo.

Curiosamente nuestro Derecho careció hasta bien tarde de cauce específicamente regulado para obtener la nulidad de las actuaciones distintas de una resolución, si bien los artículos de previo y especial pronunciamiento «con fundamento en instituciones de Las Partidas y de la Novísima Recopilación [...] existían en la práctica y en el fondo de las leyes procesales (sustanciándose) a menudo por los trámites del proceso ordinario en que surgían, lo cual dilatava aún más los juicios»,³⁸ lo que explica el surgimiento de una común opinión contraria a la permisividad de los incidentes a modo de «apéndices procedimentales», nunca del todo exenta de fundados celos por facilitar una propensión al abuso ya percibida desde antiguo como altamente desfavorable, de la que son muestra el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia (1835), la Instrucción del Marqués de Gerona (1853), y la propia LEC de 1855.

La Base 5ª de la Ley de Bases de 21 de junio de 1880 dispuso la ordenación de un solo procedimiento, breve y sencillo para todos los incidentes, artículos y demás cuestiones que, en esta materia y con la denominación «incidente de nulidad» pendiente el proceso, se introdujo por primera vez específicamente en la LEC de 1881, sujeto a los trámites correspondientes a las cuestiones incidentales carentes de una regulación específica, y refiriéndose llamativamente a la nulidad de actuaciones «o de alguna providencia»,

.....
 38 VERGE GRAU, J. *La nulidad de actuaciones*, cit., p. 179, 181 y 183.

mención chocante, ésta última, dada la aparente inidoneidad del incidente para ejercitar el control sobre las resoluciones sujetas a los correspondientes recursos.³⁹

La virtualidad del incidente de nulidad pendiente el proceso se ha venido justificando dogmáticamente por la inidoneidad ocasional de los recursos para controlar defectos no siempre reflejados en la resolución que es producto de la actividad deficitaria, más la consecuente necesidad de un trámite probatorio para evidenciarlos, que con facilidad natural puede proporcionar el incidente de nulidad como procedimiento que, dentro del proceso, se dirige exclusivamente a tal objetivo; mientras que la capacidad para producir prueba ha sido considerada insuficiente o nula al sustanciar los recursos, aunque se tratara de los ordinarios (sin motivos tasados ni limitación en el conocimiento por parte del órgano *ad quem*), e incluso mediante una apelación limitada en sus posibilidades probatorias a la prueba nueva (*nova reperta*), sin olvidar las resoluciones dictadas en ausencia involuntaria de alguna de las partes.

Pese a todo, transcurrido algo más de un siglo desde su explícita instauración, la Ley 34/1984 que reformó la LEC suprimió con carácter general el incidente de nulidad de actuaciones pendiente el proceso para evitar, una vez más, la persistencia en un abuso frecuentemente propiciado por las partes y no adecuadamente controlado por los jueces.

.....

39 Se reduciría a las providencias dictadas en ausencia involuntaria de una de las partes y constituiría la supervivencia de la antigua *querella nullitatis* en nuestro Derecho, según entiende VERGE GRAU, J. *La nulidad de actuaciones*, cit., p. 187 a 198.

5. El punto de inflexión actual: predominio del control mediante los recursos, mantenimiento de un incidente de nulidad comprimido y oscura referencia a los demás medios

El punto de inflexión más significativo (en cuanto a los antecedentes próximos), en torno a la oscilante correlación entre el control mediante los recursos y el control mediante el incidente, viene doblemente marcado por la Ley 34/1984, que reformó la LEC, y por la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), con el resultado, en lo que ahora interesa, de eliminar con carácter general el procedimiento incidental para la nulidad de las actuaciones e imponer el principio de la «absorción de la validez en la impugnación», es decir, establecer los recursos contra las resoluciones como método o instrumento general o prioritario para el control de la regularidad procesal.

Pese a que la redacción del art. 742 consignado en la Ley 34/1984 pudo abonar la opinión de que sólo se declaraba la inadmisibilidad del incidente de nulidad «de resoluciones judiciales», posteriormente, la LOPJ zanjó definitivamente la polémica al establecer en su art. 240.1 que «la nulidad de pleno derecho, en todo caso, y los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión, se harán valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate [...]».

Pero el control por vía de recurso alberga un carácter principal, eminente o prioritario; pero no exclusivo, sino a completar con un incidente de nulidad pendiente el proceso («antes de que hubiese recaído resolución que ponga fin al proceso») conforme al art. 240.2 LOPJ, cuya redacción en 1985 autorizaba a plantearlo exclusivamente «de oficio» y sólo «previa audiencia de las partes»; posibilidad de carácter residual (o subsidiaria respecto de los recursos contra las resoluciones), reducida a la mínima expresión procedimental (comprimida) y, en buena medida, contradictoria con su fundamento teórico al no incorporar fase probatoria (elemento característico frente al de control por vía de recurso).

Es ésta una solución probablemente avalada por una constatación experimental concluyente en torno a que la extroversión de los vicios será naturalmente patente a tenor de lo actuado en el proceso, y muy excepcional la necesidad de aportar datos hasta ese momento extravagantes en relación a lo actuado.

En la práctica esta insuficiencia resultó mitigada declarándose de oficio la nulidad previo escrito de solicitud de parte y, posteriormente, fue corregida al permitir su planteamiento a instancia de parte, según redacción dada por la LO 5/1997, de 4 de diciembre, dando paso a opiniones divergentes en punto a la tramitación que le convenga.⁴⁰

Además, en el art. 240.1 LOPJ se aludió al control verificable por los demás medios que establezcan las leyes procesales, es decir, en los demás casos en que esta Ley así lo establezca; lo que ha propiciado cierto debate doctrinal con un elenco de opiniones de amplio espectro y poco acuerdo sobre su controvertido alcance.

III. El incidente de nulidad tras la sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso

Como se ha intentado ir reflejando en las precedentes consideraciones, la tendencia legislativa a fomentar la depuración de la actividad procesal mediante los recursos contra las resoluciones (en detrimento correlativo de los demás medios y especialmente del incidente de nulidad) descansa en la idea de que lo esencial es la depuración de la sentencia injusta.

.....

40 LOURIDO RICO, A. M.^a, op. cit., p. 224: «el procedimiento previsto para los incidentes (DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, «La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras» *Tribunales de Justicia*, n.º. 7, 1999, pp. 141 a 143) [...] el previsto para el incidente *post sententiam* (SAINZ DE ROBLES RODRÍGUEZ, F. C. «La nulidad de las actuaciones. Tribulaciones, muerte y resurrección de una cuestión maldita».. *Tapia* n.º. 98, 1998, p. 3 a 7).

Pero, las posibilidades de atacar la sentencia por vía de recurso constituyen un instrumento finalmente limitado, que reclama un complemento adecuado para permitir la subsanación de determinados defectos *in extremis*, es decir, cuando la resolución que pone fin al proceso haya ganado autoridad de cosa juzgada;⁴¹ con lo que el incidente de nulidad de actuaciones recobra, paradójicamente, parte del protagonismo perdido como pieza clave (junto a los recursos) en el control de la regularidad procesal, aunque esa recuperación pivota ahora sobre un proceso ya finalizado, y no pendiente el proceso.

Por ello puede afirmarse que el incidente de nulidad *post sententiam* (tras la resolución que ponga fin al proceso) constituye el vértice excepcional dentro del actual sistema de nulidad de los actos procesales, marcando el punto de máxima tensión entre el entusiástico propósito de justicia y la más o menos habilidosa preservación de una irrenunciable seguridad jurídica, aparte de atender —a partir de su enésima modificación— a otras finalidades ahora relacionadas con una protección más amplia del núcleo duro de los derechos fundamentales.

De ahí que su examen merezca un especial detenimiento como instrumento autónomo o modalidad específica de control respecto de la resolución que ponga fin al proceso.

.....

41 «Esa regla, en tantos sentidos valiosa, porque va dirigida a potenciar la eficacia del proceso, también aporta un importante problema: qué hacer ante determinadas situaciones en las que, no existiendo un concreto instrumento para impugnar la sentencia, en cambio no hay duda de que la misma está afectada por un vicio importante, por una causa de nulidad insubsanable.» GARNICA MARTÍN, J. F., *op. cit.*, p. 3.

1. *La Ley 34/1984, que reformó la LEC y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*

A partir de que, durante el Derecho común romano-germánico, se introdujese el principio dispositivo en materia de nulidad, la histórica *querella nullitatis* siguió pudiéndose interponer en cualquier momento después de recaída la sentencia, aunque exclusivamente en supuestos de nulidad radical (consecuentemente no sujetos a la mera iniciativa de las partes), mediante un incidente de nulidad que permitía atacar la sentencia de forma autónoma (independientemente de los recursos) y por causa de nulidad perpetua (sin limitación en el tiempo).

Aun cuando la regulación formal del incidente de nulidad pendiente el proceso fue introducida (como se ha apuntado) por la LEC de 1881, y pese a que el mismo se hallaba exclusivamente previsto para un momento anterior a la sentencia, sin embargo «se utilizaba ya —aunque de manera indebida— para declaraciones de nulidad tras la sentencia».⁴²

Cuando mediante la Ley 34/1984, ulteriormente confirmada por la LOPJ en su primigenia redacción de 1985, se avanzó en la residualización del incidente de nulidad, quedó éste exclusivamente autorizado para «antes de que hubiere recaído sentencia definitiva» (art. 240.2 LOPJ) y vedada su posibilidad tras la sentencia firme, excepto en dos de los posibles vicios insubsanables o de nulidad radical: la violencia o la intimidación (art. 239.1 LOPJ).

Prohibido el incidente de nulidad después de recaída sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso, la ausencia de un instrumento autónomo (independiente de los recursos) apto para subsanar los defectos procesales derivados tanto de la sentencia o resolución firme que ponga fin al proceso, como de los derivados de la actividad procesal previa cuando no hubieran sido

.....
⁴² GARCIMARTÍN MONTERO, R., *op. cit.*, p. 56.

susceptibles de denuncia anterior (especialmente la actuación procesal producida en ausencia involuntaria de alguna de las partes con infracción del principio de audiencia bilateral, *audiatur et altera pars*), evidenció de inmediato una insuficiencia grave del sistema, generando un aluvión de recursos hacia el Tribunal Constitucional en demanda de amparo.

Poca duda cabe de que la aplicación práctica del mecanismo incidental dirigido a la subsanación de vicios procesales se había visto inmersa en la tradicional, inveterada y general proclividad a utilizarlo con efecto y, en algunas ocasiones, con finalidad abiertamente dilatorios: «*una inicua arma en manos de los litigantes*»,⁴³ «*un cáncer galopante, en ocasiones difícil de atajar*»,⁴⁴ propensión que no sólo puede achacarse a la inclinación interesada de la parte incidentalmente demandante, sino también atribuible a la desacertada respuesta judicial que contribuyó a un abuso evitable en buena medida: «Un hábito de ancha manga para recibir sin tasa los incidentes de nulidad de actuaciones, olvidando la definición legal de su naturaleza, pudo ser corregida con la interpretación *secundum Constitutionem* de la garantía básica de la defensa».⁴⁵

Y la inveterada reacción contraria a la permisión de los incidentes (reflejada en la paulatina aminoración de su presencia, incluso en materia de control de la regularidad procesal), alcanzó su punto de inflexión cuando la LOPJ introdujo este cambio sustancial y cualitativo, fruto de un proceso restrictivo que fue culminado llevándolo a sus últimas consecuencias con la prohibición del incidente de nulidad tras la resolución que ponga fin al proceso, eliminando así uno de los medios de control de la regularidad procesal históricamente consagrado, aunque deficiente.

.....
43 GARCIMARTÍN MONTERO, R., *op. cit.*, p. 28.

44 SAINZ DE ROBLES, F. C., *op. cit.*, p. 3.

45 SAINZ DE ROBLES, F. C., *op. cit.*, p. 6.

Pero según se apuntaba inicialmente, «justicia» y «seguridad jurídica» son finalidades que persigue el proceso mediante la contraposición instrumental entre la nulidad de los actos procesales y la cosa juzgada, para alcanzar un proceso justo, con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, a partir de un delicado equilibrio por la conjunción de uno y otro ingrediente, decididamente quebrado merced a la drástica postura eliminadora, incompatible con la sutilidad requerida para proporcionar una respuesta ponderada.

No parece que, en este sentido, el legislador de 1984 acertase a conjugar razonablemente las debidas proporciones, pese a lo que como objetivo se perseguía conforme a la Exposición de Motivos: «adoptar una tramitación que abrevie la duración de los juicios, tanto como lo permita el interés de la defensa y el acierto en los fallos».

En esta tesitura el Tribunal Supremo no sólo se vio reiteradamente abocado a rechazar la posibilidad de incidentar la nulidad tras haberse dictado la sentencia y ser firme, sino que llegó a tener que desautorizar que las partes plantearan un ulterior juicio declarativo con este objetivo, reservando esta posibilidad a terceros afectados por una ejecución indebida (STS de 14 de noviembre de 1990).⁴⁶

Y frente a la carencia de instrumento adecuado, el posible acceso paliativo a los remedios (el recurso de audiencia al rebelde y especialmente el recurso de revisión), fue asimismo objeto de atención por la doctrina y la jurisprudencia, con propuestas dispares en función de la proclividad a la elastificación del

.....

46 «[...] no cabe admitir que un posterior juicio declarativo sea cauce adecuado para obtener, ni la subsanación de tales defectos (procesales), ni la nulidad de las resoluciones judiciales que, conforme al precepto procesal citado (art. 408 LEC), adquirieron firmeza cuando los solicitantes de tal declaración de nulidad fueron litigantes o causahabientes de los que litigaron en el juicio que se pretende revisar»; STS de 23 de octubre de 1950, citada por BENITO ALONSO, F. en «La revocación de las sentencias firmes recaídas en procesos viciados de nulidad». *La Ley*, Año XV, núm. 3.432 (11 de enero de 1994), p. 2.

recurso de revisión para que pudiera abarcar supuestos de irregularidad procesal (es decir, de vicios inherentes a la entraña del proceso), en realidad poco afines con su objeto natural, centrado generalmente en las posibles lesiones extrañas al proceso, obedientes a actuaciones materiales producidas desde el exterior del proceso (aunque teniéndolo como objetivo repercutan en él sus indeseables efectos), salvo el cohecho, la violencia, u otra maquinación fraudulenta, que podrían facilitar asimilación con los motivos de nulidad.

Frente a la acuciante necesidad de dar respuesta cabal frente a la indefensión en que sumía aquella imposibilidad de purgar los vicios de la resolución final del proceso, o de aquellos otros frente a los que no pudo reaccionar a tiempo la parte, el propio Tribunal Constitucional osciló a fin de proporcionar una solución: «En efecto, la problemática de la nulidad sin recurso se ha convertido en un auténtico “forúnculo” de la interpretación constitucional, uno de esos pequeños problemas que a fuerza de ser reiterados terminan haciéndose grandes».⁴⁷

2. La STC 110/1988, de 8 de julio

Durante una primera época y a partir de la STC 110/1988, de 8 de julio, caminando hacia el estricto objetivo de buscar la justicia material, el Tribunal Constitucional declaró que *«por sentencia definitiva sólo puede entenderse la ya definitivamente ejecutada, de manera que pueda el Juez o Tribunal sentenciador, mientras no lo ha sido, de oficio y previa audiencia de las partes, declarar la nulidad de lo actuado»*, lo cual no sólo se detenía en la virtualidad del propio instrumento de control, sino que repercutía a efecto de un ulterior recurso de amparo exigente de agotar todos los medios subsanatorios previos posibles, éste incluido.

.....
⁴⁷ GARNICA MARTÍN, J. F., *op. cit.*, p. 1.

Ello no evitó tener que acudir al amparo constitucional en buen número de ocasiones como solución última, lo cual fue censurado por invasión de competencias netamente jurisdiccionales, reclamándose la implantación del procedimiento judicial preferente y sumario dirigido a la protección de los derechos fundamentales conforme a la previsión constitucional: «El Tribunal Constitucional pretendió entonces, con muy buena intención pero escaso acierto a nuestro juicio, “constitucionalizar” el proceso judicial de declaración de nulidad de los actos procesales después de la sentencia firme y “definitiva”, caso que les estaba vedado a los órganos jurisdiccionales por aplicación del art. 240.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ello implicaba a mi juicio asumir funciones claramente judiciales (arts. 117.3 de la Constitución y 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); “desjudicializar” un procedimiento (el del artículo 53.2 de la Constitución en los casos de vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva)...».⁴⁸

3. La STC 185/1990, de 15 de noviembre

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional resolvió la cuestión de inconstitucionalidad autoplanteada y decidió en la STC 185/1990, de 15 de noviembre, que la imposibilidad de suscitar el incidente de nulidad tras sentencia firme o definitiva (no la definitivamente ejecutada) no resultaba inconstitucional, por lo que cualquier intento de interponer el incidente debía tenerse por dilatorio, y sin que causara interrupción en el plazo para la interposición del recurso de amparo. Consecuencia eminente fue, de inmediato, que el recurso de amparo quedo abocado a la subsanación de defectos procesales causantes de indefensión que no cabía remediar de otra manera,

.....

48 GUI MORI, T. «La nulidad de actuaciones tras sentencia definitiva. La anunciada inconstitucionalidad del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Comentario a la STC (Sala 2ª) de 19 de diciembre de 1989». *La Ley*, Año XI, núm. 2.446 (19 de marzo de 1990), p. 3.

desenvolviendo el Tribunal Constitucional una actividad impropia —y sustraída al terreno natural de la jurisdicción— de forma consciente en tanto la propia STC 185/1990, de 15 de noviembre, alertaba de la insuficiencia del sistema: «el sistema procesal no ha sido actualizado en la medida suficiente para permitir el despliegue de todas las consecuencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva».

4. La Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, que reformó la Ley Orgánica del Poder Judicial

La atrofia jurisdiccional derivada de tan clamorosa deficiencia del sistema, que impedía a los órganos jurisdiccionales dispensar una tutela judicial efectiva en este terreno, generó también importantes anomalías por la antinatural y forzada utilización del recurso de amparo para mitigar el déficit, siendo ampliamente recabada la corrección del defectuoso sistema, bien que con propuestas dispares y no todas orientadas a la restauración del incidente de nulidad como método subsanatorio tras la sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso.

«Un primer intento de reforma lo constituyó el Proyecto de Ley de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* de 4 de enero de 1994 (Serie A, núm. 45-1), en el que se pretendía añadir al art. 240 un tercer apartado para dar regulación a lo que el propio Proyecto denominó “incidente de nulidad de actuaciones”, que se podía promover después de dictada la sentencia o resolución firme de finalización del proceso. El Proyecto dio lugar, como es bien conocido, a la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial que, finalmente, dejó intacta la estructura originaria del art. 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»⁴⁹

49 ANDRÉS CIURANA, B., *op. cit.*, p. 2.

Tuvo que ser más adelante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, que ante la «ya larga persistencia de una situación muy grave para los justiciables y también sumamente inconveniente, en otro orden de cosas, para el propio Tribunal Constitucional», y amparándose en la «necesidad de un cambio legal urgente», la que reformó finalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial en este último sentido.

La urgencia del cambio pudo ser causa de una poco cuidadosa redacción del artículo 240 LOPJ en que se instaló el nuevo incidente de nulidad *post sententiam*, que, presentado como «*solución inmediata al perturbador estado de cosas actual*», resultó rápidamente reclamado de corrección.

5. La Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo, que volvió a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial

La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 13/1999, a menos de dos años desde la implantación del nuevo incidente de nulidad *post sententiam*, se mostró mucho menos exuberante que su precedente para explicar la necesidad de esta inmediata reforma, cuya labilidad técnica fue enmascarada bajo la simple enunciación de un propósito: «perfeccionar la regulación del incidente de nulidad de actuaciones».

Para ello abandonó la referencia tajante a la inadmisibilidad del incidente de nulidad de actuaciones, matizando que el mismo era inadmisibile sólo «con carácter general», porque «excepcionalmente» cabía admitirlo en favor no sólo de quienes sean parte legítima, sino también ahora en beneficio de quienes «hubieran podido serlo» consonantemente con el objetivo de permitir la depuración del vicio no solamente en ausencia de recurso, sino también ante la imposibilidad de su denuncia a instancia de parte con anterioridad a la firmeza de la resolución que ponga fin al proceso; dejando finalmente aclarada la irrecurribilidad de la decisión resultante de este incidente.

6. *La Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*

Sin perjuicio de recordar la presencia de especialidades procesales específicas que, en cada uno de los órdenes jurisdiccionales, puede demandar el mantenimiento de un derecho común en materia de nulidad de actuaciones, lo cierto es que la previsión del legislador —en esta época— fue implantar el núcleo regulador de la nulidad de actuaciones en la Ley de Enjuiciamiento Civil de nuevo cuño, y atendido su carácter de derecho supletorio en materia procesal (art. 4 LEC) procedió a establecer en ella una regulación completa —y en alguna medida entonces diferente de la regulación contenida en la LOPJ—, aunque la falta de aprobación de la materia sujeta a Ley Orgánica condujo a una inevitable suspensión entre tanto (Disposición Final 17ª LEC).

7. *La Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial*

Fue la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, que volviendo a reformar la Ley Orgánica del Poder Judicial también en esta materia, hizo coincidir el régimen de la nulidad en ambos textos (LOPJ y LEC), pese a que entonces les faltara vigor a las disposiciones de la LEC (según su ya mencionada Disposición Final 17ª).

El nuevo texto, aparte de abundar en el carácter rescisorio del procedimiento, parece que quiso reforzar decididamente la cualidad excepcional del incidente de nulidad *post sententiam*, tratando de poner coto al tradicional abuso institucional amparado en el incidente, y lo hizo:

- añadiendo que sólo procede en ausencia de recursos incluso extraordinarios (bien que no todos resultarían intrínsecamente idóneos para albergar el control de regularidad procesal en cuestión);
- perfilando —como elemento crucial para la correcta administración de este instrumento— la forma y contenido de la resolución repulsoria del

incidente por inadmitirlo a trámite (auténtica piedra de toque destinada a evitar su incontrolada proliferación);

- estableciendo para las costas del incidente el criterio objetivo del vencimiento;
- y previendo la posibilidad de multa en caso de apreciarse temeridad.

8. La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial

Si la reimplantación del incidente de nulidad tras la resolución que ponga fin al proceso tuvo por objeto atender las consideraciones del Consejo General del Poder Judicial y del propio Tribunal Constitucional para «salir al paso de una situación en que la efectividad de este derecho fundamental (derecho a la defensa consagrado en el art. 24 de la Constitución) sólo puede conseguirse en ciertos casos mediante largos, además de costosos, trámites procesales, en los que el recurso al Tribunal Constitucional se convierte en obligado»,⁵⁰ lo cierto es que transcurrida una década desde aquella implantación era exigible una nueva reforma relacionada ahora directa e indisimuladamente con la sobrecarga del Tribunal Constitucional a consecuencia del recurso de amparo, irrefrenable pese a la existencia del incidente.

Como ya se ha dicho, quedando el recurso de amparo abocado a la subsanación de defectos procesales causantes de indefensión que no cabía remediar de otra manera, el Tribunal Constitucional se aprestó —en ausencia del incidente— a tener que desarrollar una actividad impropia y sustraída al terreno natural de la jurisdicción; pero la experiencia acumulada puso de relieve que, remediada la insuficiencia del sistema (alertada desde la STC 185/1990, de 15 de noviembre), no había decaído el recurso masivo al Tribunal

.....

⁵⁰ Según expuso el Gobierno en las discusiones parlamentarias (*Vid. RVDPA*, núm. 3 (1997), pp. 702 y 703).

Constitucional pese a que el incidente de nulidad *post sententiam* facilitara un pronunciamiento jurisdiccional previo al amparo.

«Al Registro General del Tribunal Constitucional llegaron, a lo largo del año (2007), un total de 10.013 asuntos jurisdiccionales (frente a 11.741 el año anterior: 1728 menos, un descenso del 14,72 por 100). La abrumadora mayoría son recursos de amparo (9.840, un 98,27 por 100 del total), competencia de las dos Salas del Tribunal. El Pleno recibió 173 asuntos: 21 recursos de inconstitucionalidad, 137 cuestiones de inconstitucionalidad, 14 conflictos positivos de competencia y un conflicto en defensa de la autonomía local.»⁵¹

La propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, enfatiza que es momento de «dar respuesta legislativa [...] a una serie de situaciones y circunstancias en la realidad práctica que con el transcurso del tiempo han llegado a convertirse en problemas para el mejor resultado del trabajo del Tribunal», añadiendo que entre ellas «destaca [...] el crecimiento del número de recursos de amparo hasta el punto de ocupar casi todo el tiempo y los medios materiales y personales del Tribunal».

Éste parece haber constituido no tanto un objetivo primordial, cuanto el verdadero *leit motiv* para esta última modificación del incidente, para lo cual se han adoptado, según la Exposición de Motivos, «[...] medidas encaminadas a lograr que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria», por lo que aquella posibilidad anulatoria a partir de la resolución que ponga fin al proceso, que se reducía anteriormente al quebrantamiento de formas efectivamente lesivo del derecho a la defensa por defectos de forma o por incongruencia de la resolución, puede ahora obtenerse «fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el art. 53.2 de la Constitución».

51 *Memoria 2007* del Tribunal Constitucional.

9. Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial

Pese a la falta de vigor inicial de las disposiciones contenidas en la LEC sobre nulidad de actuaciones, se ha incidido finalmente acompañando el régimen del incidente de nulidad para las sentencias firmes a lo previsto en la reforma de la LOPJ en el año 2007, aparte de modificar el catálogo de los motivos de nulidad.

IV. El perfil del incidente de nulidad tras sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso

1. Carácter excepcional

Como ya se ha dicho, a partir de que, durante el Derecho común romano-germánico, se introdujese el principio dispositivo en materia de nulidad, la histórica *querella nullitatis* siguió pudiéndose interponer en cualquier momento después de recaída la sentencia, mediante un incidente de nulidad que permitía atacar la sentencia de forma autónoma (independientemente de los recursos) y por causa de nulidad perpetua (sin limitación en el tiempo).

La introducción formal del incidente de nulidad previo a la sentencia (en la LEC de 1881) dio lugar a que, como se ha adelantado, fuese utilizado indebidamente también para obtener la nulidad tras la sentencia, hasta su prohibición taxativa por la Ley 34/1984 que reformó la LEC y su ulterior interpretación por el Tribunal Constitucional.

La implantación del incidente de nulidad tras sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso (mediante la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre) respondió a la necesidad de paliar la falta de tutela judicial efectiva para cuando el vicio procesal surgiera directamente de la resolución irrecurrible, o para cuando la parte afectada no hubiera podido denunciarlo con anterioridad a ella, señalando expresamente la reforma introducida en la Ley Orgánica del

Poder Judicial (Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo) el carácter excepcional de este procedimiento.

Carácter que se mantiene en la actual redacción (art. 241.1 LOPJ / art. 228 LEC), que se deriva claramente de los antecedentes históricos y legislativos de la institución, según queda precedentemente expuesto, y que es inherente a su carácter residual (en relación con el sistema de preponderancia de los recursos) y restrictivo (tanto en su admisión como en sus efectos) porque:

- procede sólo subsidiariamente o en defecto de recurso: «siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario» (art. 241.1 LOPJ / art. 228.1 LEC);
- la mera posibilidad de denuncia anterior bloquea su admisibilidad: «siempre que no hubiera podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso» (art. 241.1 LOPJ / art. 228.1 LEC);
- requiere acreditación del vicio o defecto en que la petición se funde (art. 241.2 LOPJ / art. 228.2 LEC);
- exige motivación, siquiera sucinta, de la «providencia» que admita o rechace el incidente a trámite (art. 241.1 LOPJ / art. 228.1 LEC);
- carece de efecto automáticamente suspensivo: «no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad» (art. 241.2 LOPJ / art. 228.2 LEC);
- y produce efecto exclusivamente rescisorio (art. 241.2, párrafo segundo, LOPJ / art. 228.2, párrafo segundo, LEC).

2. Principio dispositivo

Desde que la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, reintrodujo el incidente de nulidad tras sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso, quedó éste sujeto al principio dispositivo, a iniciativa de las partes personadas y también (desde la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo) de aquellas «que hubieran podido serlo», excluyéndose su planteamiento de oficio.

El mantenimiento del principio dispositivo por expansión de la fórmula de «*absorción de la validez en la impugnación*», que hace descansar esencialmente el control de la regularidad procesal sobre los recursos contra las resoluciones, se tuvo que apoyar eminentemente en la iniciativa de las partes, por lo que «En ningún caso podrá el juzgado o tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal» (art. 240.2 LOPJ / art. 227.2 LEC).

Principio dispositivo que congenia igualmente:

- con la viabilidad del incidente exclusivamente a partir de que ya no quepa recurso ordinario ni extraordinario («siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario», art. 241.1 LOPJ / art. 228.1 LEC), porque «Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas» (art. 267.1 LOPJ);
- con la exigencia de que el vicio no se haya podido denunciar anteriormente (art. 241.1 LOPJ / art. 228.1 LEC);
- y con la ineludible necesidad de acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde (art. 241.2 LOPJ / art. 228.2 LEC), dada su excepcionalidad.

3. *Ámbito limitado*

Parece poco dudoso que el incidente de nulidad tras resolución que ponga fin al proceso procede sólo por motivos determinados, y en consecuencia su ámbito es limitado, pese a la ampliación proporcionada por la última reforma.

La necesidad a que respondía, en parte, este incidente en el momento de su implantación mantuvo inalterado el objeto que tradicionalmente venía asignado a la antigua *querella nullitatis*, tendiendo consecuentemente a permitir la depuración de los vicios de la actividad procesal previa a la resolución final del procedimiento cuando la parte no hubiera podido impetrar con anterioridad la purga del defecto (especialmente por vulneración del principio de audiencia bilateral).

Asimismo, y dado que el control primordial de la regularidad procesal se produce mediante los recursos contra las resoluciones, se incluye la posibilidad de subsanar los vicios de la sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso, cuando ya no quepa efectuar el control de la regularidad procesal por vía de recurso.

Y según señala la Exposición de Motivos de la reforma introducida mediante la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, se trata ahora de otorgar «a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial», y lograr «que la tutela y defensa de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional sea realmente subsidiaria de una adecuada protección prestada por los órganos de la jurisdicción ordinaria».

En consecuencia, su anterior configuración, reducida al quebrantamiento de formas efectivamente lesivo del derecho a la defensa («nulidad de actuaciones basada en defectos de forma que hayan causado indefensión») y a la incongruencia del fallo, se ensancha ahora autorizando la declaración de nulidad por «cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución» (art. 241.1 LOPJ), lo que entraña

ampliación del limitado objeto de este incidente, confiriéndole una nueva proyección.

4. Nueva proyección

Si el quebrantamiento de forma, conforme a la tradicional dimensión puramente procesal de su objeto, pudo padecer en cierta medida al autorizarse como motivo de nulidad la incongruencia del fallo (que ocasionalmente podía responder a vicio *in iudicando*), la última reforma introducida ha dinamitado la exclusividad de aquel objeto puramente procesal, al permitir ahora la declaración de nulidad por alguna lesión de dimensión constitucional que afecte a cualquier derecho fundamental de los recogidos en el art. 53.2 CE, y no sólo por infracción del art. 24 CE, ni mucho menos sólo por lesión del derecho de defensa como antaño; de modo que ahora también constituye su objeto depurar la vulneración del derecho material, y no sólo del procesal como anteriormente.

Ello confirma que, como se ha expuesto precedentemente, la evolución de los motivos que permiten declarar la nulidad de los actos procesales (en este caso tras haber recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al procedimiento) profundiza en el abandono del tratamiento de la nulidad como sanción por incumplimiento de las «formalidades», y lo aproxima más si cabe a la lesión de «derechos», en este caso fundamentales:

- A) Por lo que se refiere a la nulidad de la actividad procesal (previa a la resolución que ponga fin al proceso) que la parte no hubiera podido denunciar con anterioridad, la actual referencia a la lesión de cualquier derecho fundamental ampara como es natural la vulneración del derecho a la defensa, en cierta consonancia con la alusión a que el quebrantamiento de forma sólo entraña o acarrea nulidad cuando afecte a ese derecho fundamental: «Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión» (art. 238.3 LOPJ / art. 225.3 LEC), bien que no se limita estrictamente a ella como antes.

- B) En lo que atañe a la nulidad por vicios nacidos directamente de la resolución irrecurrible, la actual regulación aporta a mi juicio mayor coherencia:
- porque la lesión del «derecho de defensa», única anteriormente invocable (aparte de la incongruencia del fallo), constituía una infracción difícilmente derivable de la resolución final del proceso (al estar agotadas las posibilidades de alegación y prueba en el momento de dictarse la resolución viciada), mientras que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuya lesión sí cabe derivar a mi entender con mayor facilidad directamente de la resolución, resulta ahora atacable mediante este incidente;
 - porque la introducción de la incongruencia del fallo como motivo por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre, resultaba antes abiertamente controvertida (y así es de ver que no fue incorporada como motivo por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) en atención a que, como lesión, surge necesariamente de la propia sentencia y no del curso procedimental previo a ella, obedeciendo eminentemente a vicios *in iudicando* y no *in procedendo*, de modo que bajo esa designación (incongruencia) se cobija una amalgama de situaciones sin homogeneidad en su naturaleza y alcance; para empezar, conforme a numerosas declaraciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, la incongruencia por exceso (*extra y ultra petita*) genera una anomalía que sólo en determinadas circunstancias ha de afectar a los principios de igualdad de partes y de contradicción, lesionando no siempre tan claramente el derecho de defensa cuanto la tutela judicial efectiva, por lo que actualmente podría resultar idónea, en determinados casos, como motivo anulatorio por infringir cualquiera de los derechos fundamentales incluidos en el art. 53.2 CE, especialmente el art. 24 CE pero no sólo el derecho de defensa como era antes requerido, sino primordialmente el derecho a una tutela judicial efectiva;

- porque en especial, de entre los supuestos modernamente designados como «incongruencia por error», la omisión de pronunciamiento reclama a mi entender un tratamiento coherente con las pautas del sistema, mereciendo ser tratada como acto procesal incompleto y subsanable, antes que como acto procesal tributario de nulidad (y así se previno desde la vigente LEC, en cuyo art. 228 no se incluyó la referencia al vicio de incongruencia como motivo anulador para este incidente, regulando aparte la omisión de pronunciamiento en su art. 215), mientras que el silencio inicial en el texto orgánico fue corregido por la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, mediante modificación del art. 267.5 y 6 LOPJ, disponiendo este último apartado que: *«Si el tribunal advirtiese, en las sentencias o autos que dictara, las omisiones a que se refiere el apartado anterior, podrá, en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dicten, proceder de oficio, mediante auto, a completar su resolución, pero sin modificar ni rectificar lo que hubiere acordado.»*

La eliminación de la incongruencia del fallo en el actual texto, en lo concerniente a los motivos por los que procederá declarar la nulidad mediante este incidente, parece consecuencia natural de su actual objeto ampliado, y probablemente permita mejorar las posibilidades interpretativas para su aplicación,⁵² puesto que el procedimiento corrector por omisiones de pronunciamiento queda establecido autónomamente en función de lo dispuesto en el art. 267.5 y 6 LOPJ, sin perjuicio de que la imposibilidad de su denuncia temporánea o su falta de adecuada subsanación mediante el correspondiente complemento, permitan ulteriormente plantear el incidente de nulidad por lesión

.....

52 Una interesante referencia a la controversia inmediatamente previa a la última reforma puede encontrarse en GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M. «A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. Examen de la cuestión a la vista de los recientes avances legislativos y jurisprudenciales». *La Ley*, Año XXV, núm. 6.156 (28 de diciembre de 2004).

de derecho fundamental (dado que el plazo para interponer el incidente de nulidad es muy superior al de la subsanación).⁵³

5. *Controvertida naturaleza*

Los múltiples condicionantes y vicisitudes históricas que han tratado de ser expuestas han influido poderosamente sobre la actual estructuración de este incidente, por reunir elementos correspondientes a instituciones procesales distintas, lo cual compromete severamente una formulación conceptual nítida.

Cabría en este punto preguntarse⁵⁴ si la posibilidad de declarar la nulidad por vulneración de cualesquiera derechos fundamentales del art. 53.2 CE mediante este incidente cubre la previsión de dicha norma en torno al establecimiento de un proceso ante los órganos jurisdiccionales.

Con anterioridad a la última reforma, y con arreglo al objetivo de depurar la actividad procesal previa a la resolución final del procedimiento, se sostenía que este incidente excepcional podría atender a la finalidad propia de cualquier otro incidente (cuya relación con el objeto principal del proceso, siquiera remota o mediata, radicaría en la subsanación de los defectos de ese proceso principal); mientras que con arreglo al objetivo de depurar los vicios de la resolución (sean *in iudicando* o *in procedendo*) se decía que podría cumplir la

53 Sin embargo, la posibilidad de denunciar mediante el incidente de nulidad también por omisión de pronunciamiento directamente y sin acudir primero al mecanismo de subsanación, parece ser afirmada por BACHMAIER WINTER, L. «La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo». *La Ley*, Año XXVIII, núm. 6.775 (10 de septiembre de 2007).

54 «La pregunta es si el renovado art. 241 LOPJ, tal y como está diseñado, corrige la insuficiencia del desarrollo legislativo del art. 53.2 CE, y se convierte en el recurso jurisdiccional previo y sumario mediante el cual se tutelan los derechos fundamentales». DOIG DÍAZ, Y. «Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOPJ». *La Ley*, Año XXIX, núm. 6.889 (22 de febrero de 2008).

misma finalidad que cumpliría, en su caso, cualquier recurso dirigido contra la resolución. Pero tomando en consideración el momento en que se autoriza su planteamiento, una vez finalizado el proceso, se oscurecían ambas posibilidades, pues, de una parte, resultaba difícil justificar su consideración como recurso de nulidad cuando dicho trámite se autoriza precisa y exactamente sólo en ausencia de cualquier recurso posible (ordinario ni extraordinario) y, por otra, era igualmente difícil concebirlo como incidente, es decir como proceso dentro de un proceso, dado que este último ya habría finalizado; por lo que en consecuencia llegó a entenderse como un medio de impugnación autónomo («Esta es la opinión sostenida por la doctrina procesal de forma prácticamente unánime»),⁵⁵ mediante el que ejercitar una pretensión que antes de la última reforma sólo podía tener naturaleza exclusivamente procesal; aunque su efecto puramente rescisorio (art. 241.2, párrafo segundo, LOPJ / art. 228.2, párrafo segundo, LEC), compartido con los restantes remedios procesales, también llevó a considerarlo un remedio excepcional o extraordinario⁵⁶ junto con la rescisión de sentencias dictadas en rebeldía del demandado⁵⁷ y el juicio de revisión.⁵⁸

.....
55 GARCIMARTÍN MONTERO, R., *op. cit.*, pp. 54 a 62.

56 Lo califican como remedio excepcional: TAPIA FERNÁNDEZ, I. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Vol. I. Navarra: Aranzadi, 2001, p. 487, y DOIG DÍAZ, Y., *op. cit.*, con referencia a la opinión de ORTELLS RAMOS, M. *Derecho procesal civil* (6ª ed.). Navarra: Thomson- Aranzadi, 2006, p. 580.

57 La STS 4ª de 31 de enero 2000 estableció que «desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1997 la audiencia al rebelde ha recuperado su tradicional función y ha quedado reservada para los casos en que la notificación edictal de la sentencia haya sido precedida de un emplazamiento realizado en forma legal [...]», quedando reservados para el incidente de nulidad los supuestos de notificación (en sentido amplio) irregular o incorrecta, es decir, los defectos de forma.

Por otro lado, no estará de más recordar que, incluso antes de la mencionada reforma, con la implantación del incidente de nulidad tras la sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso (en el año 1997) llegó a entenderse cumplida la previsión del art. 53.2 CE bien que aludiendo al incidente como nuevo «procedimiento» y no como proceso, que como es lógico se entendía restringido al ámbito del art. 24 CE⁵⁹ y no a otros derechos fundamentales.

A mi juicio, resulta hoy de especial interés y valor una de las propuestas que, verificada hace más de una década, coincide con la última reforma en este materia, porque no parece que se haya llegado a desarrollar «todo un proceso, como claramente parece presuponer el art. 53.2 de la Norma constitucional, sino exclusivamente un simple recurso ante el mismo órgano causante de la violación [...] como se ha propugnado en algunos países de nuestro entorno [...]».⁶⁰

Solución que ha sido criticada por entrañar «una reforma atípica, pues con el simple cambio de una frase en el art. 241.1 LOPJ parece querer introducirse una suerte de amparo judicial; y ello a través de una Disposición Final y sin apenas debate parlamentario al respecto»,⁶¹ pero que también ha dado lugar a

.....
 58 Salvo el cohecho, la violencia, u otra maquinación fraudulenta, que podrían facilitar asimilación con los motivos de nulidad, los motivos por los que procede el recurso de revisión no se apoyan en defectos formales.

59 MORENILLA ALLARD, P. «El incidente de nulidad de actuaciones según el nuevo artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: consideraciones críticas». *La Ley*, Año XIX, núm. 4.498 (12 de marzo de 1998), p. 2.

60 GARNICA MARTÍN, J. F., *op. cit.*, p. 4. Ya entonces propugnaba la solución actual, aunque con posibles alternativas diferentes, citando a SCHAILH, K. «El Tribunal Constitucional Federal Alemán», en AA.VV. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 183.

61 BACHMAIER WINTER, L., *op. cit.*

calificar el resultado de la reforma como «instrumento extraordinario de tutela de los derechos fundamentales dirigido a restablecer las lesiones en que hayan podido incurrir los tribunales»,⁶² e incluso entendido que «el incidente de nulidad de actuaciones se ha convertido en un obligado recurso ordinario de amparo judicial».⁶³

Sea como fuere, este instrumento procesal parece haber sufrido una alteración importante en sus características, o en su esencia si así se prefiere, porque al destinarse ahora al control jurisdiccional de la regularidad concerniente al núcleo duro de los derechos fundamentales consignados en el art. 53.2 CE, ha dejado de ser un instrumento exclusivamente dirigido al control de la regularidad procesal (por quebrantamiento de forma), aunque en mi opinión es difícil catalogarlo porque sigue todavía manteniendo:

- el carácter excepcional o extraordinario respecto de aquel proceso cuya regularidad se trata de controlar;
- el rasgo de subsidiariedad en su relación con el recurso de amparo extraordinario ante el Tribunal Constitucional;
- y el efecto puramente rescisorio propio de los remedios.

6. Posible alcance

La situación presente incorpora sin duda aumento de carga para los órganos jurisdiccionales cuyas resoluciones pongan fin al proceso por no caber contra ellas recurso ordinario ni extraordinario, bajo la afirmación expresa de que la reforma opera «con la intención de aumentar las facultades de la jurisdicción

62 DOIG DÍAZ, Y., *op. cit.*

63 GUI MORI, T. «La modificación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Profunda reforma del recurso de amparo y de la nulidad de actuaciones». *La Ley*, Año XXVIII, núm. 6.791 (2 de octubre de 2007).

ordinaria (*sic*) para la tutela de los derechos fundamentales», y bajo una doble suposición de efecto teórico no dudoso, y de eficacia práctica esperable ya que:

- a) correlativamente se generará un descenso significativo en la cantidad de solicitudes de amparo extraordinario ante el Tribunal constitucional;
- b) si la anterior suposición es correcta, disminuirá el tiempo de respuesta ante la denuncia de lesión, porque los Tribunales de justicia deberían resolver por lo general la cuestión en menos tiempo del que ahora tarda un recurso de amparo, y porque el Tribunal Constitucional acelerará su respuesta si no necesita resolver tantas demandas de amparo.

Una solución mediante la que «puede lograrse que la protección de los derechos fundamentales tenga lugar predominantemente ante la jurisdicción ordinaria [...] de manera ágil [...] sin necesidad de abrir una nueva instancia [...]»,⁶⁴ y sin establecer desde luego un proceso completo, preferente y sumario cuya implantación ha venido siendo rechazada por parte de la doctrina con diversos argumentos,⁶⁵ entre otros porque «la creación de nuevos mecanismos procesales como medio para hacer descender el número de demandas de amparo es, en el mejor de los casos, una ingenuidad».⁶⁶

Lo cierto es que, como se ha ido desgranando a lo largo de las líneas que anteceden, la actual configuración de este incidente es producto de una larga cadena de correcciones en su estructura, a fin de alcanzar un equilibrio más

.....
64 BACHMAIER WINTER, L., *op. cit.*

65 DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I. «La reforma del artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: luces y sombras». *Tribunales de Justicia*, núm. 2 (1998), pp. 129 a 143.

66 Las opiniones de FERNÁNDEZ FARERES, G.; CRESPO BARQUERO, P. y OUBIÑOLA BARBOLLA, S., en VV. AA. *La reforma de la justicia constitucional*. Navarra: Aranzadi, 2006, son acogidas por BACHMAIER WINTER, L., *op. cit.*

depurado y estable entre aquellos dos objetivos institucionales de diversa naturaleza (justicia y seguridad jurídica), oscilando para ello las diversas proporciones que han ido siendo sucesivamente asignadas a la cosa juzgada y la nulidad; y aunque el método observado para llegar a consolidar una situación más o menos equilibrada pueda parecer exclusivamente fruto de una insuficiente meditación legislativa, lo cierto es que la sutilidad del equilibrio y el reducido margen de maniobra para ajustarlo han requerido de reiteradas correcciones —a veces mínimas— y en ocasiones incluso eminentemente pedagógicas o destinadas a subrayar algunas características naturales (y obvias conforme a su configuración) pero necesitadas de énfasis para mitigar la acusada inclinación al abuso, peligroso para su pervivencia institucional; no en vano algunos sistemas procesales supeditan sus cambios a una entrada en vigor provisional, precisamente por la dificultad para calibrar con suficiente exactitud sus consecuencias, de manera que las sucesivas enmiendas no resultan extrañas a la delicadeza exigida por los ajustes, que en este caso han tenido que ser múltiples hasta perfilar un mecanismo que ha limado muchas de sus anteriores asperezas como instrumento de control de la regularidad procesal, y que ahora incluye —además— el control de la regularidad material (y no sólo procesal) pero sin abandonar una estructura especialmente diseñada para el quebrantamiento de forma como objetivo original, lo que puede generar algunos inconvenientes adicionales, cuya detección apunta a la importancia de los trámites relacionados con la admisión o repulsa del incidente:

- A) En primer lugar, los trámites siguen respondiendo a aquella tradicional línea restrictiva, encaminada a aminorar las dificultades derivadas de un frecuente abuso instrumental, siendo clave en este sentido el trámite de admisión o repulsa, ligado al carácter excepcional de este incidente y ello explica que, abarcando ahora su objeto el ámbito del derecho material, se haya cuestionado en alguna medida el carácter restrictivo de su admisión: «Esta situación (su ámbito de aplicación restrictivo), sin embargo, no debe conducir a exigir, sin matices, un tratamiento excepcional del incidente de nulidad de actuaciones, que requiere ser interpretado conforme a los postulados del TC, según los

cuales, será preciso interpretar las normas procesales que integren alguna vía rescisoria de sentencias firmes en el sentido más favorable para permitir la tutela en fase jurisdiccional de los derechos fundamentales». ⁶⁷

Valga recordar que la extensión de su objeto hacia el derecho material no ha alterado el carácter subsidiario en relación con el recurso de amparo, y que las decisiones del Tribunal Constitucional en torno a la admisibilidad del recurso de amparo se reflejarán en el tratamiento dado por la jurisdicción a la admisibilidad del incidente.

Como ya se ha adelantado, en reiterados supuestos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional contra «el ejercicio abusivo e indebido de todos los remedios procesales imaginables en la vía judicial previa, los cuales sólo deben utilizarse cuando resulten razonablemente exigibles por ser procedentes conforme a las normas procesales, debiendo estimarse excluidos aquellos otros no previstos en la Ley o manifiestamente improcedentes en el curso del proceso de que se trate». ⁶⁸

Pero el Tribunal Constitucional también ha llegado a entender que la subsidiariedad responde no sólo a los medios de impugnación previstos, sino a cualquier cauce idóneo legalmente arbitrado, aunque «no constituya un recurso en su acepción procesal estricta», ⁶⁹ afirmando además que debe garantizarse el respeto pleno al derecho material concerniente a la tutela judicial efectiva en materia de acceso a los recursos, incluyendo una razonable armonización entre ese derecho y el riesgo que no tiene por qué asumir el litigante frente a las acciones o

67 DOIG DÍAZ, Y., *op. cit.*

68 STC 189/2002, de 14 de octubre.

69 STC 28/1993, de 25 de enero.

recursos de dudosa procedencia, y perfilando que la improcedencia de un recurso sólo es manifiesta cuando puede desprenderse de manera inequívoca y terminante del texto legal, no siendo tal cuando se puede colegir por alguna circunstancia que la parte ha actuado sin ánimo dilatorio.⁷⁰

Todo ello apunta a que el trámite de admisión resultará crucial, como ya se ha demostrado por sus antecedentes institucionales, a fin de administrar adecuadamente este instrumento excepcional en esta nueva etapa.

B) Otro posible inconveniente radica en que la decisión sobre indemnidad o lesión del derecho fundamental a depurar habrá quedado frecuentemente diferida a la competencia del mismo órgano que habrá sustanciado el proceso dentro del cual se haya podido producir la lesión denunciada, y especialmente —cuando ésta proceda directamente de la resolución que ponga fin al proceso— podría llegar a solicitarse, mediante este procedimiento, una segunda opinión del mismo órgano sobre una cuestión ya resuelta (lo que nuevamente obliga a remitir al trámite de admisión o repulsa).

C) Además, la ampliación del objeto de este instrumento hacia el control del derecho material buscada por la última reforma sólo potencia muy reducidamente la capacidad revisora en ese ámbito, dada la limitada viabilidad del procedimiento: «En efecto, de ordinario la vulneración de los derechos fundamentales de carácter sustantivo no encuadrados dentro del art. 24 CE ya habrá sido objeto del litigio, de manera que dicha infracción ya habrá podido ser denunciada antes de

.....
70 Un amplio comentario con abundante cita de sentencias puede hallarse en GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., *op. cit.*

dictarse la sentencia o resolución firme»,⁷¹ y aun elasticando (al máximo y siempre con exquisita prudencia) la admisión a trámite de este instrumento excepcional, la posible decisión reparadora quedará sujeta a una segunda opinión emitida por el mismo órgano que ya resolvió sobre tal extremo, lo que no favorece la soltura del instrumento como medio para obtener el amparo ordinario, aunque cabe recordar que la protección de los derechos fundamentales viene encomendada a los órganos jurisdiccionales de modo permanente en todas sus actuaciones, de las que este instrumento quiere ser una pieza final de carácter excepcional para corregir posibles desviaciones *in extremis*.

Cierto es que el actual objeto de este procedimiento facilita sortear la situación de doble concurrencia lesiva que anteriormente se producía entre defectos de forma y/o incongruencia (que entonces eran las exclusivas del incidente) y otras posibles vulneraciones de derechos fundamentales distintos (que entonces eran impropias del incidente), lo que obligaba frecuentemente a una prudente interposición simultánea del incidente y del recurso de amparo,⁷² ahora innecesaria por la coincidencia de objetos entre ambos procedimientos, que pivotan por igual sobre las vulneraciones de dimensión constitucional en el ámbito de los derechos a que se refiere el art. 53.2 CE. Y además puede haber forzado plausiblemente a que se clarifique la sustancialidad de la pretensión de amparo ordinario ante la jurisdicción antes de que sobre su admisión tenga que llegar en su caso a pronunciarse el Tribunal Constitucional.

71 BACHMAIER WINTER, L., *op. cit.*

72 GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, M., *op. cit.*, y DOIG DÍAZ, Y., *op. cit.*

D) Pero entiendo que sólo cabe exigir tangencialmente a este incidente una significativa aminoración de la tendencia a recurrir ante el Tribunal Constitucional, ya que su genuina finalidad no es regular el acceso al amparo extraordinario (aunque en buena medida debería tener capacidad para influir en ello indirectamente), sino afinar el delicado equilibrio entre justicia y seguridad jurídica, permitiendo un control de la regularidad procesal *in extremis*. De modo que, aunque acabara revelándose como puramente virtual y nada efectivo como filtro reductor del amparo extraordinario ante dicho Tribunal a consecuencia de unos reducidos márgenes aplicativos, no parece que ello pueda achacarse a una anomalía propia, al menos desde su actual configuración.



UNA APROXIMACIÓN A LA NATURALEZA
JURÍDICA DE LA RETENCIÓN EN EL IMPUESTO
DE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Juan Calvo Vérguez

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de Extremadura

I. El concepto de pagos a cuenta en el IRPF: consideraciones generales. II. Modalidades de pagos a cuenta: la retención en sentido estricto. III. Nacimiento de la obligación de retener o ingresar a cuenta e imputación temporal de las retenciones o ingresos a cuenta en el IRPF. IV. La trascendencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 y de 5 de marzo de 2008 y su proyección sobre la doctrina administrativa. V. Bibliografía.

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar la cuestión relativa a la naturaleza jurídica que adquiere el mecanismo de la retención en el IRPF. Tras una delimitación preliminar de la cuestión, y a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial elaborada por el Tribunal Supremo, se analiza qué sucede en aquellos supuestos en los que el perceptor de las rentas sometidas a retención no incluye en su declaración la totalidad de las rentas en cuestión, produciéndose en consecuencia un incumplimiento de los requisitos exigidos al efecto.

PALABRAS CLAVE: *IRPF, obligación tributaria, pago del tributo, retención tributaria, ingresos a cuenta, sujeto pasivo, contribuyente.*

RESUM

Aquest article té per objecte analitzar la qüestió relativa a la naturalesa jurídica que adquireix el mecanisme de la retenció en el IRPF. Després d'una delimitació preliminar de la qüestió, i a la llum de la recent doctrina jurisprudencial elaborada pel Tribunal Suprem, s'analitza què succeeix en aquells supòsits en els quals el perceptor de les rendes sotmeses a retenció no inclou en la seva declaració la totalitat de les rendes en qüestió, produint-se en conseqüència un incompliment dels requisits exigits a aquest efecte.

PARAULES CLAU: *IRPF, obligació tributària, pago del tributo, retenció tributària, ingressos a compte, subjecte passiu, contribuent.*

ABSTRACT

This article has as its object the analyzing of the question relative to the legal nature which the mechanism of withholding in Income Tax acquires. Following a preliminary delimitation of the question, and in the light of the recent High Court judgments, we proceed to analyze what happens in those cases in which the income earner earning an income subject to withholding does not include in his return the whole of the income subject to withholding, therefore causing the non-fulfilment of the requisites imposed to such effect.

KEY WORDS: *Income Tax, tax obligation, payment of tax, withholding tax, payments on account, tax obligor, tax payer.*

I. El concepto de pagos a cuenta en el IRPF: consideraciones generales

Sin lugar a dudas, los denominados «pagos a cuenta» representan una de las figuras de mayor importancia jurídica y económica en el ámbito, no ya sólo del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), sino también del Impuesto de Sociedades (IS), constituyendo un extraordinario mecanismo de recaudación dentro de la política tributaria.

En efecto, los pagos a cuenta, entendidos como categoría jurídica, no constituyen un instituto privativo del IRPF, a pesar de que sea en el seno de este Impuesto donde los mismos alcanzan una importancia decisiva, debido al volumen recaudatorio derivado de su aplicación, a la generalidad de ésta y a la complejidad de las relaciones originadas.

Ha de reconocerse no obstante que es en el ámbito del Impuesto sobre la Renta donde el legislador ha desarrollado la regulación esencial de los pagos a cuenta con el objetivo de lograr, en aras de una correcta aplicación del citado Impuesto, que el importe de los mismos se ajuste a la suma que deba ingresar el contribuyente en concepto de deuda tributaria.

Se caracteriza en esencia esta figura jurídica, a la que la propia Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT) considera integrada en la relación

jurídico-tributaria (art. 17.3), por articular un determinado mecanismo que permita obtener de forma periódica en el tiempo diversos fondos destinados a la Hacienda Pública, evitando problemas de financiación a ésta derivados de una única obtención de ingresos coincidente con el período de declaración y pago del Impuesto.⁷³ Los inconvenientes que podría llegar a ocasionar en la persona del contribuyente el ingreso de la cuota correspondiente a todo un período impositivo de una sola vez son igualmente considerables. Parece pues conveniente facilitar el abono del tributo a través de su reparto en el tiempo.⁷⁴

Así las cosas, los pagos a cuenta se configuran como un mecanismo previsto por el ordenamiento con la finalidad de facilitar la exacción de diversos tributos y consistente en la detracción de una determinada cantidad procedente de una suma de dinero abonada a un tercero en el mismo momento del pago con el objetivo de llevar a cabo el ingreso de la referida suma en el Tesoro.⁷⁵

.....

73 Téngase presente que en el IRPF el devengo y la consiguiente exigibilidad de las correspondientes obligaciones tributarias se produce normalmente el día 31 de diciembre. Pues bien, como quiera que la Hacienda Pública necesita disponer de liquidez a lo largo de todo el año, ha de arbitrase una fórmula a través de la cual se logre que el Tesoro Público disponga regularmente de la liquidez que precisa. En este sentido, la fórmula de los ingresos a cuenta permite regular, a través de los correspondientes anticipos, la Tesorería del Estado, pudiendo hacerse frente a los gastos presupuestados del ejercicio.

74 Tal y como pone de manifiesto PÉREZ ROYO, F. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General* (14ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pág. 162, «De lo que se trata es, por un lado, de conseguir atender a las necesidades de tesorería de la Hacienda, que percibe la mayor parte de los ingresos (por IRPF y también en el IS) con periodicidad trimestral, aunque el impuesto se devengue a fin de año y sea objeto de declaración al siguiente. Por otro lado el sujeto pasivo ha de satisfacer el impuesto, vía retenciones, a medida que obtiene los ingresos, generalmente en forma mensual».

75 Véase MORIES JIMÉNEZ, M.ª T. *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Madrid: Marcial Pons, 1996, pág. 20. Asimismo pueden consultarse a este respecto los trabajos de: MARTÍN QUERALT, J. «Notas en torno a la configuración jurídica de la retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». *Hacienda*

Por otra parte cabe señalar que la gestión de un impuesto como el IRPF se apoya de manera decisiva en esta anticipación de ingresos que suponen los pagos a cuenta y, en menor medida, en los pagos fraccionados. La Administración Tributaria se sirve de estos pagos a cuenta para establecer un importante mecanismo de control de las distintas manifestaciones de renta que deben quedar sujetas a gravamen, lográndose de este modo una considerable disminución del fraude fiscal, que suele ser más elevado en aquellas modalidades de rendimientos que, por no estar sujetos al régimen de retención, quedan fuera del control de la Hacienda Pública.

La Administración puede concentrar las operaciones de ingreso en un número de sujetos mucho más reducido que el de contribuyentes, quienes, en la mayoría de los casos (al menos en el IRPF), reducirán su relación con Hacienda a la cuenta final, a ingresar o a devolver, de la declaración anual. Cumple así el sistema una importante función de información debido al flujo de datos que la Administración recibe de los retenedores.⁷⁶

.....
Pública Española, núm. 82 (1983); ELIZALDE Y AYMERICH, P. «La retención tributaria como acto económico-administrativo», en la obra colectiva *Derechos y garantías del contribuyente*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983; LEJEUNE VALCÁRCEL, E. *La anticipación de los ingresos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Madrid: Edersa, 1983, y ALGUACIL MARÍ, P. *La retención a cuenta en el ordenamiento tributario español*. Pamplona: Aranzadi, 1995.

76 Es esta una circunstancia que ya en su momento fue puesta de manifiesto por FEDELE, A. «La teoría del procedimiento de imposición y la denominada anticipación del tributo». *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 114 (1974), pág. 1.271. La valiosa información que a través de los pagos a cuenta obtiene la Administración tributaria ha sido subrayada por BANACLOCHE PÉREZ, J. «Reformas tributarias necesarias (I)». *Impuestos*, 1992, tomo II, págs. 12 y 13, quien destaca además que, de este modo, «La Administración se tiene que relacionar con menor número de sujetos quienes de hecho estarán poco interesados en evadir, por no ser ellos los incididos por el impuesto y por las fuertes sanciones que les acarrearía el incumplimiento de su colaboración forzosa y no retribuida».

Siguiendo a CHECA GONZÁLEZ,⁷⁷ a través de los pagos a cuenta la Hacienda Pública ve como, con carácter regular y de forma continuada, afluyen ingresos a ella a medida que los contribuyentes van obteniendo la renta que va a ser objeto de gravamen, pudiendo aquélla hacer frente a los compromisos presupuestarios que pudiera haber asumido.⁷⁸

Todo ello sin perjuicio del desplazamiento que estos pagos a cuenta originan hacia la persona del contribuyente de una parte considerable de la gestión del IRPF. En efecto, los sujetos pasivos afectados por la obligación de retener deben gestionar por cuenta y beneficio de la Hacienda Pública una porción importante del Impuesto, lo que supone una presión tributaria indirecta a tener en cuenta, pero también una mejor ordenación de la Tesorería del Estado y una mayor comodidad para el pago por parte del contribuyente. En palabras de PÉREZ ROYO,⁷⁹ «No cabe duda que un Impuesto sobre la Renta potente tiene

.....

77 CHECA GONZÁLEZ, C., en la obra colectiva (MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., coord.). *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Valladolid: Lex Nova, 1999, pág. 346.

78 Esta circunstancia fue esgrimida en su momento por MOSCHETTI, F. *El principio de capacidad contributiva*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980, pág. 384, para calificar a la retención como «instrumento indispensable de política tributaria».

79 PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (3ª ed.). Madrid: Marcial Pons, 2000, pág. 585. Véanse igualmente a este respecto, entre otros, GARCÍA AÑOVEROS, J. [et. al.]. *Manual del Sistema Tributario Español* (6ª ed.). Madrid: Civitas, 1998; CARBAJO VASCO, D. *Todo sobre el nuevo IRPF*. Barcelona: Praxis, 1999; LÓPEZ BERENGUER, J. *El nuevo IRPF y el nuevo Impuesto sobre los No Residentes*. Madrid: Dykinson, 1999; MARTÍN DELGADO, J. M.^a «Razones y sinrazones de la reforma del IRPF». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100 (1999); YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.; GARCÍA NOVOA, C.; LÓPEZ DÍAZ, A. *Estudios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Valladolid: Lex Nova, 2000, y MARTÍN QUERALT, J. en la obra colectiva (CLAVIJO HERNÁNDEZ, F.; FERREIRO LAPATZA, J. J.; MARTÍN QUERALT, J.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.; PÉREZ ROYO, F.). *Curso de Derecho Tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en particular* (19ª ed.). Madrid: Marcial Pons, 2003.

que descansar en un bien organizado sistema de retenciones que haga coincidir el momento del pago del impuesto con el del cobro de la renta por parte del contribuyente. De no ser así, el Impuesto sobre la Renta perdería inevitablemente parte sustancial de su potencia recaudatoria».

Por su parte, FERREIRO LAPATZA⁸⁰ subraya la circunstancia de que «A través del sistema de pagos a cuenta se ha venido a establecer una garantía de la obligación tributaria principal respecto de la cual aquélla aparece configurada como obligación accesoria». A nuestro juicio, sin embargo, más que de una obligación accesoria, debe hablarse de una obligación tributaria «a cuenta» caracterizada por la existencia de una dependencia en sus efectos respecto de los de la obligación tributaria principal, que eventualmente surgirán en el futuro. Pero en todo caso ha de quedar claro que la referida obligación de efectuar pagos a cuenta surge de la realización de un presupuesto de hecho autónomo respecto de la obligación tributaria principal, al margen de que ésta última, insistimos, pueda llegar a nacer en el futuro.⁸¹

La normativa aplicable a los denominados pagos a cuenta queda establecida, dentro del ámbito del IRPF, en los arts. 99 a 101 y 105 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto (LIRPF), y 7 en los arts.

.....
80 FERREIRO LAPATZA, J. J. «La figura del sustituto en las nuevas Leyes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades». *Crónica Tributaria*, núm. 28 (1979), pág. 68.

81 Coincidimos en este sentido con SOLER ROCH, M.^a T. «Notas sobre la configuración de las obligaciones y deberes tributarios, con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 25 (1980), pág. 17, cuando afirma que «Las obligaciones accesorias, en sentido técnico, son aquéllas en las que el presupuesto de hecho, aún siendo en sí mismo autónomo, guarda relación directa con una obligación tributaria ya realizada, sin cuya existencia sería imposible el nacimiento mismo de la obligación accesoria, lo cual, evidentemente, no tiene lugar en el caso de la retención a cuenta, ya que aquí el supuesto de hecho que la origina no deriva de una obligación preexistente sino, en todo caso, futura e incierta».

4 a 108 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba su Reglamento.

Ciertamente, la regulación consagrada por el legislador tributario a los llamados pagos a cuenta se presenta un tanto escasa, reduciéndose a varios preceptos. Son en consecuencia las normas de carácter reglamentario las que vienen a conformar el desarrollo jurídico de estos pagos. Es de agradecer, no obstante, que la norma legal, al amparo del principio constitucional de reserva de Ley, desarrolle una regulación de esta institución, lo que contrasta con la ausencia de regulación de importantes aspectos de esta figura jurídico-tributaria que tenía lugar en leyes precedentes.⁸²

Se refiere, en primer lugar, el art. 99 de la Ley 35/2006, a la obligación de practicar pagos a cuenta. A continuación, su art. 100 alude a las normas sobre pagos a cuenta, transmisión y obligaciones formales relativas a actos financieros y otros valores mobiliarios. Finalmente, el art. 101 de la Ley determina el importe de los pagos a cuenta. Por su parte, el art. 105 se encarga de delimitar las obligaciones formales del retenedor y del obligado a practicar ingresos a cuenta.

En suma, a través de los citados preceptos se dispone todo lo fundamental en relación con las retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados, desde la naturaleza de tales instituciones hasta las obligaciones formales vinculadas a

.....

82 Así, por ejemplo, resulta cuanto menos chocante lo declarado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Asturias en su Sentencia de 28 de abril de 1998, en la que se afirmó que el hecho de que la antigua Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora del IRPF, confiara prácticamente en exclusiva toda la regulación normativa de las retenciones al Reglamento del Impuesto por aquel entonces vigente no vulneraba el principio de reserva de Ley, argumentándose que «no se trataba en el caso de las retenciones de la constitución o modificación de un impuesto, sino de establecer una forma de recaudación». En nuestra opinión, esta argumentación se muestra incompatible con la calificación de la obligación de retener como una obligación autónoma e independiente.

las mismas, pasando por los sujetos obligados a retener y/o ingresar a cuenta, las rentas sometidas a dicha obligación, el importe máximo de los pagos anticipados o las consecuencias derivadas del incumplimiento total o parcial de la obligación de retener e ingresar a cuenta.

Desde diversos sectores doctrinales se ha puesto de manifiesto la «volatilidad» que presentan las normas reglamentarias reguladoras de los pagos a cuenta,⁸³ lo cual origina, sin lugar a dudas, una cierta inseguridad jurídica en el tráfico tributario que termina por incidir en el propio sujeto afectado, el cual podría llegar a cometer una determinada infracción tributaria no existiendo la menor intención de tal, dadas las numerosas obligaciones formales instauradas por el legislador.

A nuestro juicio, es esta una materia que necesariamente ha de ser objeto de estabilidad normativa. Por otra parte, y dada la trascendencia que los pagos a cuenta adquieren en la configuración de la situación jurídica del administrado frente a la Hacienda Pública, podría resultar conveniente incrementar la regulación encomendada a la Ley en esta materia.

La norma legal no debe limitarse únicamente a encuadrar y enunciar el tratamiento de la materia efectuando una inmediata remisión reglamentaria. Por el contrario, debe ir más allá, desarrollando como mínimo el conjunto de elementos esenciales integradores de los pagos a cuenta. Así lo demanda además el necesario respeto al principio constitucional de reserva de ley.

¿Qué naturaleza hemos de atribuir a los pagos a cuenta? Afirma el art. 99 de la LIRPF que los pagos a cuenta, al igual que sucede con los restantes pagos anticipados, tienen la consideración de deuda tributaria. Ahora bien, ¿son los pagos a cuenta a los que se refiere el citado precepto de la Ley 35/2006

.....
83 En este sentido se pronuncian, entre otros autores, CAZORLA PRIETO, L. M.^a; PEÑA ALONSO, J. L. *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Ley 40/1998 y su Reglamento*. Pamplona: Aranzadi, 1999, pág. 377.

auténticos pagos de la obligación tributaria? La respuesta a esta cuestión ha de ser necesariamente negativa. Téngase presente que el pago a cuenta se efectúa *con anterioridad* al nacimiento de la obligación tributaria principal derivada de la relación jurídico-tributaria. Y, como es de sobra conocido, para que pueda hablarse del pago como medio de extinción de la obligación tributaria se requiere la existencia de una obligación cierta y exigible.

Debe quedar claro, por tanto, que los obligados al pago a cuenta no lo son como consecuencia de la relación jurídico-tributaria principal que origina la realización del hecho imponible del Impuesto. Nos hallamos ante una obligación que nace de una relación distinta a la jurídico-tributaria principal, cuyo presupuesto de hecho viene determinado por el abono de rendimientos sujetos a pagos a cuenta.⁸⁴ Y el hecho de que lo ingresado por el retenedor aproveche al retenido, como pago anticipado del IRPF de este último, no significa que la obligación que el retenedor ha de cumplir sea una obligación ajena.

Las obligaciones tributarias derivadas de los pagos a cuenta determinan un anticipo del ingreso del impuesto, en nuestro caso del IRPF, del que es contribuyente aquel por cuya cuenta el obligado realiza el ingreso. Ahora bien, no todas las obligaciones tributarias contempladas dentro de la categoría general de los llamados «pagos a cuenta» presentan idéntico ámbito subjetivo. En efecto, mientras las retenciones y los ingresos a cuenta inciden sobre quien ha de efectuar el ingreso (ya sea en concepto de retención o en el de ingreso a cuenta en sentido estricto) así como sobre el contribuyente por cuya cuenta aquél lo realiza, los pagos fraccionados tienen como destinatario de la obligación correspondiente al contribuyente que realiza actividades económicas.

.....

84 Véase CAZORLA PRIETO, L. M.^a; PEÑA ALONSO, J. L. *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Ley 40/1998 y su Reglamento*, op. cit., pág. 374.

II. Modalidades de pagos a cuenta: la retención en sentido estricto

Tal y como hemos puesto de manifiesto con anterioridad, los pagos a cuenta se configuran como una categoría genérica dentro de la cual es necesario englobar diversas modalidades de los mismos. Así, al amparo de lo dispuesto por el art. 99 de la Ley 35/2006, los pagos a cuenta en el IRPF pueden consistir en retenciones, ingresos a cuenta y pagos fraccionados.

No obstante, aun siendo estas tres grandes modalidades las que integran el ámbito de los pagos a cuenta, es posible aludir dentro de la normativa tributaria a otras distintas que pueden llegar a tener una cierta incidencia indirecta en el impuesto. Piénsese, por ejemplo, en la retención del 3% del importe de la contraprestación acordada en la adquisición de bienes inmuebles a no residentes, a la que se refiere el art. 25.2 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes (TRLIRNR), a cuyo tenor «Tratándose de transmisiones de bienes inmuebles situados en territorio español por contribuyentes que actúen sin establecimiento permanente, el adquirente estará obligado a ingresar el 3% o a efectuar el ingreso a cuenta correspondiente, de la contraprestación acordada, en concepto de pago a cuenta del impuesto correspondiente a aquellos».

Tres son las obligaciones que integran los pagos a cuenta. Así, cabe referirse, en primer lugar, a los pagos fraccionados que han de ser realizados tanto en el IRPF como en el IS, con carácter trimestral, por los propios contribuyentes en determinados supuestos previstos en las leyes de los citados impuestos.

Como es sabido, el obligado a efectuar pagos fraccionados no representa una figura distinta del contribuyente. En efecto, es el propio contribuyente de los citados impuestos el que, además de su deber de satisfacer la obligación principal y de los deberes formales correspondientes, asume, en determinados supuestos, la obligación de realizar estos pagos fraccionados o adelantados que se deducirán de su deuda final. La obligación de realizar dichos pagos

fraccionados es pues autónoma e independiente de la obligación principal, lo que se manifiesta, por ejemplo, en que pueda ser sancionada de manera separada. Pero en todo caso el sujeto va a ser el mismo: el contribuyente.⁸⁵

En segundo término, hemos de aludir a la figura de los ingresos a cuenta, los cuales, aunque se presenten como una figura separada, resultan equiparados en su función a las retenciones. Se refieren estos ingresos a cuenta a supuestos en que los pagos que deberían dar lugar a retención se satisfacen en especie. Como en estos casos no se puede practicar retención propiamente dicha, la entidad pagadora ingresa en tal concepto la cantidad correspondiente a la aplicación del tipo de retención sobre el valor de mercado de la prestación en especie. Esta cantidad se ha de sumar a la del pago en especie para determinar su importe bruto, deduciéndose en su momento como pago a cuenta.⁸⁶

Dentro de las distintas modalidades que integran los llamados pagos a cuenta destaca la figura de la retención, en virtud de la cual, aquel a quien se impone legalmente la obligación de retener (retenedor) detrae una determinada cantidad de lo abonado en metálico al contribuyente (que tiene la obligación de soportar esta actuación) e ingresa dicha cantidad en la Hacienda Pública.

Es esta, igualmente, una figura de ingreso propia del régimen de gestión, no ya sólo del IRPF, sino también del IS. En ambos tributos se establece que los pagos realizados a sujetos pasivos se encuentran en determinados casos sujetos a retención por el pagador en concepto de ingreso a cuenta de la obligación del sujeto pasivo principal. El sujeto obligado a practicar la retención

85 Véase a este respecto PÉREZ ROYO, F. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*, op. cit., pág. 161.

86 Véase COLAO MARÍN, P. A. *Las rentas en especie en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

sobre el contribuyente y a realizar su ingreso en el Tesoro es un tercero (retenedor).⁸⁷

La retención consiste por tanto en la acción de retraer, con ocasión de unos pagos que deben efectuarse a un tercero, parte de los mismos, ingresándolos a la Hacienda Pública en concepto de pago anticipado o a cuenta del IRPF del perceptor de las rentas abonadas. Nos hallamos pues ante una obligación de contenido complejo que se desdobra en dos actuaciones de carácter correlativo. De una parte, la obligación de detraer o retener en sentido estricto. Y de otra, la obligación de ingresar.

La aplicación efectiva de estos mecanismos dependerá siempre del cumplimiento de dos condiciones, una de carácter objetivo y la otra de carácter subjetivo. En primer lugar, que las rentas satisfechas se encuentren entre las sujetas a retención por el legislador. Y, en segundo término, que el sujeto que efectúe su abono resulte obligado a practicar retención. Únicamente cuando se cumplan ambas condiciones nacerá, a cargo del sujeto que realiza el abono de las rentas, la obligación de retener y/o ingresar a cuenta, debiendo el que cobra por su parte soportar dicha retención.

.....

87 Precisa, no obstante, CALVO ORTEGA, R. *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario. Parte General* (8ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas, 2004, pág. 159, que aunque en nuestro ordenamiento se califiquen de manera imprecisa estos pagos como «pagos a cuenta», lo que significaría que la obligación tributaria ha nacido, «Una interpretación sistemática de todos los preceptos lleva a la conclusión de que estamos en presencia de una entrega a cuenta, procediendo la devolución en el caso de que la obligación no surja o lo haga por una cantidad inferior a la ingresada. Se trata, obviamente, de rentas sujetas al impuesto y nada impide que haya sustitución en la entrega a cuenta con motivo del pago que el sustituto realiza de tales rentas al contribuyente. Más que de pagos a cuenta debería hablarse de ingresos a cuenta, lo que eliminaría la objeción citada».

La situación del retenedor como obligado tributario es definida por el art. 37.2 de la LGT en los siguientes términos: «Es retenedor la persona o entidad a quien la Ley de cada tributo impone la obligación de detraer e ingresar en la Administración tributaria, con ocasión de los pagos que deba realizar a otros obligados tributarios, una parte de su importe a cuenta del tributo que corresponda a éstos».

Esta definición parece tomada, en cierta medida, de aquella que la antigua LGT de 1963 añadía a la de sustituto para delimitar el supuesto principal de sustitución en algunos de los impuestos que resultaron integrados en el IRPF.⁸⁸ Sin embargo, mientras en dicha definición se hablaba de «retención del tributo», ahora se alude a la retención de «parte de su importe». La razón es sencilla: en el sistema originario el retenedor, como sustituto que era, desplazaba completamente de la relación jurídica al contribuyente; en cambio, en el sistema vigente el contribuyente se mantiene en dicha relación.⁸⁹

Nótese, por otra parte, como en la definición que nos ofrece el citado art. 37.2 de la LGT de 2003 se habla del retenedor como una figura presente en la «ley de cada tributo» cuando, como es sabido, la figura aparece únicamente en la Ley propia de determinados tributos. En todo caso, nos hallamos ante una figura característica de los actuales impuestos sobre la renta, en los que

.....

88 Un supuesto característico de esta sustitución por retención era el de los empresarios (sustitutos) que retenían, al pagar los salarios de sus empleados (contribuyentes), la deuda tributaria exigible conforme al ya derogado Texto Refundido del Impuesto sobre los Rendimientos del Trabajo Personal de 2 de marzo de 1968.

89 En este sentido cabe afirmar que la terminología adoptada por la vigente Ley 58/2003 ha contribuido a incrementar aún más la confusión existente al respecto. Y es que mientras las antiguas Leyes del IRPF de 1978 y de 1991, así como la antigua LIS de 1995, denominaban sujetos pasivos a quienes soportan la retención, la Ley del IRPF de 1998 y el posterior RDLeg 3/2004, de 5 de marzo, los denominaron «contribuyentes». Se produjo así una heterogeneidad terminológica que la LGT de 2003 no ha resuelto.

desempeñan una función trascendental en su recaudación y control. Podemos afirmar incluso que, en la actualidad, los retenedores han desplazado, en alguno de los impuestos de mayor importancia en nuestro ordenamiento, a los sustitutos de los contribuyentes.

Se impone pues la obligación de detraer e ingresar la retención al pagador o retenedor, y la de soportarla al sujeto pasivo o retenido. Esta configuración del alcance subjetivo de la retención la hace coincidente en este aspecto con el ingreso a cuenta, diferenciándola en cambio de los pagos fraccionados, que han de ser realizados como es sabido por el propio contribuyente sin intervención de tercero alguno.

Ahora bien, el retenedor debe satisfacer su pago al retenido en metálico, esto es, en dinero y no en especie. Este aspecto diferencia a las retenciones de los ingresos a cuenta. En efecto, mientras las primeras se llevan a efecto cuando median abonos en metálico, los segundos se articulan a través de abonos en especie. Así se deduce de lo dispuesto en los apartados 1º y 2º del art. 74 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del IRPF, y en el que se regula la obligación de practicar retenciones e ingresos a cuenta del citado Impuesto.⁹⁰ Por lo que respecta al

.....

90 Tal y como pone de manifiesto PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*, op. cit., pág. 588, fue la Ley 14/1985, sobre el régimen fiscal de determinados activos, la que vino a introducir la figura del ingreso a cuenta como sustitutiva de las retenciones para supuestos en que éstas son imposibles de efectuar. Piénsese que, al no existir pago en metálico, resultaba inviable la aplicación de la retención y, por ello, se arbitró, en su lugar, un mecanismo consistente en un ingreso en metálico denominado «ingreso a cuenta». Así sucedía, por ejemplo, en relación con las retribuciones en especie del capital mobiliario y con aquellos casos en los que el rendimiento fijado por el legislador para las operaciones vinculadas era superior al pactado de modo efectivo por las partes. Con posterioridad, el Reglamento de 1991 extendió la obligación de efectuar ingresos a cuenta. Finalmente, a partir de 1992, todos los rendimientos en especie (salvo los de capital inmobiliario o los empresariales) son susceptibles de originar ingresos a cuenta, incluidos los

pago fraccionado, ha de llevarse a cabo igualmente en metálico si bien, al amparo de lo establecido en el art. 109 del citado Real Decreto 439/2007, corresponde su realización al propio contribuyente y no a un tercero.

En la articulación de la retención convergen por tanto obligaciones tributarias con destinatarios y contenidos claramente diferenciados. Es destinatario de la obligación tributaria intrínseca a la retención el retenedor, consistiendo aquélla, como ya sabemos, en detraer la cantidad en metálico que se determine reglamentariamente teniendo en cuenta los límites cuantitativos excluyentes de la obligación de retener e ingresarla en la forma que se establezca.

El retenedor detrae dinero ajeno con el objetivo de ingresarlo en el Tesoro Público. No sólo retiene, sino que al mismo tiempo asume la citada obligación de efectuar el ingreso. No nos hallamos ante dos obligaciones idénticas. Por el contrario, son dos obligaciones autónomas y plenamente diferenciadas. La obligación que asume el retenedor de efectuar el ingreso en el Tesoro en los plazos fijados en la normativa es autónoma e independiente de la obligación principal correspondiente al contribuyente a quien se practica la retención.⁹¹

.....
premios en especie derivados de la participación en concursos, juegos, rifas o combinaciones aleatorias.

91 Declara a este respecto el TEAC, en Resolución de 10 de enero de 1996, que «El retenedor es deudor de la retención por haber realizado el hecho al que la ley conecta el desencadenamiento del mecanismo de retención. Está obligado al pago de la deuda tributaria como deudor principal y actúa e nombre propio. Es deudor de su obligación propia en virtud de la carga personal y patrimonial que le es impuesta; obligación tributaria autónoma e independiente de la que le corresponde al contribuyente. Este queda liberado de la obligación de pago de las cantidades cuya retención se ordene reglamentariamente, incluso cuando la retención no se practicara».

Como bien ha señalado CALVO ORTEGA⁹², «No tiene lugar en ningún caso una liberalización total del contribuyente, que sigue respondiendo de la obligación en su conjunto y sólo considera la prestación efectuada por el retenedor para su integración posterior». Y es que la obligación de retener nace de su propio presupuesto de hecho, consistente, como ya sabemos, en la realización de pagos comprendidos dentro de la categoría de sujetos a retención en la Ley de los distintos tributos. La obligación es asimismo autónoma porque corresponde a un sujeto diferente, al margen de que su pago aproveche al sujeto pasivo.

De hecho, el incumplimiento de la obligación de retener no excusa su ingreso en el Tesoro, al margen de las acciones existentes para hacer efectiva la retención. El contribuyente no queda desvinculado de la globalidad de la obligación, debiendo computar su renta por la cantidad íntegra devengada.

No parece en consecuencia posible que la conducta ilícita derivada del incumplimiento de una obligación legal como la de retener pueda tener un efecto liberatorio respecto de otra, como la de ingresar su importe.

92 CALVO ORTEGA, R. *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario. Parte General*, op. cit., pág. 157.

La omisión del deber de detraer o retener no excusa de la correlativa de ingresar.⁹³ La Hacienda Pública tiene derecho a exigir al retenedor el ingreso de aquellas cantidades que debió retener, al margen de que la retención se haya practicado o no, y con independencia de lo reflejado como retención a cuenta por el sujeto retenido en su declaración del impuesto.

El retenedor adquiere siempre frente a la Hacienda Pública todos aquellos derechos habituales relacionados con el ámbito de la gestión tributaria, entre ellos el derecho a solicitar la devolución de las cantidades indebidamente ingresadas por este concepto. Pero debe quedar claro que si las retenciones ingresadas en el Tesoro llegasen a ser declaradas excesivas en una resolución dictada en vía económico-administrativa, la devolución se haría directamente a la persona del contribuyente que soportó la retención y no, en cambio, al retenedor que la practicó en exceso. Asimismo no pueden aplazarse las deudas correspondientes a cantidades retenidas o que se hubieran debido retener a terceros y, en particular, las derivadas de retenciones a cuenta del IRPF y del IS.

.....

93 En efecto, el retenedor se encuentra obligado al pago haya o no llevado a cabo de manera efectiva la retención sobre el sujeto pasivo. Así lo establece la LIRPF en su art. 99.4 al señalar que «En todo caso, los sujetos obligados a retener o a ingresar a cuenta asumirán la obligación de efectuar el ingreso en el Tesoro, sin que el incumplimiento de aquella obligación pueda excusarles de ésta». Por otra parte, recuérdese que la LGT tipifica como infracción tributaria grave el incumplimiento del deber de sigilo que resulta exigible a retenedores y obligados a ingresar a cuenta. En efecto, de conformidad con lo dispuesto por su art. 204, constituye infracción tributaria el incumplimiento del deber de sigilo que la Ley exige en su art. 95 a retenedores y obligados a realizar ingresos a cuenta. Es esta una infracción tributaria grave sancionable con multa de 300 euros por cada dato o conjunto de datos referidos a una misma persona o entidad que hubiera sido comunicado indebidamente. La sanción se gradúa además incrementando la referida cuantía en el 100% si hubiese existido comisión repetida de la infracción.

Por lo que respecta al perceptor de las rentas sujetas a retención, éste asume la obligación de soportar la retención en concepto de anticipo de la cuota definitiva que habrá de ingresar en su momento oportuno. Para ello será necesario que dicha retención haya sido practicada con arreglo a derecho. En caso contrario, el contribuyente podría esperar a la declaración anual del Impuesto para regularizar su situación, obteniendo como menor cuota a ingresar o mayor a devolver el exceso de las retenciones soportadas sobre las que reglamentariamente resulten procedentes.

También podría aquél interponer reclamación económico-administrativa contra la actuación del retenedor. Y en el supuesto de que el Tribunal declarase la retención excesiva, el contribuyente tendría derecho a obtener la devolución del exceso directamente de la Hacienda Pública (si la retención se hubiera ingresado ya), o del retenedor (si el ingreso de la retención no se hubiera producido aún). En cambio, si el Tribunal declarase la retención insuficiente, ordenaría al contribuyente que la hubiese soportado ingresar en el Tesoro en un plazo de 15 días la cantidad correspondiente.

Por otra parte, el retenido tiene derecho frente a la Hacienda Pública a deducir en su declaración anual del Impuesto la cantidad que le debió ser retenida cuando, por causa imputable al retenedor u obligado a ingresar a cuenta, se le hubiese descontado por éste un importe inferior al debido. ¿Cuál es la razón de ser de esta disposición? Sencillamente ello se explica por la personalización de las obligaciones tributarias y, en consecuencia, por el hecho de la no comunicación de responsabilidad. El incumplimiento tributario del retenedor no puede incidir sobre el contribuyente.

Esta regla sólo quebraría en el supuesto de que el contribuyente no pudiese probar la contraprestación íntegra devengada, en cuyo caso la Administración Tributaria podría computar como importe íntegro una cantidad que, una vez restada de ella la retención procedente, arrojase la efectivamente percibida. En

este caso, al que se refiere el párrafo 4º del art. 99.5 LIRPF, se deduciría de la cuota, como retención a cuenta, la diferencia entre lo realmente percibido y el importe íntegro.⁹⁴

Puede suceder igualmente que el sujeto pasivo que deba soportar la retención no deduzca en su correspondiente declaración más que aquellas cantidades efectivamente retenidas. Ahora bien, ello no liberará al retenedor de sus obligaciones respecto de las retenciones omitidas o insuficientemente practicadas. La Administración no puede, sin embargo, exigir al retenedor el importe de aquellas retenciones que resulten omitidas cuando la causa de tal omisión haya sido la comunicación de datos falsos, incorrectos o inexactos por parte del contribuyente perceptor de las rentas sujetas al citado mecanismo de anticipación del pago del Impuesto.

Este derecho del perceptor de los rendimientos sometidos a retención a deducir en su declaración del IRPF aquellas cantidades que le debieron ser retenidas, cuando, por causa imputable al retenedor, no se hubiera practicado retención o lo hubiera sido en cuantía inferior a la debida (párrafo 2º del art. 99.5 LIRPF), no tiene por qué ejercitarse dentro del plazo de presentación de la declaración-liquidación del Impuesto, pudiendo solicitarse su aplicación

.....

94 Recuérdese no obstante que, desde la regulación introducida por la Ley 13/1996, no procede la elevación al íntegro de las contraprestaciones recibidas del retenedor. Esta operación respondía a la ficción creada por el legislador de que las cantidades sujetas a retención se abonaban en todo caso con la retención correctamente practicada [véase a este respecto, con carácter general, LÓPEZ CARBAJO, L. M. «La Ley 13/1996. Modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 169 (1997)]. Ya en la antigua Ley del IRPF de 1998 no se establecía ninguna ficción ni presunción al respecto. Las retenciones omitidas se calculan sobre el importe de las contraprestaciones efectivamente devengadas y, como hemos indicado, tan sólo en determinados supuestos puntuales en los que no pueda probarse el importe real de tales contraprestaciones continúa aplicándose la regla de la elevación al íntegro.

mediante la correspondiente declaración-liquidación complementaria. Su ejercicio únicamente resulta condicionado por la prescripción del derecho a solicitar la devolución de ingresos indebidos a través de la correspondiente impugnación de la autoliquidación.

En el supuesto de que las retenciones que legalmente debieran de aplicarse superasen la cuota líquida del contribuyente, ¿tendría éste derecho a obtener de la Hacienda Pública la devolución del exceso aunque las cantidades no le hubieran sido efectivamente retenidas? Tradicionalmente, el art. 85.2 de la antigua Ley del IRPF de 1998 limitaba el derecho a la devolución a las cantidades efectivamente retenidas. Sin embargo, a raíz de la modificación introducida al respecto por la Ley 46/2002, de 18 de diciembre, se alteró el citado criterio, disponiéndose que la Administración procederá en estos casos a devolver de oficio el exceso sobre la citada cuota como mecanismo corrector de los ajustes entre el tipo de retención y el definitivo de gravamen del tributo, sin perjuicio de la práctica de las ulteriores liquidaciones, provisionales o definitivas, que procedan.⁹⁵

Por último, la Hacienda Pública ostenta el derecho, frente al contribuyente que percibe las rentas sometidas a retención, a que éste le facilite el cálculo correcto del conjunto de retenciones a practicar, comunicando al retenedor todas aquellas circunstancias personales y familiares que condicionan dicho cálculo. Es precisamente por ello por lo que, cuando las retenciones insuficientes o mal practicadas fuesen consecuencia del incumplimiento por parte del perceptor de los rendimientos de su obligación de comunicar verazmente las citadas circunstancias al retenedor, ni éste podrá responder por

.....

⁹⁵ Por otra parte, aquellos contribuyentes del IRPF que no tienen obligación de presentar declaración y que soportan retenciones e ingresos a cuenta superiores a su cuota líquida minorada en el importe de las deducciones para evitar la doble imposición de dividendos y, en su caso, y desde el 1 de enero de 2003, la deducción por maternidad, pueden solicitar la devolución de la cuantía pertinente.

las retenciones omitidas ni aquel podrá deducir en su declaración más retenciones que las efectivamente practicadas. Así las cosas, si la retención inferior a la debida resultase imputable al propio perceptor, habiendo facilitado éste de manera incorrecta los datos personales necesarios para poder calcular la retención, la cantidad a deducir sería la efectivamente retenida.⁹⁶

¿Tiene el sujeto obligado a practicar retención posibilidad alguna de repetir contra el perceptor de los rendimientos sometidos a aquélla las cantidades no retenidas en su momento que hubiese ingresado como consecuencia de una actuación de comprobación llevada a cabo por la Inspección? Si el perceptor de los rendimientos se hubiese beneficiado de dichas retenciones no soportadas efectivamente, deduciéndolas en su declaración a través de un acta de inspección que regularizara su situación o mediante una declaración complementaria, creemos que así debería ser, a pesar de que nada se dispone reglamentariamente a este respecto.⁹⁷

.....

96 Téngase presente no obstante que, en el caso de retribuciones satisfechas por el sector público, el perceptor sólo podrá deducir las cantidades efectivamente retenidas siempre que se trate de percepciones establecidas legalmente (art. 99.5, párrafo 3º de la LIRPF).

97 En este mismo sentido se pronuncia PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, op. cit.*, pág. 594, para quien «Tampoco existía hasta ahora regulación alguna respecto a la posibilidad de descontar en nómina a los trabajadores el importe de los ingresos a cuenta efectuados por el empresario sobre el valor de las retribuciones en especie satisfechas y, sin embargo, todos los Tribunales del orden social, contencioso-administrativo o de la vía económico-administrativa han admitido esta opción al amparo de lo dispuesto en el art. 26.4 del Estatuto, en virtud del cual todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario. Pues bien, este mismo argumento entendemos que sería suficiente para sostener la acción de repetición contra el trabajador».

Una situación distinta se plantearía, en cambio, en aquellos supuestos en los que el perceptor de los rendimientos no se hubiese beneficiado de las retenciones no soportadas efectivamente. En este segundo caso parece claro que el retenedor no podrá repetir contra el perceptor de los rendimientos ya que, en caso contrario, se estaría cargando sobre este último la responsabilidad derivada del incumplimiento de una obligación propia por parte del primero.

III. Nacimiento de la obligación de retener o ingresar a cuenta e imputación temporal de las retenciones o ingresos a cuenta en el IRPF

Es el Reglamento del IRPF aprobado mediante Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (RIRPF), el encargado de delimitar el nacimiento de la obligación de practicar retención o ingreso a cuenta, estableciendo una regla de carácter general y unas normas específicas para los rendimientos de capital mobiliario y para las ganancias patrimoniales.

Dispone el art. 78.1 del citado Reglamento que «Con carácter general, la obligación de retener nacerá en el momento en que se satisfagan o abonen las rentas correspondientes». Parece claro, por tanto, que la acción de retener se encuentra inevitablemente ligada al pago de la renta correspondiente. Ahora bien, ¿libera de la obligación de ingresar las retenciones que hubieran debido practicarse con ocasión del pago el incumplimiento de la obligación de pagar?

A priori podría considerarse que así es, dada la redacción contenida en el citado precepto, así como a tenor de lo dispuesto en el art. 108 RIRPF que, al referirse a la obligación de ingresar las retenciones, se refiere a las cantidades retenidas. Sin embargo, ya hemos manifestado nuestro criterio contrario al respecto. La obligación de retener debe nacer siempre con la exigibilidad de la renta sujeta a retención.

Significa ello que han de coordinarse los criterios de imputación temporal de la renta y de las retenciones. En consecuencia, si la persona o entidad obligada a practicar retención incumpliese su obligación de pago al contribuyente del

importe de la renta convenida no pudiendo practicar la retención, se le habría de obligar a realizar el correspondiente «ingreso a cuenta» de la retención que se efectuase cuando los rendimientos resultaran abonados.⁹⁸ Y ello sin perjuicio de que, en el caso concreto de las rentas derivadas del trabajo, no exista obligación de declarar dichas rentas mientras no se cobren efectivamente, a pesar de que se imputen al período en que se consideren exigibles.⁹⁹

Para el caso concreto de los rendimientos del capital mobiliario, declara el art. 94 del RIRPF que el nacimiento de la obligación de retener o ingresar a cuenta se producirá en el momento de la exigibilidad del rendimiento o en el de su pago o entrega, si éste fuera anterior. Y si el rendimiento procediese de la transmisión, amortización o reembolso de activos financieros, la obligación de retener habría de cumplirse en la fecha en que se formalizara la operación, cualesquiera que pudieran llegar a ser las condiciones de cobro pactadas. Este mismo criterio se establece igualmente para las retenciones en las ganancias patrimoniales procedentes de la transmisión o reembolso de acciones y participaciones de Instituciones de Inversión Colectiva, tal y como dispone el art. 98 RIRPF.

.....

98 De hecho existen en nuestro ordenamiento tributario precedentes relativos a la realización de estos «ingresos a cuenta» de la retención. Concretamente, el art. 56 RIRPF de 1991 disponía la realización de aquellos sobre el cupón corrido durante cada año natural en las emisiones de rendimiento explícito que tuvieran una frecuencia en la liquidación de los intereses superior a doce meses.

99 En el supuesto, bastante frecuente por otra parte, de que una empresa pague sus nóminas durante la primera quincena del mes siguiente al que corresponde la nómina, las retenciones habrán de practicarse en el momento en que se abonen las retribuciones, sin que proceda la aplicación del tipo de retención previsto para los atrasos, dado que coinciden el año de exigibilidad y el de devengo de la retención. Véase, en este sentido, la contestación de la Dirección General de Tributos (DGT) a Consulta Vinculante de 14 de octubre de 1999.

Finalmente, y por lo que respecta a la imputación temporal de las retenciones e ingresos a cuenta por parte del contribuyente, se ha de tener en consideración lo dispuesto por el art. 79 RIRPF, a cuyo tenor «Las retenciones o ingresos a cuenta se imputarán por los contribuyentes al período en que se imputen las rentas sometidas a retención o ingreso a cuenta, con independencia del momento en que se hayan practicado».

Significa ello, por tanto, que cuando una renta deba imputarse en un ejercicio y el cobro efectivo se realice en otro distinto, la retención que practique el retenedor cuando satisfaga estas rentas se imputará al ejercicio en el que se hubiese imputado aquélla, incluyendo ambos conceptos en la declaración de ese ejercicio, si todavía no ha presentado la declaración, o solicitando la rectificación de la autoliquidación si ya la hubiera presentado.

Con carácter general esta disposición no planteará problema alguno dentro del ámbito de los rendimientos del trabajo, dado que estos últimos, aunque se imputen al ejercicio en que resulten exigibles, no deben ser declarados mientras no se perciban a través, en su caso, de la correspondiente declaración complementaria. Tampoco creemos que puedan plantearse problemas en relación con los rendimientos del capital mobiliario, al coincidir como hemos visto la exigibilidad del rendimiento con el nacimiento de la obligación de retener.

Sin embargo, en el ámbito de los rendimientos derivados de actividades profesionales sí que pueden llegar a generarse situaciones en las que no coincida el período impositivo en que se imputa el rendimiento (y, por ende, la retención sobre el mismo) con el período impositivo en que esta última es realizada e ingresada por el retenedor.

IV. La trascendencia de las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007 y de 5 de marzo de 2008 y su proyección sobre la doctrina administrativa

A) Como ya hemos tenido ocasión de precisar, la vigente Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, al igual que sucedía con los anteriores textos legales reguladores del citado Impuesto (Real Decreto Legislativo 3/2004, Ley 40/1998 y Ley 18/1991), califica la obligación de practicar retención como una obligación autónoma respecto de la obligación que asume el contribuyente u obligado a soportar la retención, dada su condición de obligado principal frente a la Hacienda Pública que debe soportar la carga tributaria del Impuesto. Dicha interpretación ha sido además adoptada de manera unánime dentro de la Administración tributaria.

Señala el art. 101 de la Ley 35/2006 que las retenciones e ingresos a cuenta sobre los rendimientos del trabajo derivados de relaciones laborales o estatutarias y de pensiones y haberes pasivos han de fijarse reglamentariamente tomando como referencia el importe que resultaría de aplicar las tarifas o escalas de gravamen a la base de la retención o ingreso a cuenta.

De cara a determinar el porcentaje concreto de retención o ingreso a cuenta habrán de tomarse en consideración las circunstancias personales y familiares y, en su caso, las rentas del cónyuge y las reducciones y deducciones, así como el importe de las retribuciones variables que resulten previsibles, en los términos que reglamentariamente se establezcan. A este respecto, y como es sabido, se incorporó en su día a dicho cálculo, a través del Decreto-Ley 2/2008, de 22 de abril, la conocida deducción en la cuota líquida de 400 euros establecida para los perceptores de rentas del trabajo y de actividades económicas por el antiguo art. 80.*bis* de la Ley 35/2006.

De acuerdo con la citada remisión legal, el Reglamento del IRPF, a lo largo de sus distintas redacciones, ha venido desarrollando un procedimiento de

cálculo del porcentaje de retención que las empresas deben aplicar obligatoriamente a sus trabajadores, determinándose en virtud del mismo un tipo de retención variable dependiente, en gran medida, de la cuantía total de las retribuciones a percibir así como de los gastos y reducciones deducibles, de las circunstancias personales y familiares existentes e incluso (a raíz de la aplicación de la deducción de 400 euros) de las deducciones practicadas en la cuota líquida.¹⁰⁰

Dicho sistema de cálculo del tipo de retención fue asimismo objeto de modificación reglamentaria, articulada a través del Real Decreto 861/2008, de 23 de mayo, por el que se modificó el Reglamento del IRPF en materia de pagos a cuenta sobre los rendimientos del trabajo y de actividades económicas, a raíz de la referida incorporación de la deducción de los 400 euros. Así las cosas, con efectos desde la mensualidad del mes de julio de 2008, dicho porcentaje dejó de representar un número entero, obtenido por redondeo, pasando a aplicarse con dos decimales.¹⁰¹

.....

100 Adicionalmente existen otras muchas reglas especiales susceptibles de ser aplicadas. Por ejemplo, se establece que el tipo de retención aplicable no podrá ser inferior al 2% tratándose de contratos o de relaciones de duración inferior al año, si bien dicho porcentaje del 2% representa un mínimo para dichos contratos temporales de duración inferior al año, el cual sólo se aplica cuando no resulta un tipo de retención superior a los cálculos realizados de acuerdo con el procedimiento general.

101 Lo cierto es que los sistemas informáticos de gestión de nóminas utilizados por las empresas, previas las adaptaciones oportunas, han sido diseñados para desarrollar cualquier procedimiento de cómputo de las retenciones. De este modo el empresario pagador de las retribuciones a sus empleados procede a partir de ahora a calcular y a aplicar el tipo de retención correcto (con dos decimales) en las correspondientes nóminas del personal, ingresando a continuación las retenciones practicadas con el Modelo 110 o 111 que corresponda dentro del plazo mensual o trimestral de que se trate en función de su volumen de operaciones, y presentando asimismo durante el mes de enero la declaración informativa resumen anual (Modelo 190), necesaria para la elaboración por la Agencia Tributaria de los borradores del conjunto de los contribuyentes e imprescindible igualmente para posterior

Finalmente, la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, procedió a suprimir la aplicación de la citada deducción de hasta 400 euros por obtención de rendimientos del trabajo o de actividades, al estimarse que las razones que justificaron su implantación en 2008 como mecanismo de ayuda a las familias proporcionándolas una mayor renta disponible para hacer frente a una situación caracterizada por elevadas tasas del Euribor y de la inflación, así como por los efectos de un precio muy alto del petróleo, habían desaparecido. A resultas de la supresión de dicha deducción, se llevó a cabo un ajuste técnico de carácter equivalente al que se realizó cuando se introdujo aquélla, pero en sentido inverso, en el límite de la obligación de declarar.¹⁰² Y, finalmente, para completar el proceso, a través del

.....
gestión de las declaraciones. De este modo, al amparo del nuevo sistema, los pagadores continúan reteniendo, la Hacienda Pública recibe sus ingresos y los contribuyentes descuentan el importe de las retenciones practicadas percibiendo, en su caso, las devoluciones que correspondan.

102 Así las cosas fue objeto de modificación el art. 79 de la Ley 35/2006, relativo al cálculo de la cuota diferencial, de manera que ésta queda determinada en la actualidad por el resultado de minorar la cuota líquida total del Impuesto (esto es, la suma de las cuotas líquidas, estatal y autonómica) en los siguientes importes: la deducción por doble imposición internacional prevista en el art. 81 de la Ley; las deducciones a que se refieren los arts. 91.8 y 92.4 de la Ley; las retenciones a que se refiere el apartado 11 del art. 99 de la Ley; cuando el contribuyente adquiera su condición por cambio de residencia, las retenciones e ingresos a cuenta a que se refiere el apartado 8 del art. 99 de la Ley, así como las cuotas satisfechas del Impuesto sobre la Renta de No Residentes (IRNR) y devengadas durante el período impositivo en que se produzca el cambio de residencia, y las retenciones, los ingresos a cuenta y los pagos fraccionados previstos en la Ley. Adicionalmente fue objeto de supresión el art. 80 *bis* de la Ley, relativo a la deducción por obtención de rendimientos del trabajo o de actividades económicas. De este modo, con efectos desde 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, el apartado 1 del citado art. 80 *bis* pasó a tener la siguiente redacción: «1. Los contribuyentes cuya base imponible sea inferior a 12.000 euros anuales que obtengan rendimientos del trabajo o rendimientos de actividades económicas se deducirán la siguiente cuantía: a) Cuando la base imponible sea igual o inferior a 8.000 euros anuales: 400 euros anuales. b) Cuando la base

Real Decreto 2004/2009, de 23 de diciembre, se modificó nuevamente el Reglamento del IRPF, introduciéndose diversos cambios en el procedimiento general para determinar el importe de la retención al objeto de tomar en consideración la supresión gradual de la citada deducción. Concretamente se introdujo un nuevo art. 85 *bis* en el Reglamento del citado Impuesto destinado a determinar el importe de la deducción por obtención de rendimientos del trabajo. Y, como consecuencia de lo anterior, se modificó el art. 81.1 RIRPF (estableciéndose los nuevos límites excluyentes de la obligación de retener) y los arts. 85.3, 86.1, y 87.3 de dicho Reglamento, que se remiten al nuevo importe de la deducción anteriormente indicado. Adicionalmente fue objeto de modificación el art. 110 RIRPF con la finalidad de adaptar el cálculo de los pagos fraccionados a efectuar por empresarios y profesionales al nuevo importe de la deducción por obtención de rendimientos del trabajo y de actividades económicas introducido.¹⁰³

De cualquier manera, a la hora de proceder a la práctica de la retención son varias las situaciones conflictivas que pueden llegar a plantearse. Una de ellas es, por ejemplo, aquella que se origina tratándose de trabajadores con contratos temporales, en relación con los cuales resulta procedente la práctica de una retención mínima del 2%. Dada esta situación será siempre necesario realizar el cálculo correspondiente a efectos de garantizar que no se obtiene un
imponible esté comprendida entre 8.000,01 y 12.000 euros anuales: 400 euros menos el resultado de multiplicar por 0,1 la diferencia entre la base imponible y 8.000 euros anuales».

103 Recuérdese que la Ley de Presupuestos para el año 2010 dispuso el mantenimiento de la citada deducción de 400 euros a partir de dicho período impositivo únicamente respecto de aquellos contribuyentes de rentas bajas. Dicha medida obligaba pues a efectuar las modificaciones correspondientes en el Reglamento del Impuesto con la finalidad de introducir las nuevas reglas destinadas a permitir determinar el importe de las retenciones a practicar a los perceptores de rendimientos del trabajo y los pagos fraccionados a efectuar por empresarios y profesionales. Igualmente se incorporaron al texto reglamentario los nuevos tipos de retención aprobados para el año 2010.

porcentaje superior, efectuando asimismo las regularizaciones que resulten obligatorias en aquellos supuestos en los que se produzca la prolongación de la relación laboral una vez vencido el contrato inicial.

Tradicionalmente, en aquellos supuestos en los que se ha producido un error en la práctica de la retención, la Hacienda Pública ha venido reclamando a las empresas las cuantías no retenidas a los trabajadores o perceptores en general. Y ello a pesar de que son los perceptores de las rentas los beneficiarios directos de la comisión de dicho error, al recibir un importe monetario superior al que resulta pertinente. De este modo la Administración tributaria rechazaba el argumento en virtud del cual las retenciones no practicadas debidamente habrían de exigirse a estos últimos, es decir, a los perceptores de las rentas, que son los que han soportado la práctica de la retención incorrecta y quienes, dada su condición de contribuyentes, asumen la obligación principal del pago del Impuesto. E igualmente no se ha aceptado como regularización válida que excluya de toda responsabilidad al pagador aquella en virtud de la cual el trabajador, en su declaración de renta anual, deduce únicamente las retenciones efectivamente soportadas, a pesar de que en dicho supuesto podría estimarse que el Tesoro Público se ha resarcido del perjuicio inicialmente soportado por el ingreso de unas retenciones inferiores a las procedentes. Téngase en cuenta además que, de manera recíproca, la Ley del Impuesto faculta al perceptor para deducir en su declaración anual aquellas retenciones que no hubiese soportado de manera efectiva, sobre la base de que las mismas han de ser exigidas por la Hacienda Pública a su pagador.

Por otra parte, dada esta última situación, y al hilo de la cuestión relativa a si dichas retenciones no ingresadas han de exigirse a la empresa pagadora o a los trabajadores, los Tribunales Económico-Administrativos han venido concluyendo a lo largo de diversas Resoluciones que, ante estos incumplimientos en los que incurra la empresa pagadora, debe estimarse que la obligación de retener e ingresar resulta autónoma, argumentándose a este respecto que sólo si se estima que el retenedor queda obligado a ingresar las

retenciones (hayan sido éstas practicadas o no) resulta justificada la regla de la deducción de dicha retención por parte del contribuyente.

A mayor abundamiento, el art. 191 LGT 2003 (al igual que sucedía durante la vigencia de la antigua LGT) parece confirmar esta autonomía de la obligación de retener, al disponer el establecimiento de una sanción para aquellas conductas infractoras consistentes en la falta de ingresos tributarios repercutidos o de las cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresar a cuenta de cualquier impuesto, no quedando condicionada la imposición de dicha sanción al hecho de no haberse ingresado por el contribuyente (que, como ya sabemos, es el obligado último a soportar la retención) la cantidad que no le fue retenida.

De ello se derivaría que no cabe calificar al retenedor como un supuesto de sustituto del contribuyente. Y tampoco sería posible argumentar el carácter accesorio de la obligación de retener al pagador por una liquidación administrativa a los contribuyentes, perceptores de las cantidades satisfechas por la empresa. Cabría estimar, por el contrario, que el legislador, a lo largo de la construcción del sistema de retenciones a cuenta, ha tratado de otorgar a este deber de retención unas especiales garantías que, si bien no determinan el abandono de la caracterización de la retención como «la cantidad a cuenta de la cuota que corresponda», sí que vienen a reforzar su exigibilidad.

Esta doctrina a la que nos referimos se ha encargado de precisar, además, que el citado esquema de relación existente entre ambas obligaciones (la del retenedor y la del contribuyente retenido) no implica enriquecimiento injusto alguno para la Administración tributaria ya que, incluso en caso de exigirse al retenedor aquellas cantidades que el contribuyente no hubiese deducido al practicar su autoliquidación, quedaría abierta la posibilidad de que éste obtuviese, siempre y cuando se cumplan los requisitos legalmente establecidos, la correspondiente devolución de lo que indebidamente hubiera podido ingresar. Y, de la misma manera, si el contribuyente hubiese deducido en su autoliquidación la retención que debió efectuarse y finalmente no se practicó, tampoco ello supondría la comisión de una determinada irregularidad,

anomalía o distorsión, ya que la Administración, de acuerdo igualmente con los requisitos que resulten exigibles, podría exigir del retenedor la práctica de la retención que procediese.

Incluso cabría la posibilidad de que un determinado contribuyente dedujese en su autoliquidación unas retenciones que no hubiesen sido efectivamente ingresadas por el obligado a hacerlo, de manera que la Administración no pueda hacer efectivo su importe, al prescribir por ejemplo su derecho frente al retenedor o por insolvencia de éste. Ello no perjudicaría al perceptor en cuanto a la deducción de dicha retención, que nunca va ser ingresada en el Tesoro. A este respecto puede consultarse además lo dispuesto por el art. 99 LIRPF.

En esta línea se sitúan además, entre otras, las Resoluciones del TEAC de 25 de septiembre de 1996, de 23 de junio y de 7 de noviembre de 1997 y de 8 de septiembre y de 22 de diciembre de 2000. En todas ellas se señala que «La obligación de retener e ingresar es autónoma y no está en función de si el retenido deduce o no en su autoliquidación lo que debió retenerse por el pagador». Este carácter autónomo de la obligación de retener respecto de la del actuar posterior de los retenidos fue asimismo ampliamente reconocido por la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia.¹⁰⁴ Por su parte, la Audiencia Nacional se encargó de precisar en su Sentencia de 7 de noviembre de 2002 que «Las normas reguladoras del IRPF imponen al retenedor la obligación de ingresar el importe de la retención practicada y, asimismo, la que hubiera debido practicar en los plazos previstos en la normativa vigente. Esta obligación se impone directamente al retenedor y es independiente de la obligación del contribuyente, por lo que la conducta del primero no puede depender del comportamiento del segundo. La obligación de retener constituye una obligación autónoma y claramente diferenciada de la obligación de

.....

104 Véase, entre otras, la Sentencia del TSJ de Castilla y León de 13 de octubre de 2001, así como las Sentencias del TSJ de Asturias de 24 de febrero y de 13 de abril de 2000.

computar en la base imponible los ingresos sobre los que la retención se practique; su aplicación no supone doble imposición, pues la retención cumple la función de ser un pago a cuenta del ingreso personal del contribuyente, quien tiene derecho a deducir lo ingresado por el retenedor».¹⁰⁵

En suma, tanto la doctrina administrativa como la jurisprudencia consolidada han venido manifestando que el deber de retener e ingresar su importe por el obligado a ello es independiente del derecho del contribuyente a deducir el importe de la retención que le debieron haber practicado, de manera tal que, cualquiera que resulte ser el comportamiento del contribuyente y obligado a soportar la práctica de la retención (ya sea no presentando declaración alguna o presentándola pero autoliquidando en ella una cuota diferencial resultante de no deducir retención alguna, de deducir las retenciones que efectivamente le practicaron o, en su caso, de deducir aquellas que le debieron haber practicado), carece de relevancia a efectos de la relación constituida entre el obligado a retener y la Administración tributaria por razón de dicha retención. Y ello haría además indiferente cualquier prueba que pudiera llegar a practicarse a este respecto.

En todo caso, existiendo obligación de practicar la retención, pesaría sobre el retenedor el deber de ingresar la cantidad que debió haber retenido, incluso en aquellos casos en los que hubiese practicado una retención inferior a la debida o, simplemente, no hubiese practicado retención alguna. Y, correlativamente, el contribuyente y obligado a soportar la retención adquiere asimismo en todo caso el derecho a deducir la retención que le debieron haber practicado, cualquiera que resultase ser el comportamiento del obligado a

.....

105 Añade asimismo la Audiencia Nacional, en la citada Sentencia de 7 de noviembre de 2002, que «La obligación de retener no está en función de si el contribuyente deduce o no en su autoliquidación lo que se le retuvo o lo que se le debió retener, sin perjuicio de que, si la Administración tributaria se dirige contra el retenedor por no haber retenido la cantidad correspondiente, éste tiene acción de regreso contra el retenido».

retener, no derivándose además este derecho del acto de la retención e ingreso, ya sea este efectuado con ocasión de la presentación de una declaración-liquidación o en virtud de una liquidación practicada al efecto. Y ello traería además causa de lo dispuesto en el art. 99.5 LIRPF.¹⁰⁶

B) Pues bien, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2007, dictada al hilo de una obligación de contribuir correspondiente a una persona física perceptora de rentas, vino a modificar esta doctrina, al afirmarse en ella que cualquiera que resulte ser la naturaleza de la obligación, y aun considerando la obligación de retener como una obligación autónoma, no resulta posible su permanencia cuando ha sido cumplida la obligación principal, es decir, la obligación de la que depende o, en su caso, la obligación que garantiza. Ello no impide, sin embargo, que la Administración tributaria pueda exigir del retenedor los efectos perjudiciales que respecto de ella hubieran llegado a producirse por el hecho de no haberse practicado dicha retención o haberse practicado mal aquella (en relación con los intereses y las sanciones que el retenedor pueda merecer). Sin embargo, a juicio del Alto Tribunal no se pueden ni deben confundir los planos en los que cada una de estas responsabilidades operan, así como los tiempos en los que resultan exigibles, y los parámetros que deben ser observados de cara a la exigencia de cada una de ellas.

Ciertamente, los hechos analizados en la citada Sentencia se están refiriendo a una normativa que ha sido ya derogada. Sin embargo, estima el Tribunal que los criterios contenidos en la misma resultan plenamente

.....

106 No se aceptaban por tanto aquellas argumentaciones en virtud de las cuales ha de exigirse la retención al empleado y no a la empresa, pudiendo en su caso la entidad pagadora dirigirse a los perceptores de los rendimientos por vía judicial, a los efectos de exigirles el reembolso de los pagos que hubiera tenido que realizar el Tesoro en concepto de retención a cuenta de las retribuciones practicadas, en caso de haberlos descontado en las respectivas nóminas.

aplicables al amparo de la normativa vigente, que no ofrece ninguna variación de carácter sustancial a este respecto.

Así las cosas, la citada STS de 27 de febrero de 2007, con la finalidad de evitar un enriquecimiento injusto a la Administración, impide la exigencia al retenedor de las retenciones no aplicadas en aquellos casos en los que se haya producido ya una regularización por parte del perceptor de las rentas en su declaración anual. Ahora bien, tal y como se encarga de precisar el propio Tribunal, «Ello no impide que la Administración pueda exigir del retenedor los efectos perjudiciales que para ella se hayan producido por el hecho de no haberse practicado o de haberse practicado mal dichas retenciones», en clara alusión a los intereses y a las sanciones que el retenedor pueda merecer.¹⁰⁷

.....

107 Volvemos a recordar que esta posibilidad de exigir sanciones e intereses sin que se puedan exigir las cuotas o retenciones sobre las que se fundamenta el cálculo de dichas retenciones tiene su punto de apoyo legal en la propia LGT y, más precisamente, en su art. 191, que califica la falta de ingreso en plazo como una conducta sancionadora. De acuerdo con lo establecido en el citado precepto de la Ley 58/2003, la infracción por falta de ingreso de retenciones nunca constituirá una infracción leve, aunque dicha falta de ingreso no supere el límite de 3.000 euros, constituyendo por el contrario, muy probablemente, en los casos de retenciones no aplicadas, una infracción grave y muy grave en aquellos otros supuestos en los que las retenciones sí que se hubieran aplicado y no se hubieran ingresado. Finalmente, en situaciones de carácter mixto en las que se diesen de manera simultánea los dos supuestos anteriormente indicados la infracción sería grave o muy grave, dependiendo del porcentaje que representen las retenciones practicadas y no ingresadas sobre el importe total de la base de la sanción, esto es, la suma de las retenciones que debió ingresarse, hayan sido practicadas o no. Lógicamente, una de las causas exculpatorias de dicha responsabilidad lo será la actuación llevada a cabo con la diligencia necesaria prevista al efecto en el art. 179.1.d) de la LGT, la cual concurriría, por ejemplo, cuando el retenedor hubiese actuado amparándose en una interpretación razonable de la norma o cuando hubiese ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración competente en las publicaciones y comunicaciones escritas a las que se refieren los arts. 86 y 87 LGT. E igualmente tampoco resultaría exigible dicha responsabilidad si el obligado a retener hubiese ajustado su actuación a los criterios manifestados por la Administración en la contestación a una consulta formulada por otro

Tal y como ha señalado MOYA CALATAYUD¹⁰⁸, el Alto Tribunal parece tener un objetivo o idea principal consistente en evitar un efecto pernicioso del principio de autonomía de la obligación de retener. Se está refiriendo concretamente el TS a la eventual existencia de un posible enriquecimiento injusto por parte de la Administración. En este sentido, afirma el Tribunal que, aunque debe mantenerse la autonomía de la obligación de practicar retención, dicha autonomía tiene un límite, consistente en la prohibición de que exista un enriquecimiento injusto para la Administración. En palabras del Tribunal «Debe evitarse a toda costa que la Hacienda Pública reciba la misma cantidad dos veces [...] Han de censurarse aquellas actuaciones administrativas que puedan llevar a ese doble pago, cosa que sucedería si la Administración exigiese las retenciones al retenedor, cantidades que se corresponden con cuotas previamente cobradas al perceptor de la renta en la declaración de IRPF anual ya presentada».

A juicio del Tribunal, para poder admitir una eventual exigencia administrativa de las retenciones al retenedor se impone a la Administración la carga de la prueba de que ese doble pago no se ha producido, no considerándose como válida una mera actuación pasiva de aquélla en virtud de la cual se limite únicamente a considerar que ese doble pago o cobro no se ha producido. Se muestra así el TS partidario de efectuar un reparto equitativo de la carga de la prueba, máxime si tenemos en cuenta que es la propia Administración actuante la que dispone de los datos necesarios en cuanto al

.....

obligado, siempre y cuando entre sus circunstancias y las mencionadas en la referida contestación existiese una igualdad sustancial que permitiera entender aplicables dichos criterios, no habiendo sido además estos objeto de modificación.

108 MOYA CALATAYUD, F. «Las retenciones a cuenta del IRPF tras la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo». *OL, Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 15 (2008), pág. 21.

cumplimiento de las obligaciones tributarias en las declaraciones anuales de los retenidos.¹⁰⁹

Ahora bien, pueden llegar a plantearse determinados supuestos en los que resulte fácil probar que el enriquecimiento injusto de la Administración se ha producido. Así sucedería, por ejemplo, en aquellos casos de trabajadores que no han presentado declaración del IRPF por el ejercicio en cuestión, ya sea porque la cuantía de las retribuciones brutas del trabajo percibidas individualmente por cada uno de ellos no supere el límite de la obligación de declarar, fijado en 22.000 euros por la Ley 35/2006, o porque, dada la cuantía de las retribuciones percibidas y de las retenciones soportadas (inferiores a las que resultasen procedentes), y teniendo en cuenta su situación personal y familiar, resultase una cuota a ingresar habiendo presentado declaración.

En este último caso estaríamos ante una situación distinta de la analizada por el Tribunal en su Sentencia de 27 de febrero de 2007, no apreciándose la existencia de ningún enriquecimiento injusto por parte de la Administración, ya que no existiría una declaración de IRPF anual presentada que regularizase la situación, pudiéndose considerar probado que el doble pago contemplado por el TS no se habría producido. Adicionalmente la Administración podría exigir del retenedor los efectos perjudiciales que para ella se hubiesen producido por el hecho de haberse practicado mal la retención, es decir, tanto las cuotas como los intereses y las sanciones que el retenedor pueda merecer.¹¹⁰

.....

109 Téngase presente que esta información es de más difícil aportación por parte de la empresa pagadora, al tratarse de datos fiscales relativos a un tercero.

110 En el caso específico de los intereses, objeto de regulación como es sabido en el art. 26 de la LGT (relativo al interés de demora), y de acuerdo con lo manifestado por el TS en su Sentencia de 27 de febrero de 2007, habría que estimar que, en caso de falta de ingreso de retenciones no aplicadas, se ha causado un perjuicio que determina la exigencia de dichos intereses por la totalidad del tiempo al que se extienda el retraso del obligado (retenedor). Estos intereses habrían de calcularse desde la finalización del plazo de presentación de la

Por otra parte, también podrían continuar exigiéndose al pagador cuotas no retenidas en aquellos casos en los que el retenido hubiese descontado en su declaración del IRPF la retención correcta que realmente no soportó o incluso cuando, con motivo de una liquidación practicada al perceptor, la Administración le hubiese computado dicha retención como procedente. Es más, cabría la posibilidad de que, al hilo de una actuación de comprobación de retenciones efectuada con una inmediatez superior a la habitual, se pudiesen liquidar y exigir las retenciones antes de que el perceptor hubiese presentado su declaración del IRPF anual. Ahora bien, hemos de reconocer que en la mayoría de supuestos la comprobación al retenedor tendrá lugar con posterioridad a la presentación por parte de los perceptores de sus declaraciones anuales del IRPF, de manera que siempre que los mismos se hayan limitado únicamente a deducir las retenciones efectivamente soportadas, las retenciones no practicadas no resultarán exigibles del pagador obligado a retener.

C) Lo dispuesto por el TS en su Sentencia de 27 de febrero de 2007 se vio posteriormente refrendado en un nuevo pronunciamiento del Alto Tribunal, la Sentencia de 5 de marzo de 2008.¹¹¹ Afirma el Tribunal en este último pronunciamiento que no cabe regularizar las retenciones no practicadas con desconexión del cumplimiento de la obligación tributaria principal por parte del sujeto pasivo. En opinión del Tribunal, debe superarse aquella doctrina que

.....
autoliquidación de retenciones y hasta la fecha en la que el obligado a soportar la retención hubiese presentado su declaración del IRPF anual e ingresado la cuota que resulte procedente. Por otra parte, en los supuestos en los que dicha regularización en la declaración anual del Impuesto no se hubiese producido (ya sea por omisión de la declaración o por deducirse incluso las retenciones no soportadas), los intereses de demora habrían de calcularse hasta la fecha de liquidación, a salvo de retrasos imputables a la Administración que permitan una superación de los plazos máximos establecidos para los procedimientos de comprobación.

111 No obstante, debe precisarse que este mismo criterio ya fue apuntado en su día por el Tribunal en su Sentencia de 13 de noviembre de 1999.

asume la naturaleza independiente o autónoma de la obligación del retenedor sin tomar en consideración la conducta del contribuyente, que constituye el auténtico obligado al pago de la obligación tributaria principal.

Nótese, por tanto, como el TS vino a modificar la doctrina que asumía la naturaleza independiente o autónoma de la obligación del retenedor, estableciendo que la Administración tributaria no puede exigir a aquél las cantidades que debían haber sido retenidas e ingresadas si, en el momento en el que se efectúa la regularización administrativa, ya se ha extinguido la obligación tributaria principal.

Se estima así que si la entidad retenedora hubiese declarado correctamente el importe total de las retribuciones de trabajo personal, aplicando a éstas los tipos porcentuales de la tabla de retenciones, y si todos los empleados de la entidad hubieran declarado de manera veraz, por su parte, a efectos de su IRPF, sus retribuciones de carácter personal, habría que concluir que respecto de todas estas retribuciones han satisfecho el impuesto correspondiente y, por lo tanto, la exigencia posterior a la entidad retenedora de cuotas adicionales por retenciones supondría la existencia de una doble imposición que sólo podría corregirse exigiendo la empresa retenedora a sus empleados el reembolso de las cuotas adicionales por el concepto de retenciones; y, a su vez, los empleados deberían revisar sus declaraciones, deduciéndose estas cuotas adicionales por retención, lo que daría lugar a la práctica de las correspondientes devoluciones, con independencia de los problemas de prescripción que puedan llegar a plantearse, así como los de admisión o no por parte de los empleados del reembolso exigido, el de la elevación al íntegro de las retribuciones, etc.

A juicio del Alto Tribunal, una vez reconocida la existencia de circunstancias excepcionales que hiciesen prever una reducción de las remuneraciones, la sentencia de instancia debió anular la totalidad de las regularizaciones realizadas en el acto de liquidación sobre la base de las retribuciones del año anterior, y no sólo las correspondientes a trabajadores en regulación de empleo, suspensión de empleo y jubilación anticipada. En su opinión, la

actuación de la Administración exigiendo la retención al retenedor, cuando ya ha sido pagada por los sujetos pasivos la cuota correspondiente a su deuda, implica una clara, rotunda y abusiva doble imposición.

Ciertamente, en el presente caso, la Administración pudo y debió probar que el pago no se había producido, al disponer de medios para ello. Sin embargo, en lugar de exigirse la acreditación de dicha circunstancia, la sentencia recurrida prefirió centrar su atención en la naturaleza autónoma de la obligación del retenedor con respecto a la del sujeto pasivo de practicar la retención y de realizar el correspondiente ingreso.

Desde nuestro punto de vista, parece lógico pensar que, cualquiera que resulte ser la naturaleza de la retención (ya se considere ésta como una obligación accesoria de otra principal, como una obligación dependiente de otra o como una obligación en garantía del cumplimiento de otra), no resultará posible su permanencia habiendo sido cumplida la obligación principal, la obligación de la que depende o la obligación que garantiza.

Añade además el Tribunal que las indemnizaciones complementarias que excedan de la cuantía que con carácter obligatorio se establece en el Estatuto de los Trabajadores para los casos de cese o despido improcedente dejan de ser indemnización y se constituyen en renta sometida al Impuesto y a retención. Y no debe ser exigible la retención no practicada al haber sido ya pagada la obligación tributaria cuando los empleados de la entidad autoliquidaron sus respectivos impuestos sobre la renta.

Por nuestra parte consideramos que el cumplimiento de la obligación principal determina la imposibilidad de exigir la cuota correspondiente a la retención. Dicho de otro modo, si el contribuyente ha satisfecho la cuota tributaria carece de sentido que la Administración despliegue la pretensión de cobro sobre el retenedor, ya que ello determinaría un doble cobro de la cuota correspondiente a la retención del contribuyente en su declaración, en primer lugar, y del retenedor, después.

Tendríamos así dos pretensiones de cobro dirigidas hacia dos sujetos distintos para exigir la misma cuota. Y habiendo cumplido los sujetos pasivos con la obligación tributaria principal, carece de sentido exigirle el ingreso de la retención de una cuota debidamente ingresada. Ahora bien, ello no impediría que la Administración tributaria pudiera exigir al retenedor los efectos de carácter perjudicial (esto es, los intereses y las sanciones que el retenedor pueda merecer) que para ella hubieran podido producirse por el hecho de no haberse practicado la retención o haberse practicado de modo cuantitativamente insuficiente. Debido precisamente a ello estima el Tribunal improcedente exigir la cuota correspondiente a las retenciones a los trabajadores de la entidad.

Recapitulando, a través de estos dos pronunciamientos afirma el TS que el incumplimiento por parte de la entidad pagadora de la obligación consistente en la práctica de las oportunas retenciones sobre los rendimientos del trabajo, siempre que el perceptor de dichas retribuciones no hubiese procedido a la deducción de las retenciones, impide que la Administración tributaria pueda practicar liquidación alguna al retenedor en virtud del principio de prohibición de enriquecimiento sin causa y de prohibición de la doble imposición.

El cobro por parte de la Administración tributaria de la retención que debió ser practicada implicaría un enriquecimiento injusto por parte de aquélla, dado que en la cuota de los sujetos pasivos correspondiente a su deuda tributaria ya ha sido cobrada la retención no practicada y que ahora resulta exigible. En otras palabras, si además de la cuota en su día exigida a los sujetos pasivos (que habrá sido sin lugar a dudas mayor, al no haber sido objeto de retención), se exigiese ahora el importe de la retención al retenedor, la Administración habría practicado una doble retención: de una parte, la devengada de los sujetos pasivos, a pesar de que formalmente figure como cuota y no como

retención, y, de otra, la cantidad exigida en concepto de retención a la entidad retenedora.¹¹²

Concluye pues el TS que la Administración tributaria no debe practicar liquidación alguna al retenedor como consecuencia de unas retenciones no practicadas cuando el perceptor de los rendimientos ha pagado una cuota del IRPF superior al no haber deducido la citada retención.

D) ¿Qué consecuencias tuvo esta jurisprudencia dentro de la doctrina administrativa? Inicialmente la Dirección General de Tributos se encargó de clarificar, en contestación a Consulta de 19 de junio de 2007, que el retenedor de rentas del trabajo sujetas al IRPF no puede exigir a los trabajadores las retenciones no practicadas en su día. En efecto, el incumplimiento total o parcial por parte del retenedor de su obligación de retener no permite en el ámbito tributario efectuar deducción alguna de los ingresos de los trabajadores ni reclamar a los mismos cantidades que se deban a retenciones no practicadas en su momento.

Por su parte, la Resolución del TEAC de 19 de abril de 2007, relativa a la obligación de practicar retención sobre la cantidad que en concepto de indemnización por despido ha de satisfacer una empresa a un trabajador en virtud de resolución judicial, subrayó que resulta indiferente el hecho de que quien reciba los rendimientos sometidos a retención deduzca o no la misma en la declaración del Impuesto, dada la autonomía que caracteriza a la obligación de retener, de manera que no cabe conceptuar al retenedor como un supuesto

.....

112 Tal y como afirma el Alto Tribunal en su Sentencia de 5 de marzo de 2008, «El cumplimiento de la obligación principal determina la imposibilidad de exigir la cuota correspondiente a la retención [...] Lo contrario supondría hacer efectivas dos pretensiones de cobro dirigidas a sujetos distintos para exigir la misma cuota. En consecuencia no debe ser exigible la retención no practicada, al haber sido ya pagada la obligación tributaria cuando los empleados de la entidad pagadora autoliquiden sus respectivos impuestos sobre la renta».

más de sustituto del contribuyente ni argumentar el carácter accesorio de la obligación de retener respecto de la que corresponde al contribuyente.

Finalmente, fue la Resolución de este mismo Tribunal, de 3 de abril de 2008, la encargada de aplicar la doctrina contenida en la STS de 27 de febrero de 2007, modificándose la línea anterior adoptada en materia de retenciones y estimándose improcedente la exigencia de retenciones cuando la misma puede dar lugar a un doble pago, al haberse ingresado la cuota por el contribuyente sin deducir las retenciones no practicadas.

Estima el TEAC en la citada Resolución que dichas retenciones no pueden exigirse cuando el retenido ha declarado sin deducir la retención no practicada, salvo que la Administración pruebe la inexistencia de un doble pago. De este modo, con independencia del carácter autónomo de la obligación de retener, cabría la posibilidad de que se produjese un supuesto de enriquecimiento injusto por parte de la Administración cuando, tras haberse extinguido la obligación principal sin que el sujeto retenido dedujese las retenciones que no le fueron practicadas, se exija al retenedor el ingreso de las retenciones que debió practicar. Ello motivaría su consideración como ingreso indebido, excepto si la Administración probase que con el ingreso de las retenciones no se está produciendo un doble pago de la deuda tributaria.

V. Bibliografía

- ALGUACIL MARÍ, P. *La retención a cuenta en el ordenamiento tributario español*. Pamplona: Aranzadi, 1995.
- BANACLOCHE PÉREZ, J. «Reformas tributarias necesarias (I)». *Impuestos*, 1992, tomo II.
- CALVO ORTEGA, R. *Curso de Derecho Financiero. I. Derecho Tributario. Parte General* (8ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- CARBAJO VASCO, D. *Todo sobre el nuevo IRPF*. Barcelona: Praxis, 1999.

- CAZORLA PRIETO, L. M.^a ; PEÑA ALONSO, J. L. *El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. La Ley 40/1998 y su Reglamento*. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- CHECA GONZÁLEZ, C., en la obra colectiva *El nuevo Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (MUÑOZ DEL CASTILLO, J. L., coord.). Valladolid: Lex Nova, 1999.
- COLAO MARÍN, P. A. *Las rentas en especie en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- ELIZALDE Y AYMERICH, P. «La retención tributaria como acto económico-administrativo», en la obra colectiva *Derechos y garantías del contribuyente*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983.
- FEDELE, A. «La teoría del procedimiento de imposición y la denominada anticipación del tributo». *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 114 (1974).
- FERREIRO LAPATZA, J. J. «La figura del sustituto en las nuevas Leyes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y sobre Sociedades». *Crónica Tributaria*, núm. 28 (1979).
- GARCÍA AÑOVEROS, J. [et. al.]. *Manual del Sistema Tributario Español* (6^a ed.). Madrid: Civitas, 1998.
- LEJEUNE VALCÁRCEL, E. *La anticipación de los ingresos en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Madrid: Edersa, 1983.
- LÓPEZ BERENGUER, J. *El nuevo IRPF y el nuevo Impuesto sobre los No Residentes*. Madrid: Dykinson, 1999.
- LÓPEZ CARBAJO, L. M. «La Ley 13/1996. Modificaciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». *Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 169 (1997).
- MARTÍN DELGADO, J. M.^a. «Razones y sinrazones de la reforma del IRPF». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 100 (1999).

- MARTÍN QUERALT, J. «Notas en torno a la configuración jurídica de la retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». *Hacienda Pública Española*, núm. 82 (1983).
- MARTÍN QUERALT, J., en la obra colectiva (CLAVIJO HERNÁNDEZ, F.; FERREIRO LAPATZA, J. J.; MARTÍN QUERALT, J.; TEJERIZO LÓPEZ, J. M.; PÉREZ ROYO, F.) *Curso de Derecho Tributario. Parte especial. Sistema tributario: los tributos en particular* (19ª ed.). Madrid: Marcial Pons, 2003.
- MIR DE LA FUENTE, T. *Las retenciones tributarias*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1984.
- MORIES JIMÉNEZ, M^a. T. *La retención a cuenta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- MOSCHETTI, F. *El principio de capacidad contributiva*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1980.
- MOYA CALATAYUD, F. «Las retenciones a cuenta del IRPF tras la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo». *OL, Revista Tributaria Oficinas Liquidadoras*, núm. 15 (2008).
- PÉREZ ROYO, F. *Derecho Financiero y Tributario. Parte General* (14ª ed.). Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- PÉREZ ROYO, I. *Manual del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas* (3ª ed.). Madrid: Marcial Pons, 2000.
- SOLER ROCH, M.^a T. «Notas sobre la configuración de las obligaciones y deberes tributarios, con especial referencia al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas». *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 25 (1980).
- YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.; GARCÍA NOVOA, C.; LÓPEZ DÍAZ, A. *Estudios del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*. Valladolid: Lex Nova, 2000.



AGILIZACIÓN PROCESAL,
DESJUDICIALIZACIÓN
Y MEDIACIÓN

Pascual Ortuño Muñoz

Magistrado
Audiencia Provincial de Barcelona

I. La mediación en los planes para la modernización de la Justicia. II. La mediación es un instrumento esencial para la abogacía. III. La mediación fue la gran olvidada en la Ley de agilización procesal. IV. ¿Qué aspectos ha abordado la Ley de mediación para dar cumplimiento al deber de transponer la Directiva 52/2008? V. Otras cuestiones que han sido objeto de regulación. VI. Nivel de cumplimiento de la obligación de transposición en los estados miembros de la UE. VII. La transposición de la directiva en el derecho comparado. VIII. Las futuras acciones para la implantación de la mediación en la UE.

RESUMEN

El sistema legal en España está experimentando un proceso de convergencia con los países de nuestro entorno, pero no se consigue la eficiencia necesaria. En la legislatura acabada en 2011 se emprendieron reformas para la agilización procesal, aun cuando quedó aparcada la introducción de la mediación, una metodología que ha sido experimentada con notable éxito en el mundo anglosajón. En el primer semestre de la nueva legislatura se ha publicado la Ley 5/2012, de transposición de la Directiva CE/52/2008, de Mediación en conflictos civiles y mercantiles, que puede ser un factor decisivo para reducir la litigiosidad y para mejorar sustancialmente el sistema de justicia.

PALABRAS CLAVE: *Administración de Justicia; mediación; conciliación; proceso civil; Derecho mercantil; common law.*

RESUM

A Espanya el sistema legal està experimentant un procés de convergència amb els països del nostre entorn, però no s'aconsegueix l'eficiència necessària. En la legislatura acabada en 2011 s'emprengueren reformes per a l'agilització, encara que quedà aparcada la introducció de la mediació, una metodologia que ha estat experimentada amb èxit notable en el món anglosaxó. En el primer semestre de la nova legislatura s'ha publicat la Llei 5/2012, de transposició de la Directiva CE/52/2008, de mediació en conflictes civils i mercantils, que pot ésser un factor decisiu per reduir el nombre de litigis i per millorar substancialment el sistema de justícia.

PARAULES CLAU: *Administració de justícia; mediació; conciliació; procés civil; dret mercantil; common law.*

ABSTRACT

The legal system in Spain is going through a process of convergence with the countries surrounding us, but the necessary efficiency is not being achieved. During the term of office ended in 2011 reforms were commenced to speed-up proceedings, even when the introduction of mediation was shelved, a methodology which has been put to the test with notable success in

the Anglo Saxon world. During the first six months of the new term of office, the Law 5/2012 on the Transposition of the Directive 2008/52/EC on mediation in civil and commercial matters has been published, which could be a decisive factor in reducing the court cases and in substantially improving the system of justice.

KEY WORDS: *Administration of Justice; mediation; conciliation; civil proceedings; Mercantile law: common law.*

I. La mediación en los planes para la modernización de la Justicia

Desde el Consejo de Europa se han venido realizando en los últimos años una serie de estudios tendentes a la mejora de los sistemas de justicia, entre los que destacan las encuestas que han sido cumplimentadas por los diferentes países sobre la eficiencia, la carga de trabajo o la racionalización de los procesos realizados por la Comisión Europea Para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ).

Entre las numerosas aportaciones y recomendaciones destaca la necesidad de desjudicializar una gran parte de la actividad de gestión que en algunos sistemas se atribuye a la administración judicial. España es un paradigma de esta carga de trabajo por la atribución exorbitante de competencias ajenas a lo que es la tarea de juzgar, propiamente entendida. También desde la Filosofía del Derecho se insiste por los expertos en la necesidad de romper con la tendencia que se generó en países de larga tradición autoritaria de desposeer a la ciudadanía de mecanismos de resolución de controversias previos a la judicialización. Se trata de implicar a todos los agentes sociales en una actividad pacificadora de los conflictos en aquellos casos en los que el componente jurídico no es esencial y teniendo presente, por otra parte, que los litigios se producen entre personas que han de seguir manteniendo relaciones en el futuro. Entre las dos corrientes de pensamiento aludidas se sitúa la mediación que, entre otras cosas, permite conservar los vínculos societarios,

comerciales, económicos, familiares y de vecindad, descarga el trabajo de los tribunales y reporta un abaratamiento de los costes de los litigios.

La actividad legislativa de las dos legislaturas anteriores a la que se inició a finales de 2011, en materia de reforma y modernización de la justicia, merece una crítica profunda en lo que se ha dejado de hacer. Esta crítica expresa la añoranza de lo que pudo ser y no ha sido, después de las muchas expectativas que despertó el Libro Blanco por la Justicia de 1997, consensuado entre las grandes corrientes ideológicas, que marcó un camino hacia la modernidad y que dio como fruto el «Pacto por la Justicia» de 2002. En éste, los dos grandes partidos mostraron su determinación para dedicarse prioritariamente a esta asignatura pendiente de la democracia española, que sigue siendo la administración de justicia. El grado de desarrollo cultural de un país se mide por su sistema de justicia, y nuestro balance aquí es negativo, como ha puesto de relieve la encuesta de satisfacción ciudadana realizada por el Consejo de la Abogacía Española -con motivo del Congreso de Málaga de noviembre de 2011-, que ha situado la calificación de los jueces por debajo de la línea del suspenso.

Dos Consejos Generales del Poder Judicial sucesivos (de distinto signo político), cuatro ministros de Justicia y diez Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de justicia han dedicado más tiempo a disputarse parcelas de poder de la denominada «administración de la administración de justicia» que a diseñar modelos y reformas legales razonables (trayendo del Derecho comparado lo que es útil, como la mediación), o a la formación de los juristas y el desarrollo tecnológico.

En este contexto, y ante las expectativas que ha generado el inicio de una nueva legislatura, surge de nuevo la conveniencia, anunciada como prioridad por el nuevo Gobierno, de la introducción en el sistema de justicia de la mediación como alternativa al sistema de confrontación ante los tribunales, en determinados casos en los que se suele apelar a los jueces antes de realizar un esfuerzo serio y responsable por solucionar los conflictos por la vía de la

negociación. Entre los proyectos del nuevo Gobierno se ha dado absoluta prioridad a la mediación, que ha sido objeto del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 de marzo, que tras su promulgación ha seguido el trámite parlamentario para la discusión y redacción definitiva de la Ley de mediación en el ámbito civil y mercantil, que ha sido recientemente aprobada como Ley 5/2012 (BOE de 7.7.2012).

Sobre la necesidad de la introducción de la mediación, y utilizando un símil sanitario, podemos decir que se acude con demasiada rapidez al quirófano antes de procurar un tratamiento farmacológico previo que podría evitar importantes secuelas y daños colaterales. Parte de la responsabilidad está en las facultades de Derecho y escuelas de práctica jurídica donde se estudian técnicas para ganar los pleitos y se desconocen por completo las competencias profesionales relativas a la negociación o a la resolución pacífica de controversias, que en otros países son fundamentales y tienen un peso específico en los planes de estudio de Derecho.

La Ley de mediación en el ámbito civil y mercantil llega tarde, pues España ya ha incumplido el plazo de tres años que el Parlamento Europeo estableció para regular la mediación en el ámbito de los litigios civiles y mercantiles. Es importante introducir la mediación en conflictos comerciales, societarios, empresariales, o en los de naturaleza económica derivados de la responsabilidad contractual, extracontractual y en las reclamaciones a las aseguradoras, puesto que los programas de modernización de la justicia o los planes de agilización procesal no pueden prescindir de esta herramienta que ha mostrado un alto grado de eficacia y de celeridad en la resolución de los conflictos, con un nivel muy elevado de satisfacción entre los usuarios.

II. La mediación es un instrumento esencial para la abogacía

La mediación no es nada nuevo para los juristas españoles, puesto que hace ya más de diez años que se pusieron en marcha las experiencias piloto en algunos juzgados de familia y comenzó a introducirse por los parlamentos de las Comunidades Autónomas en el ámbito de las crisis familiares. En este tipo

de litigios la mediación ya no es discutida, aun cuando todavía necesita ser desarrollada a nivel general e instalada en la práctica diaria del trabajo de abogados y jueces.

Contamos con experiencias muy interesantes en el Derecho de familia, en Derecho Penal y en conflictos sociales. En el ámbito del Derecho de familia las intervenciones mediadoras tienen unas características propias derivadas de la dimensión psicológica de los conflictos y de las implicaciones emocionales inherentes a sus problemáticas, que son muy diferentes a la práctica de los principios de la justicia reparadora en el Derecho Penal, que se ha introducido de forma paralela al desarrollo de la victimología, si bien la anunciada reforma del proceso penal deberá explorar con mayor profundidad sus beneficios y delimitar su nivel de utilización salvaguardando, en todo caso, los derechos de las víctimas.

En el campo del Derecho Civil económico el progreso de la mediación es menos visible, aunque hace algún tiempo que la abogacía empezó también a trabajar con esta metodología, introducida en la práctica contractual con el impulso de los despachos internacionalistas. La primera Ley de mediación de las Islas Baleares fue pionera en la regulación del contrato de mediación en el Derecho Privado. La utilización en este contexto es frecuente en el Derecho comparado, especialmente en los conflictos derivados de las relaciones entre proveedores y clientes, redes comerciales y de negocios cuando concurren elementos transfronterizos. No obstante la eficacia acreditada de esta metodología, una buena parte de los abogados y juristas la han observado con recelo por la natural tendencia a rechazar lo que se desconoce. Se teme perder el control sobre el litigio, fundamentalmente por no conocer el papel que el abogado desempeña en el proceso de la mediación.

El *Libro Verde* sobre los ADR («*Alternative Dispute Resolution*»), investigación que desplegó como actividad prelegislativa la Comisión Europea, puso de relieve que esta metodología no es ninguna moda, sino que es un medio alternativo de resolución de conflictos muy experimentado en la tradición

del Derecho de los países del *Common Law*. Así lo ha entendido también el Consejo de Europa con las seis recomendaciones que ha publicado para intentar impulsar su desarrollo en los países de la Europa continental que siguieron el modelo del Código francés, que en plena exaltación del positivismo extendió la hegemonía de la respuesta legal a todos los conflictos y en todos los ámbitos sociales, relegando la autonomía de la voluntad de las partes a un lugar secundario, incluso en la esfera de las relaciones jurídicas y económicas puramente privadas. Este sistema, que funcionó aceptablemente en una sociedad rural, es insuficiente para la resolución de los complejos conflictos de dimensiones muy heterogéneas, que se producen en la sociedad actual.

La Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, ha sido aprobada por el sistema de codecisión como fruto de la convergencia de las políticas públicas de justicia en el espacio europeo. Cumple en el sistema una función de ley marco a la que han de adaptar sus legislaciones todos los estados miembros de la Unión Europea, y concreta su ámbito más general en los litigios civiles y mercantiles (o comerciales), recordando en su preámbulo que, aun cuando también es de aplicación a los conflictos laborales y los familiares, éstos tienen determinadas características propias que se han de respetar por la dimensión de *public policy* (orden público) de las normas legales que las regulan y la presencia en ellas de derechos no disponibles. Se refiere, por lo tanto, a las relaciones de Derecho Privado regidas por el principio de autonomía de las partes.

Las razones esenciales de la apuesta por la mediación en una Europa todavía dividida en sistemas jurídicos y de justicia diferentes se concretan en que es irrealizable el modelo de códigos a nivel europeo (modelo napoleónico) para la regulación de unas relaciones comerciales, jurídicas y patrimoniales que en ocasiones son muy complejas por sus componentes tecnológicos, financieros, comerciales y a menudo transfronterizos. En cambio, la implantación de mecanismos de autocomposición, negociación y arbitraje en conflictos y materias que pertenecen a la esfera dispositiva del Derecho es

apreciada por la flexibilidad de los procedimientos y por su enorme utilidad para dotar de seguridad a las relaciones jurídicas transfronterizas y a la resolución de conflictos que, por su naturaleza, requieren una respuesta ágil y práctica.

Desde el punto de vista economicista del Derecho, la mediación permite en la mayoría de los casos el mantenimiento de las relaciones entre las partes en el futuro, con lo que se contribuye a fortalecer las redes sociales y económicas en una perspectiva colaborativa. Además de estos beneficios, la mayor eficacia del sistema y la descarga del trabajo de los tribunales son un efecto accesorio, a pesar de que suelen citarse como razones fundamentales para su implantación.

En toda Europa la actuación prioritaria en el desarrollo de la mediación se focaliza, en estos momentos, en su implantación en lo civil y mercantil, lo cual, además, es un objetivo relativamente asequible, pues únicamente requiere de dos elementos: formación específica en la materia para los operadores jurídicos y para los mediadores, y puntuales cambios legislativos de carácter procesal. No se necesitan inversiones económicas imposibles en esta época de restricciones presupuestarias, ni la construcción de un sistema que deba ser objeto de grandes debates jurídicos. El beneficio que reporta su implantación es importante, puesto que implica el establecimiento de un instrumento esencialmente manejado por la abogacía, mediante el que los ciudadanos pueden ver resueltos sus problemas en plazos razonables. Los abogados pueden disponer de una herramienta útil que les va a evitar la necesidad de acudir ante la jurisdicción. Si se consiguen unas tasas de utilización como en el Reino Unido (el 35 %), o en la República Federal de Alemania (el 24 %), los tribunales pueden ver disminuir el trabajo que les desborda, por lo que podrán dedicar más tiempo a los asuntos netamente jurídicos, con lo que los procesos podrán estar mejor gestionados y las sentencias mejor trabajadas, razonadas y argumentadas.

III. La mediación fue la gran olvidada en la Ley de Agilización Procesal

El objetivo de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Agilización Procesal, es la introducción de mejoras procesales para dotar de mayor rapidez a determinados procedimientos en el orden civil, penal y contencioso-administrativo. La técnica es la recomendada por el Consejo de Europa, que tiene constituido un grupo de trabajo para la optimización del management court basado en la localización de tiempos muertos, trámites inútiles e inserción de medios tecnológicos en la gestión procesal para optimizar el tratamiento no jurisdiccional de los asuntos. No obstante, la premura en su elaboración y discusión parlamentaria en el final de la anterior legislatura ha condicionado la relativa incidencia en los fines pretendidos. La regulación de la mediación, finalmente, quedó excluida pese a las recomendaciones europeas al respecto.

En nuestro país, ante las dificultades surgidas para la implantación de la nueva oficina judicial por los graves problemas de diseño, las reformas aprobadas han sido promovidas por la iniciativa de los propios jueces¹¹³. La razonabilidad de estas medidas no ofrece dudas, aun cuando destaca sobremanera, como ya se ha consignado, que se quedara en el tintero la aprobación de la tan esperada Ley de Mediación, texto que, mediante una disposición adicional de la Ley 15/2005 (época del ministro López Aguilar en Justicia), el Gobierno se obligó a presentar en el plazo de seis meses, dejando pasar también posteriormente (época del ministro Caamaño) el plazo de los tres años que imponía la Directiva 52/2008. También en este terreno y, desde la propia base de la carrera judicial, se están impulsando las iniciativas piloto

.....

113 El primer documento fue elaborado por la junta de jueces de Valencia, con el impulso de su decano Pedro Víguer, y pasó después por la asamblea de decanos de España que la remitió al Ministerio.

de mediación intrajudicial¹¹⁴. El Consejo General del Poder Judicial ha decidido ofrecer un inestimable apoyo a estas iniciativas e incluso ha dedicado un espacio en la nueva página web en el que ofrece la bibliografía básica, los protocolos de intervención y derivación judicial y el mapa de los órganos judiciales que disponen de servicios de mediación. Es también significativo que el «Premio a la Justicia más accesible», de 2011, haya sido concedido a la experiencia piloto que dirige el magistrado Luis Aurelio González, en los Juzgados de primera instancia de Madrid¹¹⁵.

La exclusión de la mediación de la normativa sobre agilización procesal resultó más extraña, por cuanto el Proyecto de ley de mediación civil y mercantil ya había tenido su entrada en el Congreso en febrero de 2011, y existía consenso para incluirlo en el paquete de medidas anunciado. Precisamente, una de las objeciones que la doctrina y los juristas formulaban contra la supresión de los recursos de apelación, en los litigios civiles y mercantiles de cuantía inferior a 3.000 €, había sido atajada dialécticamente por el propio ministro con el argumento de que para estos litigios el ciudadano ya tenía la posibilidad de haber gestionado la resolución de su caso en un proceso previo de mediación, que el proyecto de ley la instituía como obligatoria para reclamaciones inferiores a los 6.000 €, dando por sentado que la ley de mediación entraba en el paquete de la reforma. Finalmente se dejó para la siguiente legislatura, lo que por otra parte ha permitido mejorar sustancialmente un proyecto que presentaba numerosas lagunas e incorporar, como consecuencia de la Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011, las mejores prácticas del Derecho comparado. A título de ejemplo, en el Reino Unido se ha incrementado la obligatoriedad de intentar la

.....

114 Deben destacarse, además de los servicios ya consolidados en los juzgados de familia, las experiencias de derivación en juzgados civiles de Barcelona y Madrid, que han sido galardonados por el Ministerio y por el CGPJ.

115 *Vid.* la web www.poderjudicial.es/cgpj/temas

mediación en reclamaciones cuyo valor económico sea inferior a 15.000 libras (equivalente a 20.000 € aproximadamente).

Con la Ley 5/2012, la hora de trasponer la Directiva 52/2008 ya ha llegado, después de que el 2 de diciembre de 2011 la Comisión Europea abrió expediente a España por incumplimiento de la obligación de realizar la transposición de la Directiva al Derecho interno. Por esta razón, ya se ha señalado como una de las prioridades del Ministerio de Justicia dar cumplimiento a esta exigencia comunitaria, y las declaraciones programáticas del nuevo Gobierno expresaron la firme decisión de que, dentro de esta legislatura, la mediación quedase regulada en los aspectos procesales necesarios para superar la fase de experiencias piloto. De hecho se están impartiendo más de sesenta másteres y cursos por universidades y colegios profesionales, y el propio Consejo de la Abogacía ha adoptado una inequívoca línea de apoyo a esta metodología.

IV. ¿Qué aspectos ha abordado la Ley de mediación para dar cumplimiento al deber de transponer la Directiva 52/2008?

La obligación fundamental que impuso la Directiva la de trasladar los principios de lo que es una ley marco a la legislación interna en el plazo de tres años (que, como ya se ha dicho, se cumplió el 11 de mayo de 2011). La Directiva 52/2008 es una norma de mínimos, en consecuencia no es necesario construir un texto legal extenso y complicado. Su objetivo es que se garantice por cada uno de los Estados la existencia de servicios de mediación a disposición de los ciudadanos y de las empresas (se habla en genérico y no distingue si han de ser públicos o privados), para que se puedan tratar con esta metodología los litigios transfronterizos. A pesar de esta focalización del ámbito en los pleitos internacionales, todos los Estados miembros que hasta ahora han realizado la transposición han aprovechado la ocasión para regularla también en litigios nacionales. La ley española introduce la regulación sin distinguir entre conflictos internos y conflictos transfronterizos.

La norma exige que los servicios de mediación que se ofrezcan tengan una calidad suficiente, puesto que los eventuales acuerdos que se alcancen tendrán la eficacia de la cosa juzgada y deberán ser reconocidos y ejecutados, llegado el caso, en el resto de los Estados de la Unión Europea, con la misma condición que tienen las sentencias judiciales u otros instrumentos públicos oficialmente reconocidos. El Proyecto de ley de Caamaño optó por la exigencia de una titulación universitaria cualquiera, y por que el mediador dispusiese de un seguro de responsabilidad civil, con lo que dejaba el control de calidad a las compañías aseguradoras. La regulación que ha resultado del debate parlamentario ha optado, finalmente, por exigir una formación específica en mediación. En el ámbito de la mediación familiar, se parte de la base de que la habilitación de los mediadores pertenece competencialmente a las Comunidades Autónomas que han regulado esta materia, aunque se echa en falta alguna norma de Derecho interregional. Para el ejercicio de la mediación en el ámbito civil, mercantil o empresarial no se exige una habilitación oficial previa, si bien se apunta la necesidad de un registro en el Ministerio de Justicia, dejando para la vía reglamentaria su regulación.

En el Derecho comparado se suelen distinguir diversos ámbitos funcionales: en el nivel de mayor eficacia de la mediación, que es el de los litigios derivados por los tribunales de justicia en causas pendientes ante la misma (que sería la denominada mediación intrajudicial), el mediador debe tener una habilitación del Ministerio de Justicia o de los propios tribunales (algo similar a los administradores concursales o a los intérpretes). Es evidente que, cuando un tribunal designa a un mediador, está garantizando la calidad del mismo y de alguna manera pone en juego la seriedad y prestigio del propio tribunal. En un segundo nivel, y para los conflictos todavía no judicializados que están en vías de negociación, y en manos ya de los abogados de las partes, existen servicios institucionales como los ubicados en las cámaras de comercio, o en los colegios de abogados, de notarios o de procuradores, aunque también se ofrecen cada vez más por las cortes arbitrales, que ven en la mediación una excelente metodología para incorporar a su oferta. También existen servicios

de mediación a nivel municipal o en ámbitos similares a los de la justicia de paz.

En el ámbito de los conflictos de familia ya existen numerosos servicios públicos, e incluso la Conferencia de la Haya convocó a los expertos a una comisión especial el 25 de enero de 2012, al objeto de proponer a los Estados miembros trabajar en un instrumento, proyecto de convenio mundial o recomendación sobre la mediación (que se ha mostrado especialmente eficaz en retenciones ilícitas de menores, incumplimientos de visitas o impago de alimentos con componente transfronterizo).

En el ámbito comercial, mercantil, de los seguros o de los negocios, también se están generando instituciones independientes (no gubernamentales) amparadas en fundaciones o institutos de diversa naturaleza, que ofrecen este tipo de servicios, como el CEDR¹¹⁶, Centre for Effective Dispute Resolution (centro para la resolución eficaz de conflictos). Por supuesto, en el ejercicio de la abogacía privada e incluso de otras profesiones dedicadas a la consultoría o al coaching, la oferta es muy amplia, y su calidad queda en la mayor parte de ellas sujeta a las leyes de la oferta y la demanda y, por supuesto, al prestigio de los propios mediadores.

Los aspectos que necesitan de una regulación expresa en Derecho procesal y que han sido abordados por la Ley 5/2012 son, en esencia, cuatro:

- A) Las medidas legales de garantía a la confidencialidad, es decir, la declaración de inhabilidad como testigos o peritos de los mediadores (salvo en causas penales para el enjuiciamiento de delitos perseguibles de oficio), y la incompatibilidad de éstos de colaborar con despachos de abogados que tengan el encargo profesional de asistir a alguna de las partes. También debe regularse expresamente

.....
116 *Vid.* la web www.cedr.com

la prohibición eficaz de utilizar en un ulterior proceso documentos producidos en el seno del proceso de mediación si ésta no llega a ratificarse finalmente, y se entabla (o prosigue), el proceso contencioso ante los tribunales de justicia.

- B) La previsión de los efectos indirectos en la vida de los derechos que pueden derivarse del sometimiento a un proceso de mediación, fundamentalmente la previsión de la interrupción de la prescripción de los derechos y la caducidad de las acciones.
- C) La facultad de la que se ha de dotar a los tribunales para que puedan suspender el curso de los autos de oficio (cuando consideren que los componentes extrajurídicos del litigio son esenciales, y que todavía es posible alcanzar un acuerdo), para remitirlos a un proceso de mediación, así como la obligación de las partes de participar al menos en una sesión informativa (y los efectos de incumplir esta recomendación).
- D) La forma que han de reunir los pactos finales para que sean eficaces, es decir, para que queden dotados de ejecutividad, bien mediante la constatación del acuerdo en documento intervenido (u homologado) de alguna manera por fedatario público, o bien mediante la exigencia de homologación judicial cuando existan cuestiones de orden público, o deban seguir los trámites de la transacción. La Directiva fija la obligación de los Estados miembros de comunicar los organismos que en cada sistema jurídico ejercerán esta función, a efectos de reconocimiento y ejecución de las resoluciones.

V. Otras cuestiones que han sido objeto de regulación

La Directiva 52/2008 deja a los Estados un gran margen de discrecionalidad para regular otras cuestiones conexas pero que, de alguna manera, también son necesarias para la correcta implantación de la metodología a la vista de las experiencias del derecho comparado. De hecho, en los países del Common

Law, que son los que tienen más tradición en metodologías de mediación, como EE. UU., Reino Unido, Canadá, Australia o Nueva Zelanda, por citar aquellos en los que está más arraigada, la mediación se divulgó y extendió como práctica profesional de la abogacía y, en todo caso, a través de protocolos impulsados por los tribunales de justicia (*usus fori*), los cuales son muy diferentes unos de otros, puesto que se adaptaron a las condiciones y necesidades del lugar. No ha sido hasta después de muchos años de prácticas cuando se han establecido pautas comunes.

El primero de estos temas es el relativo a los ámbitos de intervención. La primera decisión que se ha concretado en la Ley citada es que no solo son objeto de regulación los litigios transfronterizos, sino que también lo son los propios nacionales. La segunda opción ha sido la de ampliar la mediación a todos los conflictos en los que rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes, con las debidas condiciones en aspectos de orden público del ámbito de la persona y la familia. Han quedado excluidos de la regulación el derecho laboral, el derecho del consumo o los conflictos de los ciudadanos con la administración pública.

Con similares principios, pero en otra dimensión, se ubica la denominada mediación penal, muy vinculada a la victimología, al principio de oportunidad en la acusación (tema polémico muy ligado al modelo de instrucción penal), a la justicia reparadora e incluso al derecho penitenciario. Como es obvio, intentar regular todos estos campos inicialmente es inabordable. La implantación escalonada por materias, esferas y ámbitos tan diversos, con impulso de proyectos piloto como los que está promoviendo el CGPJ, es lo más aconsejable, puesto que ante la falta de experiencia y la escasez de mediadores bien formados, es preferible adoptar cautelas que no hagan

fracasar el proceso de implantación en su fase inicial, es decir, caminar paulatinamente¹¹⁷.

Una de las cuestiones que ha despertado una mayor preocupación, puesto que su regulación presenta no pocas dificultades, es la configuración del profesional que ejerce la mediación. La Directiva define la metodología como «proceso estructurado», lo que significa que si bien está muy lejos de lo que representa un procedimiento rígido y formal, similar a los que regulan las leyes procesales, y que ha de estar dotado de una gran flexibilidad, adaptabilidad a las circunstancias objetivas y subjetivas y a necesidades de las partes, e incluso puede ser negociado por las partes su desarrollo, se debe dotar de suficientes elementos de seguridad jurídica para que queden garantizados los principios de voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad. Además, el mediador debe estar específicamente capacitado en tres competencias: a) el dominio del lenguaje del conflicto; b) el conocimiento de las técnicas de comunicación, y c) el uso de las herramientas de análisis del conflicto. Cuando el mediador pertenezca al ámbito profesional privado, su función, su intervención, puede regularse, al igual que la de los abogados, por un contrato de prestación de servicios en el que debe asumir sus responsabilidades. Cuando su profesionalidad esté avalada por instituciones, o incluso por los tribunales, su preparación objetiva para ofrecer un servicio de calidad debe estar garantizada. La determinación de los honorarios en uno y otro caso es también diferente. La exigencia de un seguro profesional, como establece la Ley, es un mecanismo posible, pero puede que resulte notoriamente insuficiente. Una buena parte de estas cuestiones quedará para el desarrollo reglamentario.

.....

117 En 2008, Portugal optó por establecer la mediación a prueba en determinados partidos judiciales, tal como también hizo Argentina en 2004.

En tercer lugar debe regularse el nivel de obligatoriedad en la exigencia del sometimiento a la mediación. Aquí se han alzado muchas críticas a las recomendaciones de la Directiva (que permite y recomienda un nivel de obligatoriedad mínimo para la sesión informativa). Incluso un tribunal de Palermo acaba de plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo ante la previsión de la Ley italiana de exigir la mediación previa al proceso en determinados casos. Nuestra tradición ya contempló el acto de conciliación obligatorio hasta la reforma de la LEC de 1992 que suprimió tal carácter porque se había convertido en un trámite burocrático vacío de contenido y efectividad (este es un riesgo que debe evitarse).

Los dictámenes del CGPJ y del Consejo de Estado al Proyecto de ley de Caamaño que ha servido de base al texto legal promulgado, y la discusión que se ha producido a nivel parlamentario, destacan que la imposición de asistir a una sesión informativa implicaría una eventual vulneración del derecho de tutela efectiva. La preocupación es excesiva puesto que el nivel de obligatoriedad ha quedado muy dulcificado y, en cualquier caso, la previsión de que se califique de temeraria la conducta de quien rechaza la mediación, a efectos de la condena en costas, no impide el acceso del ciudadano a los tribunales si se considera que la obligatoriedad se circunscribe a la asistencia a una primera sesión informativa.

Cabe considerar que las leyes procesales laborales prevén y mantienen el requisito del acto de conciliación, y en el Derecho Administrativo está consolidada la reclamación previa. El derecho a la tutela efectiva no puede confundirse con un innominado derecho del ciudadano a plantear sus cuestiones ante el tribunal en cualquier momento y de cualquier forma. La propia exigencia de que las demandas y querellas respeten unos determinados requisitos y estén autorizadas por competentes letrados habilitados para tal fin, son condiciones de procedibilidad que matizan aquel absoluto derecho a la tutela efectiva. Las condiciones para el acceso a los recursos cumplen la misma función. La Directiva prevé la existencia de este tipo de requisitos, aunque deja a los Estados de la UE disponer lo que estimen conveniente, pero

la Recomendación del Parlamento Europeo de 11 de septiembre de 2011 insiste en que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende también el acceso a medios alternativos de resolución de controversias. Este es un caballo de batalla de determinados sectores de la abogacía, los cuales, en países como Italia, han realizado en el otoño de 2011 una huelga contra el Decreto ministerial que lo estableció. La opción del legislador español ha sido la de limitar la acción de los tribunales al nivel de recomendación, lo que es congruente con la evidente carencia de servicios de mediación que dispongan de mediadores cualificados, por lo que es razonable que, en todo caso, sea una medida que deberá repensarse en el futuro.

En esta cuestión el Derecho comparado nos presenta una gran variedad. Se cita al Reino Unido que, en el plan para la modernización de la justicia de Inglaterra y Gales de 2005, ya estableció la obligatoriedad de acreditar un intento serio y efectivo de mediación para litigios de escasa cuantía, que en octubre de 2011 se incrementó hasta las 15.000 libras; o a Austria, Bélgica, Canadá o Italia, que también lo prevén con carácter obligatorio, junto con otros sistemas, como el de la conciliación ante conciliadores judiciales (jueces con este cometido específico). Otros Estados miembros de la UE han establecido medidas de fomento indirectas, como la exención de tasas e impuestos en transmisiones derivadas de procesos de mediación o, por el contrario, de refuerzo negativo, como multas en casos de incomparecencia. El reconocimiento de los efectos retroactivos de pensiones o intereses a la fecha en la que se interesó la mediación por una de las partes, también es una medida ensayada sumamente eficaz.

Tal vez la medida más efectiva ha sido la que se ha introducido por vía jurisprudencial en el Reino Unido, ya desde el caso *Dunnet versus Railtrack* (2002), y en los más recientes *Hasley versus Milton Keynes* (2006) y *Rolf*

versus De Guerin (2011¹¹⁸), en los que la Hight Court impone el pago de las costas y gastos del tribunal a la parte que gana el juicio porque, tratándose de casos evidentes en los que la discusión legal carece de entidad, las personas que demandaron no habían intentado ni propiciado un acuerdo previo. El argumento es que la utilización innecesaria de recursos públicos (los tribunales), para obtener algo que habría podido conseguirse sin dificultad con una actividad previa de mediación, se ha de sancionar con el pago de las costas (incluida la parte correspondiente a los gastos del propio tribunal). Una somera reforma legal en materia de costas procesales en España sería, probablemente, más efectiva para promover la mediación y evitar la denominada litigiosidad impropia, que la anunciada implantación de las tasas judiciales.

El Proyecto de ley de febrero de 2011 contenía la previsión de la obligatoriedad de la mediación previa en reclamaciones de cantidad inferiores a los 6.000 €. Se trataba de una medida insuficiente desde el punto de vista conceptual, puesto que se circunscribía a las demandas de pago de cantidad líquida, cuando realmente lo que puede ser objeto de mediación no es propiamente el pago de una determinada cifra (a veces la única causa de oposición es que no se tiene liquidez), sino la determinación de un perjuicio por un incumplimiento contractual, o un hecho o prestación generador de responsabilidad extracontractual. Afortunadamente, la Ley 5/2012 ha suprimido esta condición obligatoria, puesto que hubiese inducido a asimilar la mediación con los asuntos bagatela o de pequeña cuantía; la implantación de servicios destinados a este fin de forma precipitada habría atraído a la mediación a personas sin un nivel de preparación adecuado.

La última de las cuestiones a abordar es la relativa a lo que la Directiva denomina «medidas de fomento». Indudablemente, la mejor actuación en este

.....
118 *Resolutions*, núm. 47, CEDR, Londres, junio 2011 (www.cedr.com).

terreno es la puesta a disposición de ciudadanos y empresas de unos servicios de mediación con mediadores eficientes y buenos profesionales. En este campo los colegios profesionales pueden cumplir un papel primordial, que puede autofinanciarse puesto que la mediación no tiene por qué ser en todos los casos gratuita. También entidades e instituciones como asociaciones de consumidores, tribunales arbitrales, o sociedades de servicios o profesionales liberales tienen un enorme campo de actuación. La Ley de mediación española se sitúa aquí en el ámbito de los principios a desarrollar, imponiendo a las administraciones una obligación que no se concreta en ninguna previsión presupuestaria que pueda garantizar la inserción de servicios de mediación suficientes en el sistema.

VI. Nivel de cumplimiento de la obligación de transposición en los Estados miembros de la UE

Después de cumplirse los tres años del plazo previsto para la transposición de la Directiva 52/2008, se presentaron ante la Comisión de Justicia del Parlamento Europeo los resultados para conocer el estado de la cuestión, lo que dio lugar a la aprobación de la Recomendación de 13 de noviembre de 2011, sobre «el impacto de la directiva en la mediación y su aceptación por los Tribunales»¹¹⁹. Se destacan en este documento algunas directrices que se marcan para aquellos Estados miembros que todavía no han realizado la transposición o que, disponiendo de legislación en la materia, se proponían actualizar y modernizar la misma. Es interesante destacar algunas de sus reflexiones:

- a) El principio fundamental de «acceso a la justicia» incluye también los medios alternativos, como es la mediación, destacando que este derecho no supone sólo la posibilidad de acudir a los tribunales, sino

.....
 119 P7_TA-PROV (2011) 0631.

también la de obtener una solución justa a los conflictos, lo que puede obtenerse en determinados casos con mayor eficacia a través de la mediación. Esta idea ha sido recogida por la Ley española.

- b) El objetivo no es la creación de un trámite burocrático, sino el fomento de la resolución amistosa de litigios.
- c) La necesidad de regular determinados aspectos (derivación judicial, confidencialidad, prescripción, eficacia de los acuerdos), obedece a razones de seguridad jurídica.
- d) Se debe primar la flexibilidad de procedimientos frente a la burocracia, sin menoscabo de los requisitos claros y efectivos de homologación de los acuerdos.
- e) Es fundamental destacar la importancia económica de que con la mediación se puede conseguir el mantenimiento y fortalecimiento de las relaciones económicas, comerciales y de colaboración productiva.
- f) Se deben buscar fórmulas para incentivar los medios alternativos.

VII. La transposición de la Directiva en el Derecho comparado

El panorama europeo en su conjunto es sumamente irregular puesto que existen países en los que la mediación está implantada desde hace años, mientras que en otros se desconocía por completo la institución. Cualquier estudio comparativo es todavía aproximativo. No obstante pueden adelantarse algunas notas del progreso del desarrollo legislativo¹²⁰ que se está experimentando en los últimos años, marcado por el carácter experimental de una legislación que, en algunos casos, después de su promulgación ha de ser

.....

120 Estas notas se refieren a un momento determinado, junio de 2012, que es el momento en el que se redacta este trabajo.

objeto de modificación temprana cuando los presupuestos legales se empiezan a implantar en la práctica. Las principales dificultades son, por una parte, la ausencia de experiencia previa que origina incluso en el legislador una inicial confusión entre la mediación, el arbitraje y la conciliación y, por otra, la inexistencia de mediadores experimentados, lo que implica un enorme riesgo de que el sistema fracase estrepitosamente cuando se encomienda la función a personas que carecen de un perfil adecuado.

La aproximación a la implantación por países que se ha seguido por la asociación GEMME¹²¹, es la siguiente:

- a) ALEMANIA reformó el ZPO (Código de Procedimiento Civil) por la Ley de 1 de febrero de 2000 con la introducción del favorecimiento de la mediación por los tribunales (artículo 279), y la previsión de ejecutividad de los acuerdos (artículo 794). Una Ley de 2002 reforzó la facultad de reenvío al mediador (artículo 278). No existe título profesional específico, pero se exige para la acreditación por asociaciones profesionales. Se han incorporado a esta función un buen número de jueces y abogados jubilados. En enero de 2011 se presentó en el Bundestag un proyecto de ley de regulación integral de la mediación. Se siguen los trámites parlamentarios desde su primera lectura el 14 de mayo de 2011¹²². Se han presentado dificultades por razón de la distribución de competencias, que determinados Länder la reclaman para sí. Destaca en el proyecto el papel de los jueces en la mediación, los cuales incluso pueden intervenir como mediadores, si bien ante el eventual fracaso de su intervención como tales han de abstenerse de seguir conociendo del litigio. La formación de los mediadores se delega en las asociaciones

121 GEMME es una asociación europea de jueces, magistrados y fiscales creada para impulsar el desarrollo de la mediación. Vid. la web: www.gemme.eu

122 www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2011/34433909_kw21_pa_recht/index.html

- profesionales. Se propone también la regulación de los costes, y la previsión de ayudas económicas para quienes carezcan de recursos. A fecha de hoy continúa la tramitación parlamentaria.
- b) AUSTRIA introdujo la mediación en su ordenamiento por la Ley 29/2003 de forma sistemática y completa, e impuso por el Decreto 2004/47 la formación obligatoria con cursos de 120 horas y la necesidad de que los mediadores estén habilitados e incluidos en una lista que gestiona el Ministerio Federal de Justicia.
 - c) BÉLGICA incorporó la mediación por la Ley 19 de febrero de 2001, y reformó con el mismo objeto el artículo 1.730 del Código Judicial por la ley de 21 de febrero de 2005. Se introdujo una especie de protocolo de mediación que ha permitido el desarrollo del sistema a través de instituciones privadas.
 - d) BULGARIA ha promulgado dos leyes consecutivas y complementarias: la de 2 de diciembre de 2004 y la posterior de 12 de octubre de 2006. Ha establecido la mediación obligatoria previa a la vía judicial, con importantes incentivos para los acuerdos extrajudiciales como, por ejemplo, la devolución del 50 % de las tasas judiciales si el pleito se soluciona mediante un acuerdo en mediación.
 - e) DINAMARCA carece de ley (tampoco está obligada por la Directiva 52/2008), pero sin embargo la metodología está muy extendida entre la abogacía y en la práctica contractual privada.
 - f) ESLOVENIA tiene en vigor una Ley completa de transposición de la Directiva, de septiembre de 2010.
 - g) ESTONIA reguló la mediación en su nueva Ley de procedimiento civil.
 - h) FINLANDIA, donde la mediación está muy extendida en la práctica y fundamentalmente se potencia desde los propios municipios y tribunales, la reguló mediante el Decreto 663/2005.

- i) FRANCIA fue pionera en la regulación legal, y a tal efecto reformó su Código de Procedimiento Civil por la Ley 1995/125, de 8 de febrero de 1995, completándose administrativamente por el Decreto de 22 de julio de 1996. Con la experiencia acumulada acaba de promulgar una reforma mediante el Decreto 2012/66, de 20 de enero de 2012¹²³. Se introduce un libro completo (el Libro V) en la Ley de Procedimiento Civil sobre la «resolución amigable de diferencias». Distingue entre la conciliación por un «conciliador de justicia», la mediación y el «proceso participativo gestionado por los abogados». El texto legal describe detalladamente cada uno de estos MARC (métodos alternativos de resolución de conflictos). En cuanto a los mediadores, han de disponer de una formación específica, y se establece como requisito para su ejecutividad su homologación por una autoridad judicial (artículos 1.532 a 1.535). Se regula también el informe del experto como vía alternativa a la judicial. El texto modifica más de 40 leyes que se ven afectadas. Se ha optado por reforzar el papel de los abogados en los MARC, y está siendo objeto de un gran debate por los diferentes sectores jurídicos. La regulación de la mediación en los conflictos laborales ha sido contestada por los sindicatos.
- j) GRECIA ha ido regulando la mediación sectorialmente, así en concursos y quiebras (Ley 3588/2007), protección de los consumidores y usuarios, derecho marítimo o construcción de edificios, pero ha refundido las diversas regulaciones en la Ley 3898/2010. Se regula el acceso a la mediación, los organismos de formación y titulación, la eficacia de los acuerdos, los honorarios de los mediadores y la información pública. No obstante para su implantación efectiva se remite a la legislación delegada que todavía no ha sido promulgada.

123 *Diario Oficial República Francesa (JORF)* de 22.1.2012.

- k) HOLANDA introdujo la mediación con la reforma del procedimiento civil por una Ley de enero de 2005. La establece como facultad de los tribunales, si bien se ha desarrollado más ampliamente en el ámbito privado con los contratos de mediación que suscriben las partes y donde regulan las características que desean para cada caso concreto. Son muy importantes las experiencias de mediación en la apelación, donde es el juez relator del caso el que la propone y la lleva a efecto (todos los jueces han recibido entrenamiento en técnicas de negociación). También se ha desarrollado la remisión a un experto (perito) en diferentes técnicas, pero dentro del ámbito de la mediación, es decir, con carácter confidencial y respetando el derecho de ambas partes a no asumir la opinión del experto, sin que ello pueda tener trascendencia alguna en el ulterior proceso judicial (este sistema ha conseguido un éxito rotundo).
- l) HUNGRÍA reguló de forma integral la mediación por la Ley 15/2005, de 17 de marzo. Destaca el control por parte del Ministerio de Justicia que es el que reconoce y homologa a los mediadores.
- m) IRLANDA tiene desarrolladas prácticas de mediación, pero no ha producido normas jurídicas especiales para la transposición.
- n) ITALIA reformó su código de procedimiento para introducir la mediación en 2003 y ha promulgado una nueva regulación con el Decreto Legislativo 28/2010, y el Decreto Ministerial de 6 de julio de 2011, que impone el intento de mediación previa como requisito de procedibilidad, cuya ausencia determina la inadmisión de las demandas, lo que ha provocado incluso una huelga de la abogacía. Un tribunal de Palermo ha planteado una cuestión prejudicial ante el TEDH, por entender que esta limitación vulnera el derecho de acceso a la justicia.
- o) NORUEGA tiene regulada la mediación desde 1992. La Dispute Act de 2005 establece la obligatoriedad de los tribunales de promoverla, tanto en la primera como en la segunda instancia. Los propios jueces pueden designar al mediador.

- p) PORTUGAL promulgó las Leyes de agosto de 2006 en el ámbito de familia y penal, con carácter experimental, estableciendo un calendario de entrada en vigor en cada circunscripción judicial. Con la experiencia obtenida ha reformado el Código de Procedimiento Civil por la Ley 29/2009, de 20 de junio, con la introducción de los artículos 249 (A a C) que regulan las características de voluntariedad, confidencialidad e imparcialidad, y del artículo 279 que prevé tanto la mediación a instancia de las partes como la derivación judicial obligatoria.
- q) RUMANÍA ha regulado la mediación y la «organización de la profesión de mediador» por la Ley 192/2006.
- r) REINO UNIDO fue el primer país europeo que desarrolló la mediación. Escocia la introdujo en 1974 en el ámbito privado, y en los conflictos de familia con la Mediation Familiar Act de 1995. En Inglaterra y Gales el CPR (Civil Procedure Rules) efectuó una regulación de mínimos, que se ha visto reformada por la jurisprudencia, al considerar una causa de temeridad, que conlleva la imposición de costas a la parte actora, aun cuando gane el pleito, no intentar la mediación en determinados casos. En noviembre de 2011 ha impuesto la mediación obligatoria a reclamaciones civiles inferiores a 15.000 libras.

VIII. Las futuras acciones para la implantación de la mediación en la UE

La decisión de que la mediación sea un signo distintivo del espacio común de seguridad y justicia en Europa ha sido adoptada como mecanismo idóneo para facilitar la vida de los ciudadanos y de las empresas mediante la resolución rápida y eficaz de litigios transfronterizos. Al mismo tiempo, se considera que es un instrumento esencial para elevar el nivel de satisfacción de los ciudadanos en la prestación de los servicios de justicia, y un elemento esencial para reducir las altas cotas de litigiosidad.

La Resolución del Parlamento Europeo de 13 de septiembre de 2011 constata que «la mayor parte de los Estados miembros están realizando la

transposición utilizando diversos enfoques normativos y, a pesar de que otros Estados se encuentran un poco retrasados, lo cierto es que la mayoría de los Estados miembros no sólo han dado buen cumplimiento a la Directiva, sino que en realidad superan los requisitos de la misma». Destaca también los aspectos favorables para el consumidor y las ventajas de ofrecer soluciones prácticas personalizadas a los litigios que no podrían ser dictaminadas por un juez ni por un jurado. No obstante, considera que debe ser aumentada la sensibilización mediante programas dirigidos a fomentar los conocimientos adecuados sobre la resolución alternativa de litigios y las principales ventajas que ofrece, y menciona especialmente (ordinal 19): los costes, el índice de éxito y la rapidez. Realiza en este sentido un llamamiento a determinados profesionales, a los abogados, a los notarios, a los empresarios, en especial a las PYMES, y al mundo universitario. Finalmente, la Resolución (ordinal 20), destaca la importancia de establecer normas comunes para acceder a la profesión de mediador, con objeto de fomentar la calidad de la mediación y de garantizar un nivel elevado de formación profesional y de certificaciones en toda la Unión.

El Plan de acción de la Comisión Europea para la aplicación del Programa de Estocolmo —COM (2010) 171 final—, prevé una Comunicación relativa a la aplicación de la Directiva sobre mediación en 2013.

El seguimiento por la Comisión de las experiencias locales y las buenas prácticas focalizan el interés de las acciones formativas promovidas para los próximos años por la Comisión Europea. En este sentido es de destacar el proyecto de investigación realizado con *El Llibre Blanc de la Mediació a Catalunya* impulsado por la Generalidad de Cataluña, y financiado por la Obra Social de La Caixa, que ha dejado un trabajo de una utilidad enorme para el desarrollo de las experiencias de implantación de esta metodología.¹²⁴

.....

124 Los textos, tanto los materiales jurídicos como los trabajos de investigación, las conclusiones y las buenas prácticas, están publicados on line en español, catalán e inglés, en edición gratuita y libre en la web //:www.llibreblancmediació.com

rjib 10

COMENTARIS I NOTES

LA REFORMA CONSTITUCIONAL DEL ARTÍCULO 135 Y LA CONSTITUCIÓN DE BAYONA

José M^a Lafuente Balle

Profesor de Derecho Constitucional
Universitat de Girona

I. El texto de la Reforma. II. El iter legislativo. III. Exégesis del nuevo precepto. IV. Examen político de la Reforma: la Constitución otorgada de Bayona y la Carta de 21 de julio de 2011.

I. El texto de la Reforma

Apenas un mes después de su anuncio por el Presidente del Gobierno Rodríguez Zapatero, el BOE de 27 de septiembre de 2011 publicó la reforma del art. 135 de la Constitución de 1978. Se trata de la segunda reforma tras la que afectó al art. 13.2 en el año 1992.

La Reforma afecta a todas las administraciones públicas, central, autonómica y local. Los principios presupuestarios que se introducen en este precepto son ambiciosos: estabilidad presupuestaria, contención del déficit y sujeción de la deuda pública.

Las entidades locales, provinciales y municipales, deberán sujetarse al principio de «equilibrio presupuestario» con implícita prohibición de déficit, de modo que sus presupuestos deberán adecuar la cifra de los egresos a la de los ingresos.

Por lo que se refiere al Estado Central y las Comunidades Autónomas, la norma permite la aprobación de presupuestos con un «déficit estructural» sujeto a ciertos límites: los márgenes fijados por la Unión Europea; el máximo que permita una ley orgánica *ad hoc* de acuerdo con el PIB de cada entidad, y, excepcionalmente, lo que apruebe la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados en caso de catástrofes naturales, recesión económica o emergencia extraordinaria. Esta ley orgánica establecerá, además, la participación de los distintos órganos en materia de política fiscal y financiera; la distribución del déficit estructural y de la deuda; así como la responsabilidad por incurrir en desviaciones y las fórmulas para su corrección.

Tanto el Estado como las Comunidades Autónomas podrán emitir deuda pública o contraer crédito, si bien sujetos asimismo a límites: autorización por ley parlamentaria; prioridad de los créditos para pagar los intereses y el capital de la deuda pública; el volumen de la total deuda pública en relación al total PIB ha de ser inferior al valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

En fin, una Disposición Adicional fija dos fechas: la del 30 de junio de 2012 para la aprobación de la ley orgánica y la del 2020 para la entrada en vigor de los límites del déficit estructural.

Desgraciadamente ya no tenemos a Enrique Tierno Galván para redactar la Exposición de Motivos de la Reforma. Ésta se constriñe a mencionar algunos presupuestos: la Unión Económica y Monetaria, el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y la actual crisis económica y financiera.

II. El iter legislativo

Conforme a la Constitución (art. 166 que remite al art. 87.1), la iniciativa de la Reforma correspondió a los Grupos parlamentarios Socialista y Popular; y se tramitó por el procedimiento de lectura única conforme al art. 150 del Reglamento del Congreso de los Diputados.

Tras la iniciativa, se procedió conforme al art. 163 CE: aprobación por mayoría de tres quintos del Congreso y del Senado, sin sometimiento a referéndum por cuanto que no medió solicitud de la décima parte de diputados o de senadores.

La clave de este procedimiento radicó en que, sumados, los integrantes de los Grupos parlamentarios Socialista y Popular suponían sobradamente más de los tres quintos del Congreso y del Senado; y que el resto no alcanzaba la décima parte necesaria para forzar el sometimiento de la reforma a referéndum.

El debate parlamentario no resultó especialmente brillante. En el Congreso se debatió la toma en consideración de la proposición ¹²⁵ y su aprobación. ¹²⁶ El Senado aprobó definitivamente la proposición. ¹²⁷

.....
¹²⁵ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 269, de 30 de agosto de 2011, sesión plenaria núm. 255.

Tal vez el episodio más resaltable fue el rechazo de las enmiendas transaccionales presentadas a los apartados 5 y 6 por el diputado Durán i Lleida, del Grupo Parlamentario de Convergencia i Unió del Congreso, al objeto de reconocer a las Comunidades Autónomas capacidad normativa para desarrollar y aplicar los mecanismos para el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria. Sucedió que la sola oposición del diputado Llamazares de Izquierda Unida supuso, conforme al art. 118.3 del Reglamento del Congreso, la imposibilidad de su admisión a trámite.

La intervención del diputado Durán i Lleida en contra de la proposición de reforma supuso una sentida denuncia de que tal modificación significaba el final del consenso con que se aprobó la Constitución de 1978. Incidió en que, a diferencia de entonces, la presente reforma había sido pactada tan solo por los dos partidos políticos mayoritarios, apartando deliberadamente a los demás grupos parlamentarios en general y a los nacionalistas en particular.

III. Exégesis del nuevo precepto

El art. 135 introduce un concepto fundamental, cual es la prohibición del déficit presupuestario en las administraciones públicas, salvo el déficit estructural que se permite a las administraciones central y autonómica.

Ahora bien, ¿cuántos tipos hay de déficit? La doctrina económica¹²⁸ distingue tres, a saber: el déficit total, que es la diferencia entre gastos e ingresos; el déficit estructural, que es el que se tendría en una hipotética

.....
¹²⁶ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 270, de 2 de septiembre de 2011, sesión plenaria núm. 256.

¹²⁷ *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 130, de 7 de septiembre de 2011

¹²⁸ BOVENS, M.; CURTIN, D.; HART, P.'t (eds.). *The Real World of EU Accountability: What Deficit?*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

situación de máxima actividad y de pleno empleo, y el déficit cíclico, que es la diferencia entre aquellos dos déficits, total y estructural.

Esta distinción afecta directamente al montante de los ingresos tributarios que dependen de que el ciclo económico sea de crecimiento o de recesión. Los ingresos tributarios aumentan o disminuyen según que el ciclo económico sea de crecimiento o de recesión. En situación de recesión, el déficit cíclico aumenta y, por ende, también el total. En fase de crecimiento, aumentan los ingresos tributarios y disminuye el déficit total.

La interdicción del déficit público conlleva una obligación de los poderes públicos y por tanto su sujeción a los controles de su actividad. Es verdad que la norma remite a la ley orgánica «la responsabilidad de cada Administración Pública en caso de incumplimiento [...]»; pero esta remisión no obsta a la efectividad de los controles constitucionales ya establecidos. Me refiero muy particularmente al control de constitucionalidad que corresponde al Tribunal Constitucional para el supuesto de aprobación por el Parlamento de una ley de presupuestos deficitaria.

El escenario es perfectamente imaginable: cualquiera que sea la distribución de escaños parlamentaria, la oposición se apresurará a instar un recurso de inconstitucionalidad frente a una ley de presupuestos que incluya un déficit explícito o encubierto. Ahora bien, atendido el principio de anualidad de la ley presupuestaria, el TC debería atenerse estrictamente a los plazos de resolución que fija la LOTC so pena de que la sentencia se dictase vencida la anualidad y, por tanto, deviniese de difícil o de imposible cumplimiento.

IV. Examen político de la Reforma: la Constitución otorgada de Bayona y la Carta de 21 de julio de 2011

A mi entender, el debate de esta Reforma ha reproducido todos los viejos fantasmas de la historia política de España y su integración europea.

Es este un debate reincidente y con importantes precedentes. El Estatuto de Bayona y la entronización de José de Bonaparte supusieron los instrumentos que el Emperador Napoleón dispuso para «encadenar España al destino de Francia». ¹²⁹ Raymond CARR¹³⁰ escribe que «Hacia finales de 1807, Napoleón decidió convertir España en un estado satélite para controlar su política exterior y administrar sus recursos [...]». Con las tropas francesas desplegadas en varias ciudades estratégicas y la familia real retenida en Bayona, Carlos IV firmó la cesión de la Corona a favor de Napoleón la fecha del 5 de mayo de 1808¹³¹ y, una semana después, sus hijos Fernando, Carlos y Antonio renunciaron a la sucesión. Inmediatamente, Napoleón convocó una Junta de diputados y escasamente un mes más tarde, el 6 de junio de 1808, se promulgó la Constitución en Bayona.

.....

¹²⁹ Emmanuel comte de LAS CASES: *Mémorial de Sainte Hélène. Journal of the Private Life and Conversations of the Emperors Napoleon at Saint Helena*. Lexington: Printed by Thomas Smith, 1823. Traducida al español como *Memorial de Napoleón en Santa Elena*. México: Ed. Fondo de Cultura Económica, 2003.

¹³⁰ CARR, R. *España 1808-1975*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 91.

¹³¹ *Gazeta de Madrid* de 20 de mayo de 1808: «Así pues, por un tratado firmado y ratificado, he cedido a mi aliado y caro amigo el Emperador de los franceses todos mis derechos sobre España e Indias; habiendo pactado que la corona de las Españas e Indias ha de ser siempre independiente e íntegra, cual ha sido y estado bajo mi soberanía, y también que nuestra sagrada religión ha de ser no solamente la dominante en España, sino también la única que ha de observarse en todos los dominios de esta monarquía».

En aquel año y hasta 1815, el Imperio francés alcanzó su máximo apogeo. La Constitución francesa estaba vigente en todos aquellos territorios que fueron anexionados: hasta Ámsterdam y Hamburgo en la frontera norte; Coblenza, Maguncia y Parma en el oeste, y hasta Florencia y Lucca por la frontera sur. La influencia del Imperio francés y de su Constitución caló en toda Europa.

La de Bayona forma parte de las varias constituciones *otorgadas* por el Imperio francés y la familia Bonaparte en los territorios europeos ocupados:¹³² en 1806 en el Reino de Holanda con Luis Bonaparte como el Rey Lodewijk I; en 1807 en el Ducado de Varsovia; en 1807 en el Reino de Westfalia con el Rey Jerónimo Bonaparte; en 1808 en el Reino de Nápoles con el Rey José Bonaparte; en 1812 en el Gran Ducado de Berg con el Gran Duque Joaquín Murat, casado con Carolina Bonaparte, y en 1810 en el Gran Ducado de Frankfurt con el Gran Duque Eugène de Beauharnais, hijo de Josefina adoptado por Napoleón.

La Constitución de Bayona¹³³ es una Carta otorgada¹³⁴ por Napoleón que determina la dependencia de España y establece el principio monárquico en la familia Bonaparte. Su carácter de Carta otorgada queda expresamente reflejado en el prólogo: «Habiendo oído a la junta nacional congregada en Bayona de orden de nuestro muy caro y muy amado hermano Napoleón, Emperador de los franceses y Rey de Italia, protector de la Confederación del Rin, [...]». El orden dinástico sigue las líneas de José Bonaparte y de su

.....
¹³² CONNELLY, O. *Napoleon's satellite Kingdoms*. Nueva York: Free Press, 1966. CRUZ VILLALÓN, P. «La Constitución de 1808 en perspectiva comparada». Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, núm. 58 y 59 (2007), p. 83 a 93.

¹³³ FERNÁNDEZ SARASOLA, I. *La Constitución de Bayona (1808)*. Madrid: Iustel, 2007.

¹³⁴ En el clásico trabajo de TOMÁS VILLARROYA, J. *Breve Historia del Constitucionalismo español*. Madrid: CEC, 1981, omite su estudio por su “origen afrancesado” y su “nula huella”.

hermano Napoleón (art. 2). Y el art. 124 establece una alianza militar con Francia tanto defensiva como ofensiva.

Aquella Constitución, como la posterior de Cádiz en 1812, dividió a los españoles en realistas y afrancesados.¹³⁵ Los primeros se alinearon con el absolutismo de Fernando VII. Los partidarios de José vieron en aquel régimen bonapartista un profundo cambio político que comportaría la modernidad de la Francia revolucionaria, la limitación del poder regio y un cuadro de derechos para los ciudadanos. José Félix Reinoso¹³⁶, Juan Meléndez Valdés, Francisco Cabarrús o Sebastián de Miñano¹³⁷ son algunos de los más destacados políticos *colaboracionistas*. Los *afrancesados*¹³⁸ fueron unos burgueses ilustrados que optaron por la modernidad que significaba el régimen napoleónico y el Rey José. Desde entonces, los historiadores, en general, y los del Derecho, en particular, se han preguntado sobre cuál habría sido el destino si España hubiese sustituido el absolutismo de las cadenas del Rey Fernando VII por el más ilustrado del Rey José I.

Francia y Alemania parecen ir consiguiendo, en el siglo XXI y por la fuerza de la diplomacia, lo que no consiguieron por la fuerza de las armas en los siglos XIX y XX: ambas naciones vienen ejerciendo un liderazgo creciente sobre el resto de los países que conforman la Europa del euro. Los Tratados de la Unión Europea han conllevado una cesión de las soberanías nacionales que no ejercen tanto las instituciones comunitarias cuanto los dos grandes Estados que en mayor medida financian la estructura europea: Alemania y Francia.

.....
¹³⁵ MARTIRE, E. La Constitución de Bayona entre España y Francia. Madrid: CEPC, 2000.

¹³⁶ REINOSO, J. F. Examen de los delitos de infidelidad a la patria imputados a los españoles bajo la dominación francesa. Auch: Imp. Viuda de Duoprat, 1816.

¹³⁷ DE MIÑANO, S. Lamentos políticos de un pobrecito holgazán. Madrid: Imprenta de Álvarez, 1820.

¹³⁸ ARTOLA, M. Los afrancesados. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

El 17 de agosto de 2011, la Canciller Angela Merkel y el Presidente Nicolas Sarkozy remitieron al Presidente del Consejo Europeo, Herman van Rompuy, una Carta¹³⁹ por la que ambos mandatarios exigían a los Estados de la eurozona la adopción de reformas constitucionales para introducir medidas tales como la regla de oro del equilibrio presupuestario: *«Tous les pays membres de la zone euro se sont engagés à réduire rapidement leurs déficits, à atteindre à moyen terme un équilibre budgétaire et à mettre en œuvre les réformes structurelles pour améliorer durablement la compétitivité de leurs économies [...] en s'appuyant sur les engagements qu'ils ont pris dans le cadre de le Pacte pour l'Euro Plus, tous les États membres de la zone euro incluront d'ici l'été 2012 une règle d'équilibre budgétaire dans leur législation nationale. Par principe la règle d'équilibre budgétaire devra être incluse dans la constitution des Etats-membres ou dans une législation de niveau équivalent afin d'en assurer la stabilité et de lui donner la primauté sur les budgets annuels. La règle doit mettre en œuvre les objectifs du Pacte de Stabilité et de Croissance et garantir que chaque État membre de la zone euro présente le plus rapidement possible un budget équilibré».*

El diario económico londinense *Financial Times* del 17 de agosto,¹⁴⁰ en su información sobre la cumbre franco alemana del día anterior, se refirió a esa Carta para incidir en la exigencia a los Estados de la eurozona de la adopción de reformas constitucionales para introducir medidas tales como la regla de oro del equilibrio presupuestario: *«Instead, in a letter outlining their plans to Herman Van Rompuy, president of the European Council, the German and French leaders focused on improving economic co-ordination between eurozone*

.....
¹³⁹ El texto íntegro de la carta apareció publicado por el diario financiero parisino *Les Echos* de 17 de agosto de 2011: <http://www.lesechos.fr/economie-politique/monde/document/0201573187460-la-lettre-commune-de-sarkozy-et-merkel-envoyee-a-van-rompuy-207301.php?xtor=RSS-2134>.

¹⁴⁰ *Financial Times* de 17 de agosto de 2011: «Markets give eurozone plan cool reception».

countries and strengthening EU institutions that could govern the eurozone [...] In the letter, France and Germany also proposed a strict deadline for eurozone members to include a “debt brake” in national constitutions, or equivalent legislation, by next summer».

Los paralelismos son evidentes y la historia se repite. Entre 1806 y 1810 fue Napoleón Bonaparte quien otorgó Cartas constitucionales a una larga lista de Estados europeos, incluida la Constitución de Bayona a España en 1807. Y en el año 2011, son el Presidente Sarkozy, juntamente con la Canciller Merkel, quienes dictan una Carta para que los Estados europeos de la zona euro reformen sus Constituciones conforme a sus exigencias, tal como la ha aprobado España en su reforma del art. 135.

El peligro es que la prima de riesgo del bono de la deuda soberana se dispare hasta llegar a límites que impidan la financiación a medio plazo y, por ende, la necesidad de que las autoridades económicas adopten medidas de rescate. Pero el motivo de la reforma es la exigencia de los dos Estados que en mayor medida financian la Unión Europea y la zona euro a la que España pertenece.

Esta exigencia explica la patente influencia de la reforma constitucional aprobada en Alemania en 2009 y que afectó a sus arts. 109 («Los presupuestos de la Federación y de los Länder deben ser, por regla general, equilibrados, sin ingresos provenientes de créditos») y 115 («Ingresos y gastos deben equilibrarse sin ingresos provenientes de créditos. Se cumple este principio si los ingresos provenientes de créditos no superan 0,35% del Producto Interior Bruto nominal»).

El profesor PÉREZ ROYO¹⁴¹ puntualizó que existen otros precedentes anteriores, tales como el de la XIV enmienda de la Constitución americana al introducir que la validez de la deuda pública autorizada por ley será incuestionable (*shall not be questioned*); o la reforma constitucional de 1926 en la Francia de la Tercera República; y añade que la reforma del art. 135 debe contemplarse como una exigencia para la supervivencia de la Unión Europea: «La reforma de la Constitución para incluir el principio de estabilidad presupuestaria y fijar el límite del déficit de todas las administraciones públicas es la expresión de la voluntad del Estado de seguir avanzando en el proceso de construcción de la Unión Europea. Puesto que no es posible todavía una Constitución Europea, hay que homogeneizar al menos las Constituciones de los distintos países en un tema tan decisivo como éste».

Las voces discrepantes han incidido en la inutilidad de la reforma para atajar el problema que la motivó, es decir, el crecimiento exponencial de la prima de riesgo en relación con el bono alemán porque, como afirma el profesor Ramón PUNSET,¹⁴² «*Créanme, no todo lo alemán es bueno*».

En mi opinión, no es esa la cuestión a debatir. A raíz de la correspondencia que me cursé con el profesor RUIZ ROBLEDO,¹⁴³ a propósito del artículo que publicó sobre la reforma constitucional, le expuse mi punto de vista con el símil de un cuento:

Un deudor hipotecario moroso acude al Banco que le prestó el dinero para adquirir su vivienda. Su problema consiste en que se encuentra en una

.....
¹⁴¹ PÉREZ ROYO, J. «La Reforma constitucional en perspectiva», en el diario madrileño *El País* de 5 de septiembre de 2011.

¹⁴² PUNSET BLANCO, R. «Pirotecnia constitucional», en el diario ovetense *La Nueva España* de 4 de septiembre de 2011.

¹⁴³ RUIZ ROBLEDO, A. «¿Por qué lo llaman Estado en vez de España?», en el diario madrileño *El País* de 6 de septiembre de 2011.

situación económica difícil que no le permite pagar la cuota mensual pactada. Solicita una renegociación de los plazos hipotecarios y la disminución del importe de la cuota mensual. El Banco accede con ciertas condiciones (por ejemplo, vender un paquete de acciones o blanquear ciertos ingresos paralelos). Y resulta que el deudor se enfada con el Banco porque entiende que semejantes condiciones en nada ayudarán a resolver su problema financiero. ¿Cuál sería la consecuencia? Pues que el Banco ejecutará la hipoteca y el deudor perderá su vivienda.

Dicho de otro modo: quien ha vivido por encima de sus posibilidades económicas y ha devenido deudor moroso no puede irritarse porque su deudor le imponga las condiciones que considere a fin de garantizar su crédito, aun cuando al deudor le parezcan que esas condiciones no añadan garantía alguna.

La constitucionalización de la regla de estabilidad presupuestaria y de la prohibición del déficit implica lanzar un mensaje de seriedad y rigor dirigido a los mercados, a nuestros acreedores y a nuestros prestamistas con el fin de recuperar la confianza justamente perdida. Más aún, se transmite un compromiso de corregir viejas prácticas derrochadoras y de actuar con austeridad en el gasto. Todo ello con la flexibilidad que resulta de que la reforma no se aplicará íntegramente hasta el 2020 y que se remite a una ley orgánica para la fijación del déficit estructural para el Estado y las Comunidades Autónomas.

Soy de los que opinan que hubiese sido preferible para España defender la Carta constitucional que en Bayona otorgaron Napoleón y José Bonaparte antes que favorecer el regreso de Fernando VII. Y creo ahora que España no puede perder el tren político y monetario que Francia y Alemania han marcado en la Carta de 17 de julio de 2011 para la Unión Europea.



ACTUACIONES NOTARIALES EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Carlos Jiménez Gallego

Notario

I. Nombramiento y ejercicio del cargo por los administradores concursales. 1. *El nombramiento y su acreditación.* 2. *La forma de actuación interna y su acreditación.* **II. La actuación de los administradores concursales en la actividad patrimonial del deudor.** 1. *Las facultades del deudor respecto de su patrimonio y la incidencia de la administración concursal en las mismas.* 2. *Necesidad de aprobación judicial de actos dispositivos.* 3. *El concurso no interrumpe la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.* 4. *Examen de algunos casos particulares.* A. *Renuncia de legados por el concursado.* B. *Aceptación/repudiación de la herencia por el concursado.* C. *La partición de la herencia deferida al concursado.* D. *Otorgamiento de pactos sucesorios por el concursado.* E. *Actos neutros: poderes, revocación de poderes, modificaciones de fincas.* F. *Casos referidos a personas jurídicas.* a) *Convocatoria de Juntas.* b) *Acuerdos de la Junta de socios.* c) *Modificaciones estatutarias: denominación, domicilio, objeto, aumento o reducción del capital social, disolución.* **III. Actuaciones notariales relacionadas con el convenio.** 1. *Propuesta de convenio.* 2. *Adhesión a la propuesta de convenio (tanto si es anticipada o no).* 3. *La revocación de la adhesión.* 4. *La renuncia a la revocación de la adhesión.* 5. *la Junta de acreedores.* **IV. Bibliografía.**

I. Nombramiento y ejercicio del cargo por los administradores concursales

1. El nombramiento y su acreditación

Los administradores concursales son tres, pero si el deudor es persona física o jurídica que conforme a la legislación mercantil esté autorizado a presentar balance abreviado, y la estimación inicial de su pasivo no supere 10.000.000 de euros, podrá haber, aunque no es obligatorio que así sea, un único administrador. La redacción original de la Ley Concursal (LC) fijó el límite en 1.000.000 de euros, pero el Real Decreto-ley 3/2009 de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, lo subió a los diez millones actuales.

Los administradores los nombra el Juez en el Auto de declaración del concurso. Tras su nombramiento, tienen que comparecer en el Juzgado y aceptar sus cargos. Una vez aceptado, se expide por el Juzgado un documento acreditativo de su condición de administrador, que entiendo irá suscrito por el Secretario judicial, no por el Juez. Este documento basta para acreditar el cargo. Al Notario tendrá que acreditarse también la declaración de concurso mediante exhibición de testimonio judicial del Auto de declaración del concurso. Ambos documentos son necesarios, pero no parece necesario que aporten más al Notario (por ejemplo, testimonio del escrito de aceptación del cargo); no se olvide que el Juez mandará expedir el documento acreditativo de la condición de administrador sólo una vez que se haya aceptado el cargo (art. 29.1 LC). No puede exigirse que el Notario solicite del Juzgado una confirmación (en cualquier forma) de la vigencia del cargo de los administradores que comparecen. Tampoco se le puede imponer la consulta previa al Registro previsto en el art. 198 de la Ley que además, por cierto, sólo es un Registro de mera publicidad, que no convierte en inoponible a terceros lo no inscrito.

Creo que no basta exhibir sólo la credencial, porque hay que acreditar al menos (y no todo constará en la credencial): la identificación del deudor, que éste ha sido declarado en concurso, si se ha decretado la intervención o bien la suspensión de las facultades del concursado, el nombramiento de los administradores concursales, y si hay alguna especialidad en cuanto a las facultades de los administradores concursales o a la forma de actuación de éstos; nos referimos a especialidades respecto de lo que en principio se desprende de la regulación legal. Sólo si se aporta testimonio del Auto podrá obtenerse toda esta información. Tampoco será suficiente exhibir la notificación de la resolución del Auto, porque sólo el testimonio expedido por el Secretario goza de fe pública.

Si no se aporta la credencial, pero sí se justifica la inscripción en el Registro Mercantil, podría defenderse, en el caso de sociedades mercantiles, que ello es ya bastante. Desde luego hay razones para ello (la confianza en la publicidad registral) pero me parece insuficiente e imprudente admitir esto en la práctica, pues parece más justo comprobar cómo son las cosas en realidad y no alegar meramente la protección de la apariencia, máxime cuando es tan fácil exhibir la credencial. Y sólo la exhibición de la credencial es título legitimador del nombramiento y ejercicio del cargo, sin perjuicio de que puedan —sin haber obligación— también realizarse comprobaciones en el Registro.

No hace falta, ni para otorgar la escritura, ni para la inscripción, acreditar la inscripción en el Registro Civil o, en su caso, en el Mercantil del Auto declaratorio del concurso. Solicitar la práctica de tales asientos es obligación del Juzgado y no corresponde al Notario ni al Registrador de la Propiedad verificar si ello se ha cumplido; ello, sin perjuicio de que el Auto despliega todos sus efectos sin necesidad de ninguna publicidad, ya sea registral o de otro tipo. La publicidad registral pretende que los terceros que contraten con el concursado conozcan que se ha declarado el concurso. Si ello se acredita en el negocio de que se trate, no tiene sentido exigir acreditar el cumplimiento de nada más.

Si los administradores han cesado tienen obligación de devolver al Juzgado el citado documento acreditativo. Si lo siguen teniendo en su poder, deben exhibirlo al Notario al tiempo del otorgamiento y manifestar en la escritura que sus cargos están vigentes; en ello no puede haber ninguna responsabilidad del Notario, pues no se le puede legalmente exigir más. Habrá responsabilidad de los administradores si éstos eran conocedores de su cese, y el negocio en tal caso será en principio ineficaz, de forma análoga a lo que ocurre con un poder revocado, salvo que el tercero deba quedar protegido con arreglo a las reglas generales. Si los administradores no conocían todavía en ese momento que habían sido cesados, se deberá aplicar por analogía (*legis*) la regla del art. 1.738 CC. En este último caso, para aclarar quién es responsable habrá que examinar la diligencia en dar a conocer a los administradores y en su caso a terceros el cese y en haber cumplido los mismos requisitos de publicidad que en el nombramiento.

Puede ser administrador una persona jurídica y, en tal caso, deberá designar una persona física que la represente en el ejercicio del cargo. Si se trata por ejemplo de una sociedad mercantil, basta que la designación la haga en el propio Juzgado el órgano de administración; no hace falta acuerdo de la Junta de socios. Sin embargo, no podrá hacerla un apoderado, ni siquiera un apoderado general, salvo que tuviera la facultad de subapoderar totalmente. No se olvide que la persona física a designar tiene que ser (y sólo puede ser) auditor de cuentas, economista o titulado mercantil colegiado con una experiencia profesional de al menos cinco años de ejercicio efectivo y tiene que estar incluido en las listas de personas disponibles que se deben presentar a los Juzgados.

2. La forma de actuación interna y su acreditación

Aquí nos vamos a referir a la toma de decisiones por los administradores concursales, cuestión que se regula en el art. 35 LC. La actuación es colegiada, según el art. 35.2: las decisiones se tomarán por mayoría y en caso de no alcanzarse ésta, resolverá el Juez. En principio está claro: no es

necesaria la unanimidad, y basta el voto favorable de dos, ya que «mayoría», a falta de más precisiones legales, sólo puede entenderse como mayoría absoluta, o sea la mitad más uno, y no parece que sea admisible una mayoría relativa, o sea, el voto de uno y la abstención o el voto nulo o la no asistencia a la reunión de los otros dos. No puede decidir uno sólo. También hay que tener en cuenta que el Juez puede atribuir competencias específicas a uno solo de los administradores, en cuyo caso sólo este administrador decidirá sobre esa cuestión.

Pero ello se refiere a la actuación de los administradores en sí misma considerada. No se dice quién tiene que firmar el acto o contrato.

No habrá problema si al otorgamiento de la escritura de que se trate comparecen los tres. Tampoco si vienen sólo dos. En este caso, se plantea la duda de si hay que hacer alguna mención a la deliberación previa que hayan tenido los tres administradores: no parece necesario, ya que ello afectaría sólo a las relaciones internas de los administradores entre sí y no afectaría al ámbito de la representación frente a terceros.

Pero se plantea la cuestión de si puede firmar uno sólo de los administradores, acreditando que el acuerdo ha sido tomado por los tres administradores, o por dos de ellos, ya sea aportando certificación expedida por los tres, o por dos de ellos, aunque sea con firma legitimada o bien el acta del acuerdo. Puede alegarse analogía con la práctica societaria: los acuerdos del Consejo se elevan a público en base a acta expedida por el Secretario con el visto bueno del presidente, sin que hayan de comparecer ante el Notario la mayoría de los miembros del órgano de administración.

En mi opinión, no parece suficiente que comparezca uno sólo de los administradores pues siempre han de firmar la escritura al menos dos. La Ley Concursal, a diferencia de la legislación societaria, no regula esta materia y aplicar por analogía la legislación de sociedades mercantiles parece muy aventurado: la identidad de razón no está tan clara, ya que en el caso de los administradores concursales nos encontramos ante un cargo excepcional, no

ordinario para la actuación del deudor, ante una auténtica (en muchos casos) legitimación por sustitución. Y en el concurso no hay un órgano integrado por un presidente y un secretario y un vocal, aunque el Juez sí podría establecerlo, e incluso fijar las funciones de cada uno, si bien no se acaba de entender qué razones debería tener para hacerlo. Y en el caso de las sociedades, obsérvese que admitir el certificado del secretario con el visto bueno del presidente (con firmas legitimadas, pero nada más) sólo es a efectos de elevación de acuerdos sociales. Y si la escritura no la otorga uno de ellos, tiene que otorgarla un apoderado con poder especial. Admitir tal certificado para otro tipo de negocios a otorgar por la sociedad necesitará el otorgamiento de una escritura de poder, aunque sea en base a tal certificado. Es verdad que según la legislación societaria puede elevar a público acuerdos sociales cualquier miembro del Consejo, pero es que en este caso no debe olvidarse que tal miembro del Consejo ya habrá sido nombrado previamente (normalmente en escritura) y constará inscrito en el Registro Mercantil. De ninguna manera es correcto admitir que en el certificado del acuerdo social se conceda poder de representación a alguien que no sea miembro del propio Consejo; eso necesita una escritura de poder (art. 1.280 CC).

Y no se olvide que en un certificado con firma legitimada expedido por los administradores concursales (uno o varios) no hay fe pública referida al contenido de ese certificado. Admitir ese documento, que es privado, aunque tenga firma legitimada, implica dar eficacia a un apoderamiento que no ha cumplido la forma prescrita por el art. 1.280 CC.

Otra cosa es que uno o varios de los administradores hayan conferido poder en escritura para otorgar ese acto o contrato concreto. Eso sí sería admisible, porque este poder, que será un poder especialísimo, en el que habrá que reseñar los elementos esenciales del negocio proyectado, sólo trata de solucionar el problema de la comparecencia física simultánea. Pero no parece correcto que uno de los administradores otorgue poder a otro o a los otros dos para que formalicen en el futuro, incluso ante Notario, acuerdos o contratos en general o de un determinado tipo. Se puede objetar a esto que ello no implica

una dejación de funciones por parte de ese administrador poderdante, ya que el poder se refiere a la actuación del órgano de administración concursal frente a terceros, y no implica que esa decisión o contrato que se formaliza se haya adoptado prescindiendo de él, y mucho menos implica que ese administrador poderdante no quiera ejercer sus funciones. Incluso ello es posible en el caso de administradores mancomunados de sociedades. Pero no se olvide que la analogía con la materia societaria es, cuando menos, forzada; que así se crearía una apariencia de dejación de funciones que preconstituye una prueba para ejercer contra él una eventual acción de responsabilidad, por lo que en ningún caso creo que se deba recomendar; y que la única delegación contemplada, al menos expresamente, en la LC es la de los auxiliares del art. 32.

Cabe preguntarse, finalmente, si las personas que comparecen como administradores tienen que ser las mismas que aparecen inscritas como tales en el Registro de la Propiedad. Así se ha sostenido por algún Registrador, que ha pedido la inscripción previa tanto en el Registro Civil como en el de la Propiedad y en su caso en el Mercantil. O sea, un tracto sucesivo de administradores concursales. Sin embargo, ello no me parece correcto. No acabo de encontrar nada en la LC que permita fundamentar esta exigencia. La Ley sólo exige acreditar el cargo. Tampoco entiendo que la seguridad jurídica exija este tracto, pues el nombramiento y cese de los administradores concursales los realiza el Juez y no se me ocurre ninguna razón que aconseje entrar a calificar estas actuaciones judiciales.

II. La actuación de los administradores concursales en la actividad patrimonial del deudor

1. Las facultades del deudor respecto de su patrimonio y la incidencia de la administración concursal en las mismas

En caso de concurso voluntario, el deudor, en principio, mantiene la administración y disposición de sus bienes, y los administradores simplemente autorizan o confirman (art. 40.1 LC). Creemos que ambas palabras quieren decir lo mismo. O sea, en caso de que tenga que otorgarse alguna escritura o acta ante Notario, es imprescindible que el deudor comparezca en la escritura y otorgue, y los administradores también deben comparecer y firmar, si bien su firma implica un mero asentimiento al acto o negocio realizado por el deudor. Esta autorización de los administradores, o de alguno de ellos, puede ser formalizada en un momento posterior (lo cual no da licencia para admitir esto de forma imprudente), si bien la eficacia del acto quedará pendiente de la ratificación y ello debe advertirse expresamente en la escritura. De todas formas, siempre habrá que tener en cuenta el Auto declarativo del concurso porque el Juez puede acordar la suspensión de las facultades de gestión y disposición del deudor también en caso de concurso voluntario. También es posible que modifique el régimen de suspensión y/o de intervención en un momento posterior.

En caso de concurso necesario, «se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, siendo sustituido por los administradores concursales» (art. 40.2). Por tanto, no es necesario que el deudor comparezca para otorgar el contrato de que se trate, basta que comparezcan los administradores. Y ello, aunque se diga «suspensión del ejercicio» y no se diga nada en cuanto a la titularidad de esas facultades de gestión y disposición, puesto que si alguien tiene suspendido el ejercicio no puede actuar y, a mayor abundamiento, los administradores no actúan en propio nombre sino en nombre del deudor, o sea, en nombre de la

persona que es titular de esas facultades de gestión y disposición. La confusión la puede producir el art. 40.7, que permite que los administradores puedan pedir la anulación de los actos realizados por el deudor «que infrinjan las limitaciones establecidas en este artículo», por lo que parece que se está reconociendo que el deudor puede actuar; y además el acto no sería nulo, sino anulable. Ello motivaría un comentario más profundo, pero para el efecto práctico que ahora nos interesa baste decir que el hecho de que el deudor pudiera actuar, aun con eficacia claudicante de lo hecho, no implica que necesariamente tenga que concurrir al otorgamiento de la escritura; y en la práctica no será fácil, ya que ese deudor puede que no quiera colaborar.

Los actos realizados por el concursado sin aprobación de los administradores son anulables (art. 40.7) a instancia de los administradores concursales.

2. Necesidad de aprobación judicial de actos dispositivos

Se regula en el art. 43. Es precisa autorización judicial para enajenar o gravar todo tipo de bienes o derechos (por tanto, no sólo de inmuebles) hasta la aprobación judicial del convenio o hasta la apertura de la liquidación, salvo para actos dispositivos inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor en los términos establecidos en el art. 44.

Dado que se trata de una norma imperativa, debemos entender que los actos realizados sin dicha autorización judicial son nulos, no meramente anulables. Por tanto, el Notario deberá negar su actuación si no se le acredita la autorización judicial, sin que pueda autorizar la escritura con la advertencia de que deberá obtenerse aquélla. No obstante, entendemos que, en el caso extremo de que se otorgara el contrato, cabe su convalidación mediante una ratificación judicial posterior. Ninguna norma lo impide y ello puede ser beneficioso. Y téngase en cuenta que el único motivo de nulidad es la falta de esa autorización judicial, por lo que si ésta se produce, queda removida la causa de nulidad.

Lo que no parece posible es que el acto se someta a la condición, suspensiva o resolutoria, de la aprobación judicial todavía no recaída. La autorización judicial es una *conditio juris*, no una condición en sentido técnico, y no es correcto supeditar convencionalmente la eficacia de un negocio al cumplimiento de un requisito legal que necesariamente tiene que cumplirse. Creo que si se produce el sometimiento a tal «condición» se estará más bien en presencia de un precontrato, no entendiéndolo por tal un contrato cuyo objeto es la celebración de un futuro contrato, sino un contrato con el contenido del contrato definitivo pero cuya eficacia depende de la decisión de un tercero (en este caso, del Juez); desde el punto de vista de la seguridad preventiva creo que lo mejor sería, en tal caso, apoderar a una o varias personas para que ratifiquen en nombre de todos los otorgantes una vez obtenida la autorización judicial.

3. El concurso no interrumpe la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor

En caso de intervención, el deudor continúa ejerciendo su actividad pero necesita el asentimiento o autorización de los administradores para cada acto o contrato. Como esto es poco práctico, los administradores pueden, según el art. 44, autorizar con carácter general «actos u operaciones propios del giro o tráfico». Esta autorización habrá de otorgarse en escritura pública pero no necesita ninguna publicidad especial.

Los actos dispositivos «inherentes a la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor» no necesitan autorización judicial. En el giro o tráfico puede estar incluida, por ejemplo, la compraventa de inmuebles. A efectos de otorgamiento de escrituras, habrá que comprobar el objeto social (en caso de sociedades) y recoger la manifestación del deudor y de los administradores concursales bajo su responsabilidad de que tal acto o contrato, además, forma parte del giro o tráfico. Obsérvese que no es lo mismo objeto social que giro o tráfico de la empresa. Una afirmación tal basta para que no haya que pedir autorización judicial. Los administradores podrán incurrir en

responsabilidad si hay falsedad, pero no habrá responsabilidad del Notario ni del Registrador, salvo que resulte evidente del objeto social de la sociedad que el acto en cuestión no puede formar parte del giro o tráfico de la misma.

Si el acto necesitaba realmente autorización judicial y los administradores concursales se han excedido en sus funciones, tal autorización será posible a *posteriori*, pero el Juez no está obligado a ratificar. Lo hará sólo si procede, tras considerar cada caso concreto.

La Ley también prevé que hasta la aceptación de sus cargos por los administradores concursales el deudor puede seguir realizando «los actos propios de su giro o tráfico que resulten imprescindibles para la continuación de su actividad siempre que se ajusten a las condiciones normales de mercado». Los actos u operaciones propios del giro o tráfico pueden ser también, por ejemplo, enajenaciones de inmuebles. A efectos de otorgamiento de escrituras, habrá que comprobar el objeto social y recoger la manifestación del deudor bajo su responsabilidad de que tal acto o contrato, forma parte también del giro o tráfico y que, además, es imprescindible para la continuación de su actividad y se ajusta a las condiciones normales de mercado. Todo esto resulta tan excepcional que lo mejor será no autorizar la escritura hasta que puedan concurrir los administradores concursales, que parece ser que siempre será en un breve plazo de tiempo.

4. Examen de algunos casos particulares

A. Renuncia de legados por el concursado

En el término «enajenar» se entiende cualquier renuncia de algo que ya esté en el patrimonio del deudor, pero ¿y la renuncia a un legado?

Bajo el término «legado» caben una cantidad muy heterogénea de atribuciones patrimoniales, pero aquí nos vamos a limitar al caso seguramente más usual, que es el legado de cosa determinada. Este legado, según el Derecho de sucesiones, se adquiere de forma automática por el legatario

desde el momento de la muerte del causante (si la cosa era del testador), sin perjuicio de que el legatario puede renunciarlo. Y el legatario no responderá, en principio, de las deudas hereditarias

No corresponde considerar aquí la cuestión de en qué momento la cosa legada ha entrado en el patrimonio del deudor, pero creemos que lo antes dicho y la transmisión de la cosa legada a los herederos del legatario, si éste muere sin haber renunciado al legado, son razones bastantes para exigir autorización judicial por el legatario concursado para renunciarlo.

Por otro lado, no es fácil que se den razones suficientes para que el Juez autorice la renuncia. Quizá un caso sea el del art. 891 CC, si toda la herencia se ha distribuido en legados, porque entonces se prorratarán las deudas de la herencia entre los legatarios, en proporción de sus cuotas (y puede que las deudas superen el valor del activo); o en el análogo caso del art. 15.1 de la Compilación balear: cuando sólo hay instituciones en cosa cierta, que se equiparan a los legados, pues en cuanto al resto de la herencia tales legatarios pasan a ser herederos.

Cabe cuestionarse si la renuncia puede ser autorizada por el Juez si el legatario justifica motivos de índole puramente personal como, por ejemplo, enemistad con el difunto, o vergüenza por su mal comportamiento hacia el difunto, de suficiente entidad como para que sean dignos de ser tenidos en cuenta y prevalecer ante el interés de los acreedores del legatario. No nos parece justificado que los acreedores impongan siempre su interés a su deudor en un asunto en que se ven implicados aspectos personalísimos. Puede hallarse una solución para este caso excepcional que acoja (casi) todos los puntos de vista: que el legado sea aceptado pero exclusivamente a efectos de salvaguardar el interés de los acreedores del legatario, de forma que ello nunca acabe redundando en beneficio del legatario, sino que la aceptación sea al único efecto de que los acreedores concursales puedan integrarlo en la masa y el sobrante, si eventualmente lo hubiere, se refunda en la herencia, como si el

legatario hubiera renunciado. Dado que esta aceptación no entraña perjuicio al concurso, no necesitará autorización judicial.

Cuestión distinta es que proceda la reducción del legado. Esta prevalecerá frente a los derechos de los acreedores del legatario, ya que la eficacia del legado depende en último término de que la cosa objeto del mismo forme parte del neto de la herencia.

B. Aceptación/repudiación de la herencia por el concursado

Respecto de la repudiación de la herencia, hay que tener en cuenta que el art. 992 CC dice que «pueden aceptar o repudiar una herencia todos los que tienen la libre disposición de los bienes» y el concursado no tiene la libre disposición de sus bienes. Por tanto, la cuestión es quién puede aceptar o repudiar. Pero tampoco hay que perder de vista que en este caso no hay salida de bienes o derechos del patrimonio del deudor, sino una falta de ingreso de bienes, y que en la decisión de aceptar o repudiar hay un aspecto personalísimo, que sólo corresponde considerar al heredero llamado, además de un aspecto patrimonial. El Ordenamiento, en general, consagra el respeto a estos dos aspectos y no se debe prescindir a la ligera de ninguno. La peculiaridad de la herencia, respecto del caso del legado, es que hay que tener mucho más en cuenta la existencia o no de deudas hereditarias.

En principio, en caso de intervención, el heredero (que es el concursado) necesitará para aceptar la herencia, pura y simplemente, el concurso de los administradores, que se limitará a un mero asentimiento o complemento a la decisión del deudor, y éste no podrá, como regla general, repudiarla, salvo que haya, o racionalmente se presuma, un pasivo superior al activo; para la repudiación también necesitará el asentimiento de los administradores concursales. Entiendo que la aceptación a beneficio de inventario la podrá realizar por sí solo el heredero concursado, pues es un acto que no puede entrañar perjuicio al concurso, aunque sea de naturaleza patrimonial; de todas

formas, la aceptación a beneficio de inventario es algo desconocido en la práctica.

En el caso de suspensión, la decisión de aceptar o repudiar corresponderá a los administradores concursales. La aceptación a beneficio de inventario sólo podrá realizarse dentro de los plazos legales, ya que no hay norma especial para el caso de concurso. Puede defenderse que la aceptación a beneficio de inventario la puede realizar sólo el concursado, sin intervención de los administradores concursales, al igual que en el caso de intervención, pero dado lo tajante que resulta el art. 40.2 LC, al decir que «se suspenderá el ejercicio por el deudor de las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio», prefiero sostener que es necesaria la actuación de los administradores. La repudiación tiene que ser posible siempre porque, si desde el principio se ve que la herencia a aceptar está cargada de deudas de forma que el pasivo es claramente superior al activo, ¿para qué se va a obligar a aceptarla a beneficio de inventario? Máxime si se tiene en cuenta que esto último ya no se podrá hacer porque habrá pasado el plazo. Para la repudiación, al igual que para la aceptación pura y simple, no estimamos necesaria la autorización judicial, aunque puede pedirse para dar seguridad al procedimiento. La Ley no la exige expresamente y la «renuncia preventiva» es cosa muy distinta a una enajenación o gravamen de bienes y derechos que integran la masa activa.

Pero, como no hay que olvidar el aspecto personalísimo de la decisión, no podrá imponerse al heredero llamado que acepte una herencia en la que al activo es superior al pasivo si éste justifica determinadas razones de índole personal. Se produce aquí un conflicto de intereses similar al antes comentado del caso del legado, y creemos que la solución debe ser la misma: la herencia se aceptará a los únicos efectos de dar satisfacción a los acreedores; sin que para esto sea necesaria autorización judicial.

Al otorgar una escritura de aceptación o repudiación de herencia no parece necesario que se pida a los herederos una declaración de que no han sido

declarados en concurso. La ratificación de los administradores concursales o eventualmente del Juez (incluso del Juez) siempre será posible *a posteriori*. La plena capacidad y aptitud para realizar eficazmente actos jurídicos y la buena fe son algo que se presume siempre.

C. La partición de la herencia deferida al concursado

La partición de la herencia exige siempre la actuación de los administradores concursales, conforme a las reglas generales de intervención/suspensión.

Pero, ¿acaso el concursado suspenso no va a tener nada que decir en el reparto de la herencia? Pues en la partición que realizan los herederos se mezcla de forma difícilmente separable lo patrimonial y lo personal, especialmente a la hora de concretar los bienes que se adjudican a cada hijuela. Por ello, entiendo que aun en el caso de suspensión, el heredero (concurado) debe ser oído siempre, aunque la decisión la tomen por él los administradores concursales.

Otra duda es si es necesaria la aprobación judicial de la partición. Como regla general, la respuesta tiene que ser negativa: la autorización judicial sólo está prevista para actos dispositivos. Por esto mismo, la autorización judicial es necesaria para todos los actos que exceden de lo particional. El problema es que es muy difícil separar en una partición lo que es meramente particional y lo que es dispositivo, especialmente porque la valoración de los bienes relictos basta que se realice por acuerdo de los herederos. Se considera acto dispositivo la adjudicación excesiva a favor de uno o varios coherederos a cambio de abonar la diferencia en dinero (extraherencial). No excede de lo particional la adjudicación del art. 1.062 CC, salvo quizá en el caso de que se pague con dinero extraherencial, pero incluso en este caso es dudoso.

Para dar seguridad al procedimiento creo que la autorización judicial puede pedirse en todo caso, aunque no sea necesaria, y que los administradores concursales deberán pedirla con carácter previo si tienen dudas de que la valoración de alguno/s bien/es relictos no se ha realizado de manera

medianamente objetiva. De todas formas, entiendo que esto es responsabilidad de los administradores y que no debe exigirse autorización judicial por el Notario para otorgar la escritura de partición, salvo que haya claramente actos dispositivos; esto es, no en caso de valoraciones más o menos discutibles.

Lo dicho también vale para cualquier otra extinción de condominio que no traiga causa de una herencia.

D. Otorgamiento de pactos sucesorios por el concursado

Tales pactos serían, en el Derecho de Baleares, la donación universal mallorquina, la definición mallorquina (también admitida en las Pitiusas) y los pactos sucesorios admitidos por el Derecho de Ibiza-Formentera.

Los negocios que implican transmisión actual de bienes o derechos, como la donación universal, necesitan autorización judicial previa, sin perjuicio de la intervención de los administradores concursales, conforme a las reglas generales. Lo que ocurre es que no se alcanza a ver qué razones pueden llevar a que el Juez autorice dichas transmisiones por el concursado, pues no hay contraprestación; como mucho podría alegarse que el donatario quizá va a quedar más vinculado a la actividad que venía realizando el donante y por ello mismo tal actividad va a poder seguirse realizando. Con esto los acreedores, en principio, van a ganar muy poco; más bien van a resultar perjudicados. Quizá un caso posible sería aquel en que la transmisión sea de algo de muy poca importancia, atendido el valor del patrimonio del donante y se alegue un fuerte interés por el donante (concurado) en realizar una institución de heredero en vida. Pero creo que esto será tan excepcional que me cuesta creer que lleguemos a ver algún caso.

El hecho de que la elección de sucesor *mortis causa* sea algo personalísimo no obsta a la actuación de los acreedores concursales, ya que ésta no se refiere a la elección de sucesor, sino a los bienes que van a ser transmitidos.

Si el donante no dice al Notario que ha sido declarado en concurso, o ello no resulta de la información aportada al Notario o que éste tiene que procurarse, se dará el caso de que la donación universal se ha otorgado. La administración concursal podrá impugnarla, conforme a lo establecido por la propia LC, al igual que podrá impugnar las donaciones universales realizadas en el período legal de sospecha. Si la impugnación prospera, y se decreta la devolución de lo donado al patrimonio del donante, habrá desaparecido la base o fundamento del negocio, pues no puede haber donación universal sin transmisión de presente de algo.

En la definición mallorquina puede ocurrir algo parecido, aunque no necesita transmisión actual de bienes; es usual que la haya, pero la definición puede otorgarse por haber recibido bienes en el pasado. La transmisión actual de bienes, si se va a realizar, necesita autorización judicial. Sin ella, tal transmisión es nula, y por tanto la definición quedará sin efecto, al desaparecer su fundamento. Si la transmisión fue anterior a la definición y ello tuvo lugar antes del concurso está claro que no hace falta ninguna autorización judicial; en este caso, la propia escritura de definición podrá seguramente utilizarse como prueba de que hubo actos dispositivos por el concursado y, demostrado esto, podría ser impugnada por la vía del art. 71 LC si se dan los demás requisitos. El que define podrá siempre alegar, en caso de perder lo que recibió, que la definición ha devenido ineficaz e incluso exigir a su ascendiente una declaración expresa en este sentido, y eventualmente exigir esto último judicialmente.

E. Actos neutros: poderes, revocación de poderes, modificaciones de fincas

Para otorgar un poder no hace falta la actuación de los administradores concursales. No obstante, si el poderdante manifiesta al Notario que ha sido declarado en concurso, éste debería advertir en el poder que el poderdante ha sido declarado en concurso (no hace falta acreditarlo) y que para hacer uso del poder por el apoderado será necesario cumplir los requisitos establecidos en la legislación concursal.

La revocación del poder entiendo que la puede hacer el concursado por sí sólo. No tiene transcendencia patrimonial directa. Puede alegarse que quizá el apoderado estaba dispuesto a realizar un negocio favorable al concursado, incluso con el consentimiento de los administradores concursales, y que la revocación impedirá su realización. Pero no puede obligarse a nadie a actuar por un apoderado. Si el concursado no quiere otorgar el contrato los administradores tendrán que acudir a otro tipo de medidas; por ejemplo, solicitar del Juez la sustitución del régimen de intervención por el de suspensión.

Respecto de la declaración de obra nueva y otras «modificaciones hipotecarias» podemos decir lo siguiente: en principio, todo aquello que implique concordar el Registro con la realidad no necesitaría actuación de los administradores. Pero, como ello no se sabrá por el Notario, entiendo que debe exigir siempre la actuación de éstos. Podría excepcionarse el caso de que se declare una construcción y lo declarado coincida estrictamente con los datos catastrales; no obstante, todo acto va a originar siempre una serie de gastos e impuestos, que deberán ser atendidos con cargo a la masa, por lo que me inclino a pensar que la actuación de la administración concursal es siempre necesaria.

F. Casos referidos a personas jurídicas

La regla está en el art. 48 LC: se mantienen los órganos, sin perjuicio de la actuación de los administradores concursales, así como se mantiene la vigencia de todos los poderes ya otorgados. Los administradores o liquidadores sólo cesan si se abre la fase de liquidación, en cuyo supuesto el auto que abre esta fase del concurso declarará la disolución de la sociedad, si no estuviese ya disuelta (art. 145.3 LC).

La actuación de administradores y apoderados quedará sujeta al régimen de intervención-suspensión impuesto, como regla general. Sin embargo, pueden darse una gran cantidad y complejidad de supuestos en que se plantean dudas

sobre quién tiene que actuar. La LC ha contemplado algunos casos particulares (vid. arts. 48, 54 y 173) pero la mayoría quedan a la solución del intérprete. Examinamos a continuación algunos de ellos.

a) Convocatoria de Juntas

En caso de intervención, la convocatoria la hará sólo el órgano de administración. Sobre esto pocas dudas se han planteado en la doctrina. En caso de suspensión, la tesis doctrinal mayoritaria defiende también que la convocatoria la haga sólo el órgano de administración. La suspensión no implica que el órgano de administración quede en suspenso, sino que lo queda en suspenso son (art. 40.2 LC) las facultades de administración y disposición sobre el patrimonio de la sociedad concursada. Por tanto, el órgano de administración tiene que poder actuar en todo lo que no sea esto. Y la convocatoria de una Junta es algo inocuo para el concurso; otra cosa es la ejecución de lo acordado por la Junta, porque todo acto que tenga consecuencias sobre la masa activa necesitará la actuación de los administradores concursales. No se olvide (como apunta CHAVES RIVAS) que el órgano de administración sólo cesa en caso de apertura de la fase de liquidación, y que el propio art. 173 LC concede una facultad de convocar Junta a la administración concursal, cosa que parece que ha tenido que decirse expresamente porque en otro caso no la tendría; incluso, añadido, sin distinguir entre intervención-suspensión de las facultades del órgano de administración social.

b) Acuerdos de la Junta de socios

Como regla general, el concurso no interferirá en esto. Habrá que excepcionar los actos de naturaleza patrimonial que sí puede acordar la Junta. Por ejemplo, en Sociedad Limitada, instrucciones al órgano de administración, si bien tales instrucciones deberán respetar o dejar a salvo el ámbito de decisión que corresponda a los administradores concursales; y en Sociedad Anónima, la autorización para adquirir bienes en el plazo de 2 años tras la constitución o el aumento de capital a que se refería el antiguo art. 40 de la Ley

de Sociedades Anónimas. En este caso, entiendo que los administradores concursales habrán debido actuar antes o en el momento en que corresponda actuar a los administradores de la sociedad, pero la decisión de la Junta no puede quedar sometida a la actuación de los administradores concursales. Lo que ocurre es que aquí la Junta no decide adquirir o no adquirir, sólo autoriza (o no) la decisión de adquirir que corresponde tomar al órgano de administración, sobre la que sí deberán pronunciarse los administradores concursales.

Por otro lado, no se ve inconveniente en que la Junta pueda cambiar el órgano de administración o los liquidadores, tanto la estructura del órgano como las personas que lo integran, ya que ello no es directamente relevante para el concurso.

- c) Modificaciones estatutarias: denominación, domicilio, objeto, aumento o reducción del capital social, disolución

En principio, cualquier modificación de los estatutos podrá acordarse libremente por la Junta, pues en principio ello no afectará al concurso. No obstante, hay casos dudosos, como el traslado de domicilio y la sustitución del objeto.

Respecto del primero, el art. 93 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles (LME), prohíbe el traslado de domicilio al extranjero. La LC no contiene prohibición alguna, por lo que entiendo que podrá realizarse, pero sin que pueda tener consecuencias sobre la competencia judicial ni sobre ninguna otra cuestión que esté sustraída a la autonomía de la voluntad.

Distinto es el caso de la apertura o cierre de sucursales. Ello es en principio un acto de administración que no corresponde a la Junta, y que afecta directamente a la actividad de la empresa; en consecuencia está sujeto a la actuación de los administradores concursales. Si tal decisión correspondiera a la Junta, un tal acuerdo sólo podría adoptarse supeditado al consentimiento/asentimiento de la administración concursal.

La modificación del objeto, y con más razón la sustitución del mismo, parece que tiene que quedar supeditada a la decisión de la administración concursal. Es cierto que es decisión de la Junta y no del órgano de administración, pero va a implicar un cambio en la actividad de la empresa, que creo cabe en la frase «facultades de administración y disposición sobre su patrimonio» a que se refiere el art. 40 LC.

El aumento de capital en las sociedades anónimas, limitadas o comanditarias por acciones por aportación dineraria o no dineraria no tiene por qué entrañar perjuicio al concurso, por lo que en su adopción no tienen por qué intervenir los administradores concursales. No parece que esto quepa en la frase «ejercicio de las facultades de administración y disposición» del propio patrimonio. Da igual que se trate de Sociedad Limitada y la valoración la realicen libremente los socios. El caso es que el aportante responde de la realidad y del valor. Tampoco en la capitalización de reservas tendrán por qué intervenir los administradores concursales, aunque este supuesto, en una situación concursal, es inverosímil.

El problema se plantea en el aumento por compensación de créditos. No está clara la naturaleza jurídica de esta operación: ¿Compensación legal? ¿Dación en pago? ¿Confusión de derechos? ¿Compensación convencional? Creo que lo más aproximado es una compensación convencional, pero no toca entrar ahora en esta cuestión. Baste señalar que se da la renuncia al cobro de un crédito por un acreedor de la sociedad y que dicho acreedor pasa a convertirse en socio. La renuncia al cobro es algo bueno tanto para la sociedad concursada como para los acreedores concursales. El hecho de que la sociedad pase a tener un nuevo socio no es en sí perjudicial al concurso. La consecuencia será que no parece necesaria la actuación de los administradores concursales para asentir o consentir el acuerdo de la Junta.

La disolución también parece que puede ser acordada por la Junta. En principio, tampoco afectará al concurso, tanto si acaba éste en liquidación como si no. La duda es si la Junta podrá nombrar liquidadores, pues se ha

sostenido que ya está la administración concursal, que realizará la liquidación si llega el caso. En mi opinión, la LC no pretende interferir tanto en las decisiones de la sociedad: la administración concursal está al lado de la administración social, no la elimina; véase el art. 42 LC, que no distingue si el concurso ha sido declarado antes o después de acordada la disolución. Por ello, el nombramiento de liquidadores no es que sea posible, sino que será necesario. Lo que no parece necesario, aunque sí posible, es que la Junta nombre como tales a los administradores concursales, pues no es función de éstos pasar a integrar un órgano social, ni aun extraordinario.

De todas formas, el acuerdo de disolución no podrá tomarse si va en contra de lo sostenido por la sociedad en una propuesta de convenio, anticipada o no. Por este motivo, al tiempo de otorgamiento de la escritura que eleve a público el acuerdo de disolución, la administración concursal, que no tiene por qué asentir/consentir el acuerdo de disolución, deberá declarar que tal acuerdo no va contra ninguna propuesta de convenio.

III. Actuaciones notariales relacionadas con el convenio

1. Propuesta de convenio

Los artículos 99 a 103 LC se ocupan de la forma y contenido de las propuestas de convenio.

Desde el punto de vista formal, estas propuestas deben formularse por escrito e irán firmadas por el deudor, en su caso por todos los acreedores proponentes o sus representantes con poder suficiente, y cuando la propuesta contenga compromisos de pago a cargo de terceros, ya sea para prestar garantías o financiación, realizar pagos o asumir otras obligaciones, deberá ir firmada también por éstos o por sus representantes con poder suficiente.

El art. 99.2 dice «Las firmas de la propuesta, y en su caso, la justificación de su carácter representativo, deberán estar legitimadas.» Respecto de la legitimación, nada especial tenemos que comentar; baste decir que el

documento recoge una declaración de voluntad y, por tanto, la legitimación de firma sólo puede hacerse por ser puesta la firma en presencia del Notario o por reconocerla el deudor como suya también en presencia del Notario. En este segundo supuesto, ya no es necesario, desde la reforma del Reglamento Notarial introducida por el RD de 19 de enero de 2007, formalizar acta. En todo caso, no puede legitimarse la firma por coincidir con la que consta en documentos identificativos (vid. art. 262 del Reglamento Notarial).

Pero si el firmante representa a un tercero, el art. 99.2 está pidiendo, aunque no lo expresa bien, que se controle por el Notario la legitimación. Esto exigiría, en rigor, un acta, pero no creemos que sea una mala práctica hacer constar esto en el propio testimonio de legitimación.

Puede ser recomendable otorgar un documento de protocolo, no una mera legitimación de firma; ello facilitará las adhesiones futuras, pues bastará remitirse a ese concreto número de protocolo y en la Notaría se podrá dar a quien comparezca a adherirse una copia simple.

Tal documento será un acta de protocolización, en la que se controlará la legitimación del compareciente y además se legitimará la firma del deudor en la propuesta protocolizada.

Todo lo dicho vale también para las propuestas anticipadas de convenio.

2. Adhesión a la propuesta de convenio (tanto si es anticipada o no)

El Notario no tiene que controlar si la adhesión se formula o no dentro del plazo, aunque esto no significa que se pueda actuar de forma imprudente, atendidas las concretas circunstancias del caso; habrá que asegurarse de que el otorgante sabe que existe un plazo y que se adhiere dentro de ese plazo; y lo mejor será hacer constar alguna manifestación del mismo al respecto y alguna advertencia.

La adhesión tiene que ser pura y simple. En otro caso, el Notario debe denegar su función.

La forma correcta es una escritura, no un acta, ya que el documento contiene un negocio jurídico.

Es imprescindible que en la escritura se haga constar la clase de crédito de que es titular el otorgante y la cuantía de éste. Si el otorgante tiene varios créditos, debe hacerse constar por separado la clase y cuantía de cada uno. Esto se exige porque el acreedor puede revocar la adhesión (*vid.* art. 108) si la clase o cuantía del crédito expresada en la adhesión resultan modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores. Por tanto, si el otorgante no sabe o no quiere manifestar alguno de estos extremos, el Notario debe denegar su función.

La escritura de adhesión puede otorgarse tanto si dicha adhesión es a propuesta anticipada de convenio como si no. Y en ambos casos son exigibles los mismos requisitos. La propuesta a la que el otorgante se adhiere debe quedar perfectamente identificada en la escritura. No basta citar el número de expediente judicial, hay que decir a qué propuesta en concreto se adhiere.

3. La revocación de la adhesión

Es posible, como se ha dicho, que en ciertos casos, un acreedor quiera revocar su adhesión (art. 108): cuando la clase o cuantía del crédito resulten modificados en la lista definitiva de acreedores.

La revocación tiene un plazo muy perentorio, que es de cinco días hábiles a la puesta de manifiesto en la Secretaría del Juzgado de la lista definitiva de acreedores, por lo que habrá que asegurarse muy bien de que el acreedor que comparece lo sabe y autorizar con alguna advertencia. Obsérvese que el plazo es para formalizar la revocación, no para presentarla en el Juzgado, aunque si la revocación se formaliza el último día de plazo, se recomienda expedir la copia autorizada al instante para que el deudor la presente en el Juzgado ese mismo día.

Está claro que la revocación de la adhesión necesita la forma de «escritura», no de «acta», porque se trata de la emisión de una declaración de voluntad negocial.

4. La renuncia a la revocación de la adhesión

Con frecuencia se pide por el deudor a su/s acreedor/es que al adherirse a la propuesta renuncie/n a revocar su adhesión; es decir, que renuncien, aunque la clase o cuantía del crédito expresada en la adhesión resulten modificadas en la redacción definitiva de la lista de acreedores.

Se ha discutido si tal renuncia, que se realiza en un momento en que el renunciante no conoce con certeza la situación en que va a quedar su crédito, puede considerarse válida.

Habrá que distinguir cómo se formula la renuncia. Si el acreedor dice que se obliga a no revocar su renuncia, parece que tal cláusula no debe ser rechazada, porque ello no impedirá que el acreedor revoque, sino que tan sólo determinará el nacimiento de la obligación de indemnizar al deudor los daños y perjuicios que tal cambio de postura le haya causado.

Normalmente el deudor pide, no una obligación de no revocar, sino una auténtica renuncia a revocar. Pero, ¿de verdad esta renuncia le va a impedir revocar si la clase o cuantía de su crédito se ven modificadas? Creo que la renuncia tiene que desplegar eficacia, pero no en todo caso, pues toda declaración negocial se da rebus sic stantibus. O sea, entiendo que, en principio no cabrá la revocación, pero ésta sí será posible si la modificación es realmente sustancial hasta el extremo de que puede aplicarse la doctrina jurisprudencial de la cláusula rebus, lo que habrá que decidir a la vista de cada caso concreto. Por ejemplo, seguramente cabe aplicar la cláusula rebus si ha cambiado la clasificación del crédito, pero no si sólo se ha modificado la cuantía del crédito en una cantidad no excesiva atendida la cuantía que declaró el acreedor en su adhesión.

Desde el punto de vista notarial, creo que el Notario no debe negarse a incluir esta cláusula de renuncia a la revocación, porque no es evidente que sea nula, igual que no es evidente cuál es la eficacia/ineficacia que tendrá, que habrá que acabar decidiendo en cada caso particular; y tampoco debe el Notario negarse a formalizar una revocación aunque previamente el acreedor haya renunciado a revocar, con independencia de cómo se haya formulado la renuncia, porque igualmente no es evidente, ni mucho menos, que esta revocación vaya a ser ineficaz; habrá que dilucidarlo en cada caso concreto por el Juez del concurso, que será quien tendrá los elementos de juicio para decidirlo.

5. La Junta de acreedores

Estamos convencidos que no es posible actuación notarial alguna en esta Junta, ya que cae bajo la fe pública judicial. Es decir, no es sólo que el Notario no pueda levantar acta de la Junta, lo que es obvio, sino que tampoco puede aceptar requerimientos para la constancia de extremos concretos y ni siquiera para hacer constar si la Junta se celebra efectivamente o no.

IV. Bibliografía

- BLANQUER UBEROS, R., «Derecho concursal y terceros», en DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coord). Instituciones de Derecho Privado. Madrid: Thomson–Civitas, 2005.
- CHAVES RIVAS, A. «Concurso de acreedores y herencia», en Jornadas de Derecho Concursal. Málaga: Cátedra de Derecho Notarial, 2009.
- DELGADO DE MIGUEL, J. F. (coord). Instituciones de Derecho Privado, Madrid: Consejo General del Notariado - Thomson–Civitas, Parte VI, Vol. 5, 2005.
- FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M. (coords.). Comentarios a la Ley concursal. Madrid: Marcial Pons, 2004.

- ROJO, A.; BELTRAN, E. (coords.). Comentario de la Ley Concursal. Madrid: Thomson–Civitas, 2008.
- SÁNCHEZ CALERO, J.; GUILARTE GUTIÉRREZ V. Comentarios a la Ley concursal. Valladolid: Lex Nova, 2004.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. Comentarios a la Ley Concursal. Madrid: Dijusa, 2003.

rjib 10

COMENTARIS I NOTES

LA NATURALESA JURÍDICA DELS CONSELLS INSULARS SEGONS LA JURISPRUDÈNCIA *

Jeroni M. Mas i Rigo

Secretari d'Administració local

I. Introducció. II. Doctrina del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears. 1. La Sentència núm. 936, de 15 de novembre de 2002. 2. La Sentència núm. 59, de 24 de gener de 2006. III. Doctrina del Tribunal Suprem. 1. La Sentència de 26 de juny de 1998. 2. La Interlocutòria de 20 d'octubre de 2005. 3. Les interlocutòries de 31 de gener de 2008 i 6 d'octubre de 2011. IV. Comentari final. V. Addenda.

.....

* Aquest article vol ser un petit homenatge a la memòria de qui va ser el meu professor de dret administratiu, en el ja llunyà curs acadèmic 1974-1975: Fèlix Pons Irazazábal.

I. Introducció¹⁴⁴

Una de les novetats més importats introduïdes per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, de reforma de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears (EAIB), ha consistit en una major interiorització dels consells insulars dins de la Comunitat Autònoma, de tal manera que, per a determinats autors, aquests òrgans de govern insular s'han convertit en veritables institucions d'autogovern de les Illes Balears. Per aquests autors, no es tracta d'una interiorització impròpia (és a dir, la regulació dels consells insulars en l'Estatut d'autonomia), sinó que es tracta de la qualificació dels consells insulars com a institucions pròpies de la Comunitat Autònoma¹⁴⁵ i, per tant, en l'atribució a aquesta de la competència sobre aquests òrgans de govern. Fonamenten aquesta conclusió en el pronunciament que fa l'article 39 EAIB: «El sistema institucional autonòmic està integrat pel Parlament, el Govern, el president de la comunitat autònoma i els consells insulars de Mallorca, Menorca, Eivissa i Formentera sens perjudici de la seva autonomia constitucionalment garantida.»

Aquest precepte el complementen amb l'article 30 EAIB, que atribueix a la Comunitat Autònoma la competència exclusiva en relació amb: «1. Organització i règim de funcionament de les seves institucions pròpies en el marc d'aquest Estatut». Ara bé, és important remarcar que les competències exclusives de la Comunitat Autònoma ho són, d'acord amb el mateix article 30,

.....

144 Aquesta introducció és una refosa, amb algunes notes afegides, dels apartats I i II del meu treball «Una aproximación a la regulación de los consejos insulares en la reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears». *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 21 (2009), p. 3172-3182.

145 Sobre la identificació que es fa entre «institucions d'autogovern» i «institucions autònomes pròpies», *vid.* BLASCO ESTEVE, A. «Comentari a l'article 61», en BLASCO ESTEVE, A., dir. *Comentarios al Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, 2008, p. 869.

«sens perjudici del que disposa l'article 149.1 de la Constitució» i, per tant, s'han de respectar les bases del règim jurídic de les administracions públiques (expressió que, segons el Tribunal Constitucional, engloba les administracions locals).

Tanmateix, l'article 39 esmentat, l'hem de posar en relació amb l'article 61 EAIB, que disposa el següent: «1. Els consells insulars són les institucions de govern de cada una de les illes [...] 2. Els consells insulars gaudiran d'autonomia en la gestió dels seus interessos d'acord amb la Constitució, aquest Estatut i el que estableixen les lleis del Parlament. 3. Els consells insulars també són institucions de la comunitat autònoma de les Illes Balears.»

L'apartat primer d'aquest article 61, a la vegada, l'hem de relacionar amb l'article 8.1, també de l'Estatut: «La comunitat autònoma articula la seva organització territorial en illes i en municipis. Les institucions de govern de les illes són els consells insulars, i les dels municipis, els ajuntaments.»

Per tant, l'article 61.1 EAIB es refereix als consells insulars com a òrgans de govern i administració d'unes entitats locals que són les illes. No podem oblidar que les illes es troben incloses en la Constitució (i també a la Llei 7/1985, reguladora de les bases de règim local, en endavant, LBRL) dins de les entitats que integren l'Administració local.

És cert que després, en l'apartat tercer, l'article 61 afegeix que: «Els consells insulars també són institucions de la Comunitat Autònoma.» L'adverbi «també», que no figurava en la proposta de reforma de l'Estatut aprovada pel Parlament balear, sinó que fou inclòs, via acceptació de dues esmenes consensuades pels grups parlamentaris socialista i popular, pel Congrés dels Diputats per deixar clar que, en primer lloc, els consells insulars són òrgans de govern d'una entitat local i després, solament després,¹⁴⁶ també són institucions

.....
146 La Llei 8/2000, de 27 d'octubre, de consells insulars, en l'article 4.1, disposa que: «Els consells insulars són institucions de la comunitat autònoma de les Illes Balears i, al mateix

autonòmiques. En aquest mateix sentit és important destacar que el darrer incís de l'article 39 EAIB -«sens perjudici de la seva autonomia constitucionalment garantida», que tampoc no figurava en la proposta de reforma aprovada pel Parlament autonòmic- fou introduït, segons els grups esmenants, per mantenir la coherència amb l'article 61. Hem vist que l'apartat 2 d'aquest precepte també garanteix l'autonomia dels consells insulars,¹⁴⁷ «d'acord amb la Constitució», però l'autonomia que garanteix la Llei fonamental és l'autonomia que tenen les illes en la seva condició d'entitats locals. Per això, consider que l'article 39 EAIB, interpretat de conformitat amb l'article 61, el que fa és incloure els consells insulars en el sistema institucional de la Comunitat Autònoma, però sense que d'això es pugui deduir que aquests òrgans de govern local siguin institucions d'autogovern en el sentit de l'article 148.1.1a CE.

Cal esmentar que la redacció de l'article 61.3. EAIB coincideix amb la de l'article 2.3 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya (LO 6/2006, de 19 de juliol): «Els municipis, les vegueries, les comarques i els altres ens locals que les lleis determinin, també integren el sistema institucional de la Generalitat, com a ens en els quals aquesta s'organitza territorialment, sens perjudici de llur autonomia».

.....

temps, administracions locals», la qual cosa, i deixant al marge la redacció defectuosa (els consells no són «administracions locals», sinó òrgans de govern d'unes entitats locals: les illes), podria estar en contradicció amb la Constitució i l'Estatut d'autonomia. Sobre això, convé recordar que el Consell Consultiu ja va deixar clar: «que los Consells Insulars que, genéticamente son Corporaciones locales (circunstancia que hace aconsejable la alteración en el orden fijado en el inciso final 4º del Anteproyecto)» (Dictamen núm. 1/2000, relatiu a l'avantprojecte de Llei de consells insulars). Per a una opinió absolutament contrària a la meua, vegeu BLASCO ESTEVE, A. «L'organització i el règim jurídic dels consells al nou Estatut d'autonomia», *Els consells insulars en l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears*, Palma: Leonard Muntaner, Editor, 2007, p. 20.

147 Fóra més correcte dir que garanteix l'autonomia de «les illes».

Ara bé, com diu GALÁN, després d'analitzar la doctrina del TC: «En resumen, para el Tribunal Constitucional las “instituciones autónomas propias” de la comunidad no son otras que las “instituciones autonómicas”. Lo que deja fuera a las instituciones de nivel local.»¹⁴⁸

En definitiva, els consells insulars sí són institucions d'autogovern, però de les seves respectives illes (art. 141.4 CE, art. 8.1 i 61.1 EAIB i art. 3 i 41.3 LBRL), que són entitats locals territorials. La qual cosa fa, al meu parer, que no puguin ser institucions d'autogovern de la Comunitat Autònoma.¹⁴⁹ Seguidament, veurem com ha resolt la jurisprudència la polèmica de la doctrina científica en relació amb la naturalesa jurídica dels consells insulars.

.....

148 GALÁN GALÁN, A. «El Reparto del poder sobre los Gobiernos locales: Estatuto de Autonomía, Tribunal Constitucional e interiorización autonómica del régimen local». *Anuario del Gobierno Local (2010)*, Fundación Democracia y Gobierno Local/Institut de Dret Públic, Barcelona, p. 115. En la mateixa línia s'havia expressat A. L. SANZ PÉREZ: «desde luego la autonomía municipal y las competencias de las entidades de régimen local no entran dentro de la consideración de “instituciones autónomas propias” (artículo 147.2.c) ni de “competencias asumidas por la Comunidad Autónoma” artículo 147.2.d)», en «La reforma de los estatutos de autonomía. (Con especial referencia a los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de la Comunidad Valenciana)». *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*. Cizur Menor: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 90-91. També T. de la QUADRA-SALCEDO opina que la interiorització que fa l'article 2.3 de l'Estatut de Catalunya no és compatible amb l'autonomia de les entitats locals reconeguda en els articles 137, 140 i 141 CE. *Vid.* «Corporaciones Locales, reforma de los Estatutos y competencias locales». *El Gobierno Local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*. Madrid: Iustel, 2010. Insisteix en la mateixa idea R. JIMÉNEZ ASENSIO: «El govern local en l'Estatut d'autonomia de Catalunya: primeres reflexions». *Quaderns de Dret Local*, núm. 13 (febrer 2007).

149 Com molt bé va dir F. PONS IRAZAZÁBAL —«Els consells insulars com a institucions de la Comunitat Autònoma». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, núm. 6 (2008), p. 107—, «Cap comunitat no inclou entre les institucions d'autogovern els ens territorials [...] Tota la peculiaritat dels Territoris Històrics, emparada constitucionalment, no és suficient per incloure'ls entre les institucions que exerceixen els poders d'autogovern».

II. Doctrina del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears

1. La Sentència núm. 936, de 15 de novembre de 2002

En aquest pronunciament, la Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB (Ponent: Fernando Socías Fuster), va declarar el següent:

«Con respecto a los Consejos Insulares, la Administración impugnante [l'Administració de l'Estat] resalta su condición de "Administración Local". No obstante, como órganos de gobierno de cada isla (art. 36 Estatuto Autonomía Illes Balears), que pueden gozar de un amplio abanico de competencias (art. 39) quedan configurados como algo más que un simple ente local, de tal modo que también participan de la condición de "Institución" de la propia Comunidad Autónoma [...]. En conclusión los Consejos Insulares son Instituciones propias de la Comunidad Autónoma».

Com va posar de manifest el magistrat ponent en una altra ocasió: «Així doncs, en aquest segon litigi amb la debatuda naturalesa jurídica dels consells insulars, el TSJIB va refermar el caràcter prevalent d'institució autonòmica.»¹⁵⁰ No cal dir que, de conformitat amb el que hem exposat a l'apartat anterior, no podem compartir ni els arguments ni la conclusió de la Sala. No entenem que, pel fet que els consells insulars tinguin més competències que les diputacions provincials, aquests «restin configurats com alguna cosa més que un simple ens local». Els municipis tenen un abast competencial superior al que tenen les províncies i no deixen de ser les entitats locals més representatives. D'altra banda, no entenem, amb tots els respectes, què vol dir ser: «alguna cosa més que un simple ens local». Es vol dir que estam davant d'un *tertium genus*? Si és així, s'hauria d'explicar, en primer lloc, quina empara constitucional té

150 SOCÍAS FUSTER, F. «Els consells insulars en la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears». *Els consells insulars en l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears*. Palma: Lleonard Muntaner, Editor, 2007, p. 134.

aquesta administració híbrida, i, en segon lloc, quines són les característiques que la distingeixen de les altres administracions.

2. La Sentència núm. 59, de 24 de gener de 2006

El Jutjat Contenciós Administratiu núm. 1, de Palma, havia argumentat que:

« [...] no es posible ignorar en los Consells esa condición que configura y virtualiza el organigrama autonómico, que aunque se admite que ostentan la naturaleza de administraciones locales, sin embargo no son simples administraciones locales, ni en su organigrama, ni en su funcionamiento ni en su actuación competencial, pues realizan gestiones propias de las competencias autonómicas y forman parte indudablemente del organigrama autonómico».

Davant aquesta consideració, la Sala (essent ponent Fernando Socías Fuster) va resoldre el següent:

«En definitiva, la condición de Institución de la Comunidad Autónoma, no altera el que dicha función se ejerza sobre la base de un ente cuya organización y funcionamiento original es la de un ente local y por tanto, en todas aquellos aspectos organizativos y de funcionamiento que no han sido alterados por el EA o por la Ley 8/2000, debe acudir al sustrato inicial que sirve de soporte: la del ente territorial sujeto al régimen local básico».

Aquesta sentència va suposar un límit a la preponderància que donaven alguns sectors doctrinals i jurisprudencial a la condició d'institució autonòmica davant la d'entitat local.

III. Doctrina del Tribunal Suprem

1. La Sentència de 26 de juny de 1998

En aquesta sentència, de la qual fou ponent Mariano Baena del Alcázar, el Tribunal Suprem va declarar el següent:

«Siguiendo esta línea hay que convenir con los apelantes citados en que los Consejos Insulares de las Islas Baleares tienen la doble naturaleza de órganos representativos y de gobierno y administración de una Entidad Local y simultáneamente el de órganos autonómicos. [...] No es menos cierto sin embargo, que siendo exclusiva la competencia de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares para la ordenación de su territorio a tenor del artículo 10.3 de su Estatuto, y articulándose la administración de aquella Comunidad de modo que respeta la diversidad insular y reconoce funciones de autoadministración a las islas, los Consejos también tienen el carácter de órganos autonómicos, aunque no se trate de órganos de autogobierno en el sentido de la dicción literal del artículo 148.1.1ª de la Constitución, extremo en el que tanto insisten los apelantes.

Esta doble naturaleza debe llevarnos a la conclusión de que, sin perjuicio de que lógicamente se atengan asimismo a la legislación autonómica al tener la Comunidad Autónoma potestad legislativa sobre la materia, los Consejos Insulares se rijan por la legislación sobre Administración Local».

És aquesta una sentència eclèctica: si per una banda admet la doble naturalesa dels consells insulars, per l'altra nega que siguin institucions d'autogovern, tot afirmant —i això encara és més important— que es regeixen, tret del que disposi la legislació sectorial autonòmica, per la normativa local. Tot això, i atès que la normativa autonòmica ha de respectar la legislació local bàsica, fa que el caràcter de doble naturalesa dels consells resti gairebé sense virtualitat.

2. La Interlocutòria de 20 d'octubre de 2005

La Comissió Insular d'Urbanisme d'Eivissa i Formentera, per acord de dia 22 de novembre de 1999, va informar desfavorablement una sol·licitud d'autorització d'obres per construir un habitatge aïllat en sòl no urbanitzable. Contra aquest acord es va interposar recurs contenciós administratiu. La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, per interlocutòria de dia 7 de juliol de 2000, va sostenir que:

« [...] la resolución ha sido dictada por una entidad que si bien merece la condición de “corporación local”, no es menos cierto que en el caso que nos ocupa, lo hace asumiendo competencias propias de la Comunidad Autónoma –en urbanismo y vivienda—, por lo que a efectos de determinar el órgano judicial competente, debe atenderse a la naturaleza de dicha actividad en gestión de urbanismo.

[...] En el caso que nos ocupa, la resolución procede del Consell Insular en ejercicio de competencias propias de la Comunidad Autónoma y cuya función ejecutiva y gestión se asume al amparo de lo previsto en el art. 39.8 del Estatuto de Autonomía.

Por ello, y al entenderse como “acto de ente u órgano de la Comunidad Autónoma” y no incardinarse dentro de los supuestos del art. 8.2ª de la Ley 29/98, procede ratificar el auto del Juzgado y aceptar la competencia de esta Sala».

Per a la Sala es tracta d'un acte aprovat per un òrgan de la Comunitat Autònoma, essent, per tant, competent per conèixer del recurs contencios administratiu.¹⁵¹ En canvi, per al Tribunal Suprem (Ponent: Fernando Lesdesma Bartret):

.....
¹⁵¹ Durant els anys 2002 i 2003, la Sala va canviar d'opinió i va considerar, que, si bé les CIU eren òrgans autonòmics, ho eren amb el caràcter d'administració perifèrica, i, en

«En el presente caso, pues, el procedimiento tramitado en la Instancia giró en torno a la impugnación de la Resolución de la Comisión Insular de Urbanismo, órgano dependiente de la Entidad Local Consejo Insular de Ibiza y Formentera, dictada —aun cuando la resolución administrativa recurrida no lo menciona expresamente—, de acuerdo con las disposiciones antes enunciadas y en ejercicio de sus competencias, atribuidas legalmente como propias, en materia de urbanismo, y no en ejercicio de competencias propias de la Comunidad Autónoma.

[...] Así, ni la Comisión Insular de Urbanismo puede ser considerada un órgano de los mencionados en el artículo 8.3 de la Ley Jurisdiccional, ni tampoco la denegación de la solicitud formulada puede asimilarse a la denegación de una licencia urbanística de las mencionadas en el artículo 8.1.c) de la Ley Jurisdiccional, sino que el acto administrativo recurrido, aunque por distintas razones a las argumentadas por la Sala de Instancia en el Auto de 7 de julio de 2000, debe incardinarse entre los que, por disposición del artículo 10.1.a) de la Ley Jurisdiccional,¹⁵² determinan la competencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia [...]».

.....

conseqüència, els òrgans jurisdiccionals competents, en primera instància, eren els jutjats contenciosos administratius ex art. 8.3 de la Llei 29/1998. Aquesta jurisprudència, que va tenir un vot particular del Sr. Fernando Socías, no va ser compartida per la doctrina. Sobre aquesta qüestió, es pot consultar el treball de F. SOCÍAS FUSTER, esmentat en la nota anterior. S'ha de dir que el TSJIB es fonamentava en sengles interlocutòries del Tribunal Constitucional, de dates 25 d'agost i 28 de setembre de 1992, que varen considerar que les CIU eren òrgans de l'Administració comunitària, desconcentrats, perifèrics i incardinats en una estructura jeràrquica.

152 Aquest article 10.1.a) disposa que: les sales contencioses administratives dels tribunals superiors de justícia coneixeran en única instància dels recursos que es dedueixin en relació amb els actes de les entitats locals (i de les administracions de les comunitats autònomes), el coneixement dels quals no estigui atribuït als jutjats contenciosos administratius.

Per al TS, l'òrgan competent és la Sala del TSJIB, però no per tractar-se d'un òrgan autònom, sinó perquè es tracta d'un òrgan dependent d'una entitat local (en aquest cas, el Consell Insular d'Eivissa i Formentera), ja que les competències, que han estat atribuïdes com a pròpies als consells insulars, ja no són de la Comunitat Autònoma. És a dir, arriba a la mateixa doctrina que la Sala havia mantingut fins al 2002, si bé «por distintas razones».

Aquesta sentència encara limita més la doble naturalesa dels consells insulars. Condició que el TS, com hem vist, i precisament en relació amb la composició de les comissions insulars d'urbanisme, havia admès en declarar que els consells també tenien el caràcter d'òrgans autònoms, encara que no fossin òrgans d'autogovern.

3. Les interlocutòries de 31 de gener de 2008 i 6 d'octubre de 2011

En les interlocutòries esmentades a l'epígraf (las dues primeres, amb ponències de José Manuel Sieira Míguez i Ramón Trillo Torres, respectivament, corresponen als recursos núm. 1732/2005 i 3184/2006; la segona posa fi al recurs núm. 5424/2010, amb ponència de Ricardo Enríquez Sancho), el TS començà per platejar la qüestió de si les previsions estatutàries sobre els consells insulars, que els configuren no sols com a administracions locals, sinó també com a institucions de la Comunitat Autònoma, i la progressiva assumpció de competències, justifiquen una transmutació de la seva naturalesa jurídica per convertir-los en alguna cosa distinta a una corporació local. Després d'examinar els articles 39 i 61 de l'EAIB, l'alt tribunal declara que :

«Tal previsión estatutaria que conceptúa formalmente a los Consejos Insulares como instituciones de la Comunidad Autónoma no ha de interpretarse, no obstante, en el sentido de considerar a los mismos como auténticas instituciones de autogobierno autonómico [...], sino que, tal previsión quiere destacar la trascendencia autonómica que, en el plano funcional,

adquieren tales Administraciones que, no por ello, pueden ser privadas de su naturaleza local».

El TS arriba a aquesta conclusió: «la consideración plena de los Consejos Insulares como Entes locales». Seguidament, afirma que aquesta conclusió no entra en contradicció amb la seva doctrina sobre la consideració jurídica dual dels òrgans propis dels territoris històrics, quan va assimilar els seus actes i disposicions als propis d'entitats locals, quan exerceixen competències de règim comú, o als de les comunitats autònomes, quan exerceixen competències de règim foral, atès que:

«A este respecto ha de recordarse que la regulación de la Isla dentro del Capítulo dedicado a la Administración Local en el Título VIII de la Constitución, relativo a la organización territorial del Estado (artículo 141.4 CE) supone el reconocimiento de la Isla como Entidad local y de los Cabildos o Consejos como su órgano de gobierno. Ahora bien, los Territorios Históricos encuentran su reconocimiento constitucional fuera del Título VIII de la Constitución, en la Disposición Adicional Primera de la misma, lo que pone de manifiesto la peculiaridad de los mismos y de sus órganos de gobierno y la dificultad de asimilarlos, ni siquiera por aproximación, a las figuras contempladas con carácter general en el citado Título VIII; circunstancia que ya de por sí excluye la existencia de contradicción entre el tratamiento aplicable a los Territorios Históricos del País Vasco y el que se aplique a Administraciones Insulares, dadas las diferencias existentes en cuanto a la naturaleza jurídica de unas y Entidades y otras.»

En definitiva, el TS no té cap dubte sobre el caràcter prevalent dels consells insulars com a òrgans de govern local i, a més, resol la polèmica doctrinal sobre si era o no possible assimilar les illes als territoris històrics del País Basc.

IV. Comentari final

La Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears no sols ha acceptat la doctrina de la doble naturalesa dels consells insulars, sinó que s'ha pronunciat a favor del caràcter prevalent d'institució autonòmica davant la vessant d'òrgan de govern d'una entitat local. La Sala ha cregut que donar prevalença al caràcter d'institució autonòmica, en detriment del caràcter d'entitat local, significava reforçar el paper dels consells insulars, que, per dir-ho en paraules d'un dels seus membres, «passaren de simple administració local d'escasses competències a ser la vertadera administració de les illes, buidant cada vegada més les competències del Govern».¹⁵³ Això, emperò, no va evitar que la Sala caigués en la contradicció de considerar que les comissions insulars d'urbanisme es podien considerar com a administració perifèrica de la Comunitat Autònoma, la qual cosa implicava negar l'autonomia dels consells insulars, ja que restaven sota la jerarquia de l'Administració autonòmica.

No cal dir que la doctrina del Tribunal Suprem ens sembla molt més encertada, puix no entenem perquè, necessàriament, s'ha de considerar més «important» ser un òrgan d'una administració burocràtica institucional, que actua sota el principi de jerarquia, que ser un òrgan d'una administració corporativa representativa, que es regeix pels principis d'autonomia i autoadministració. Es podrà al·legar —encara que això sigui discutible— que les administracions burocràtiques són, degut al seu funcionament jerarquitzat, més àgils i, per tant, més eficients que les administracions representatives. Però això no diu res en relació a la rellevància de les diferents administracions. Ans al contrari, els consells insulars, en la mesura que són òrgans representatius d'elecció directa, gaudeixen d'una major potestat reglamentària que el Govern, ja que aquest actua d'acord amb el principi de vinculació positiva respecte de la

.....
¹⁵³ SOCÍAS FUSTER, F. «Els consells insulars...», *op. cit.*, p. 138.

lleï. I, per contra, les entitats locals actuen sotmeses al principi de vinculació negativa (possibilitat d'aprovar reglaments independents). D'altra banda, el principi de reserva de lleï es debilita per a les entitats locals en qüestions tan rellevants com la potestat sancionadora (possibilitat de tipificar sancions via ordenança) i la potestat tributària (imposar i ordenar taxes a través d'ordenances fiscals).

El que determina el pes d'una entitat pública territorial són les competències que té i l'autonomia de què gaudeix per poder exercir-les. Aquí hem d'esmentar que l'EAIB és molt generós amb els consells insulars (és a dir, amb les illes), ja que els atribueix, amb el caràcter de pròpies, les competències més importants que la Comunitat Autònoma té assumides amb caràcter d'exclusives (i, fins i tot, la de règim local, que és competència compartida amb l'Estat). A més, mitjançant lleï de transferència o delegació, els poden atribuir la funció executiva de la resta de competències autonòmiques. Però això, segons el Tribunal Suprem, no significa la transmutació d'un òrgan de govern d'una entitat local (que és, no ho oblidem, la titular de les competències, no els consells), en un òrgan autonòmic (molt manco perifèric), ja que això afectaria la seva autonomia.¹⁵⁴ Llevat que es vulgui fragmentar el poder executiu de la comunitat en cinc poders executius (quatre consells i el Govern), però això requeriria, al meu parer, modificar l'Estatut i la Constitució.¹⁵⁵ En aquest sentit, i

.....

154 Precisament per aquest motiu, la defensa de l'autonomia, els cabildos insulars canaris, que també son institucions de la Comunitat Autònoma de Canàries, són tan reticents a acceptar, en la reforma de l'Estatut, la pervivència d'aquest caràcter autonòmic. Aquesta reticència no és injustificada, ja que, com hem dit, i fonamentant-se en al caràcter d'institucions autonòmiques pròpies, el TSJIB va considerar que els consells insulars eren una «administració perifèrica» de la comunitat autònoma.

155 Una opinió contrària la tenim en BLASCO ESTEVE, A: «En este punto hay que llamar la atención sobre una de las principales novedades introducidas en la reforma estatutaria de 2007, a saber la partición del *poder ejecutivo* originario de la Comunidad Autónoma entre el Gobierno autonómico y los Consejos Insulares [...] Esta regulación es plenamente acorde con

en relació amb els territoris històrics, es va expressar el Tribunal Constitucional en la Interlocutòria 1.142/1987, de 14 d'octubre:

«La Diputación foral recurrente es ciertamente un órgano colegiado ejecutivo, pero del territorio foral de Vizcaya, no de la Comunidad Autónoma del País Vasco, cualidad que solo ostenta el Gobierno Vasco.»

El que aquí defensam és que les illes són Comunitat Autònoma, però que no s'integren en l'Administració autonòmica. Que els consells insulars són òrgans de govern d'unes entitats locals i que, consegüentment, no són poders executius de la Comunitat Autònoma. De la mateixa manera que les comunitats autònomes són Estat, però no s'integren en l'Administració estatal, ni els executius autonòmics no són poders executius de l'Estat. Creim, d'altra banda, que aquesta concepció que defensam no és solament la correcta des d'una òptica jurídica, sinó que és la que permet la plena autonomia de les illes, garantida constitucionalment i estatutàriament.

Tanmateix, la darrera paraula la té el Tribunal Constitucional, si algun dia es decideix a resoldre el recurs d'inconstitucionalitat, promogut pel president del Govern d'Espanya, contra la Llei de consells insulars, ja fa més d'onze anys (BOE de 28/12/2000). Val a dir que els precedents del TC esmentats —les dues

.....

la Constitución.»; *vid.* aquest text a «Comentario al artículo 61», en l'obra col·lectiva *Comentarios al Estatuto de Autonomía...*, *cit.*, p. 868. Més reticent es mostra CALAFELL FERRÀ, V: «La distribución del poder ejecutivo de la Comunidad Autónoma entre el *poder central* (el Gobierno) y los *poderes territoriales* (los Consejos Insulares) es una cuestión ciertamente capital y compleja. [...] Sin embargo, la modificación normativa consistente en dar a los Consejos Insulares el rango de Instituciones de autogobierno [...] no es por sí sola suficiente para dar por zanjada la siempre delicada cuestión del diseño institucional. No hay que olvidar que el sujeto jurídico-político que personifica el autogobierno es la comunidad autónoma (las Illes Balears), no cada una de las islas.»; *vid.* «Comentario al artículo 39», en *Comentarios al Estatuto de Autonomía...*, *cit.*, p. 653 (Les cursives són dels originals).

interlocutòries de 1992—, juntament amb la tardança en resoldre el recurs, no ens permeten ser massa optimistes.

Si l'alt Tribunal espera alguns anys més, és possible que ja no calgui ni que dicti sentència, ja que darrerament se senten veus que qüestionen la utilitat de les diputacions provincials i, encara que en menor mesura, dels consells insulars. Pot ser necessari repensar l'articulació territorial de la nostra Comunitat i, per tant, el paper dels consells. Però això s'ha de fer seriosament, perquè el que no té cap sentit és que fa cinc anys es modificàs l'Estatut per convertir la nostra Comunitat Autònoma en una mena de confederació d'illes, i ara, quan encara no s'han fet els traspassos del mitjans personals i materials perquè les illes puguin exercir les seves competències, es posi en entredit la conveniència dels consells.

V. Addenda

Poc abans de la publicació d'aquest article, s'ha dictat la Sentència del Tribunal Constitucional de 19 de juny de 2012, relativa al recurs d'inconstitucionalitat interposat pel president del Govern de l'Estat contra determinats articles de la Llei balear 8/2000, de 27 d'octubre, de consells insulars. Aquesta sentència declara: a) La inconstitucionalitat de l'article 8.2, en tant que permet la delegació de les atribucions assignades al Ple per les lletres *k*, *o* i *q* de l'article 8.1; b) La inconstitucionalitat i la nul·litat del segon paràgraf de l'article 15.2.

No és ara el moment d'analitzar aquesta sentència, que ha tingut un vot particular de dos magistrats per considerar que no s'ha respectat la legislació bàsica estatal sobre règim local. Només volem fer referència al fet de com tracta el TC la qüestió dels consells insulars com a institucions de la Comunitat Autònoma. L'Alt Tribunal, en el FJ 3 de la sentència, manifesta que «En definitiva resulta incuestionable que el vigente Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, al configurar el régimen esencial de la organización de los consejos insulares, ha atendido al mandato constitucional conforme al cual “en

los archipiélagos, las islas tendrán su administración propia en forma de Cabildos o Consejos” (art. 141.1 CE), al tiempo que, en el ejercicio de la potestad de organización de las Comunidades Autónomas, *ha configurado dichos consejos insulares como “Instituciones autonómicas propias”* [art. 147.2. c) CE]». (La cursiva és meva).

Això no obstant, en el FJ 7, matisa la declaració anterior en afirmar que «Debemos reiterar nuevamente que la Constitución incorpora una garantía de la autonomía de los consejos insulares en tanto que Administraciones locales, condición ésta que en modo alguno puede verse afectada por la declaración estatutaria de que los consejos insulares “también son instituciones de la Comunidad Autónoma” (art. 61.3 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears). La autonomía constitucionalmente reconocida a los entes locales, que son ante todo Administraciones públicas, y a las Comunidades Autónomas, en las cuales la concurrencia de poderes legislativos y ejecutivos da como resultado la “diversificación del ordenamiento en una pluralidad de sistemas normativos autónomos” (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 42) es sustantivamente diferente y las diferencias que existen entre ambos no pueden “salvarse” mediante el expediente de recordar que los consejos insulares son instituciones de la Comunidad Autónoma, *pues ese carácter de los consejos insulares no transmuta su naturaleza jurídica de auténticas Administraciones Públicas territoriales de tipo corporativo sino que, antes bien, la presupone*». (La cursiva és meva).

rjib 10

COMENTARIS I NOTES

¿EXISTE LA COLACIÓN EN EL DERECHO SUCESORIO MALLORQUÍN? *

Álvaro Delgado Truyols

Notario

I. Planteamiento del tema. II. El argumento histórico. III. ¿Es aplicable la regulación de la colación contenida en el Código Civil? 1. El tratamiento de las legítimas y las donaciones. 2. Colación y Derecho balear. IV. Bibliografía.

* A mi añorado maestro Rafael Gil Mendoza.

I. Planteamiento del tema

Una de las figuras de más compleja comprensión en el Derecho sucesorio es la de la colación y, especialmente, su relación con la computación y la imputación de las legítimas. La colación es, en rigor, una de las operaciones que comprende la partición de una herencia o, con más precisión, una operación preparticional, que debe realizarse antes de la partición propiamente dicha. Consiste básicamente en la adición contable a la herencia del valor de las donaciones que hubiere realizado el causante a sus herederos forzosos para constituir una masa (*relictum+donatum*) sobre la cual ha de computarse económicamente la cuota de cada heredero. Pero la confusión generada en cuanto a su concepto, su estrecha vinculación y difícil deslinde con otras figuras cercanas, su imprecisa regulación legal en el Código Civil (CC) y su inexistente regulación en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, han dificultado tradicionalmente su correcta comprensión y aplicación práctica. Hasta el mismo Tribunal Supremo ha dado históricamente varios bandazos a la hora de determinar su concepto y fundamento, relacionándola algunas veces con la protección de la intangibilidad de la legítima (SSTS de 19 de junio de 1978, de 19 de julio de 1982 y de 17 de marzo de 1989), y en otras con el anticipo de herencia a los herederos forzosos o con su igualdad de trato (SSTS de 15 de febrero de 2001, de 2 de julio de 2007 y de 24 de enero de 2008).

Al tratarse de una figura jurídica muy estrechamente vinculada con la actividad notarial, ha sido la doctrina notarial española la que la ha tratado en nuestro país con mayor precisión y claridad conceptual. Esta doctrina, encabezada por Juan VALLET DE GOYTISOLO y Manuel de la CÁMARA ÁLVAREZ, y seguida por otros tratadistas más recientes como Juan José RIVAS MARTÍNEZ y José Enrique GOMÁ SALCEDO, ha concluido que la colación, aunque tiene una indudable vinculación con las legítimas, no obedece a la necesidad de proteger esa institución, sino a una presunción legal de que el causante de una herencia quiere la igualdad de trato entre sus legitimarios, de manera que una donación hecha a uno de ellos debe considerarse como un

anticipo de su futura cuota hereditaria, y siempre que el causante no manifieste lo contrario.

En el Código, la colación, aunque se considere como una de las operaciones particionales, está regulada de forma separada de la partición en los arts. 1035 a 1050. Estos preceptos, con alguna importante modificación en cuanto al criterio de valoración de los bienes colacionables que fue introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, proceden de la redacción originaria del Código de 1889. En la redacción inicial del CC, según VALLET DE GOYTISOLO, la regulación de la colación procedía de las aportaciones realizadas a los textos romanos y castellanos por los jurisconsultos de la época posterior a las Leyes de Toro, aderezada con algunas importantes innovaciones introducidas en el Proyecto de García Goyena de 1851 por influjo de las legislaciones extranjeras.

Por su parte, en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares la institución es realmente inexistente, de suerte que la palabra «colación» resulta absolutamente extraña a la redacción inicial dada por la Ley de 19 de abril de 1961 y el Texto Refundido de 1990, y no aparece referida en ninguno de los trabajos preparatorios como la *Memoria* de RIPOLL y PALOU de 1880, el Proyecto de Apéndice al Código Civil de 1903, el Informe del Colegio de Abogados de Palma de 1921, el Proyecto de Apéndice al Código Civil de 1948 y el Proyecto de Ley de 1960.

Surge entonces la duda de si será aplicable en esta materia directamente la regulación del CC, por la remisión general que hace el art. 1.3 de la Compilación a su aplicación supletoria en defecto de Ley y costumbre del Derecho balear. La tesis que mantengo en el presente trabajo es que la colación regulada en el CC resulta por su origen, fundamento y finalidad, si no absolutamente contraria, sí muy diferente a la regulación legal y consuetudinaria del Derecho sucesorio de Mallorca, por lo que su aplicación supletoria no debe resultar procedente de conformidad con el sistema legal de fuentes de nuestro Derecho. En resumen, no existe la figura de la colación como tal en el Derecho de Mallorca, sin perjuicio de que determinados efectos similares, pero no idénticos, a los que ésta produce se vean conseguidos en las

particiones hereditarias a través de otras figuras jurídicas con las que presenta cierta relación, como las normas de fijación, cálculo e imputación de las legítimas de los arts. 47 y 48 de la Compilación balear.

II. El argumento histórico

Todos los estudiosos de nuestro Derecho foral coinciden en que el Derecho de Mallorca tiene su base esencial en el Derecho Romano Justiniano, cuyas principales instituciones familiares y sucesorias, convenientemente adaptadas a los tiempos y a las peculiaridades locales, se mantuvieron en la tradición jurídica mallorquina hasta el periodo compilador. La persistencia en nuestra sociedad de las instituciones romanas ha sido puesta de manifiesto por todos los trabajos preparatorios de la Compilación de 1961, que resaltan también las notables diferencias con el CC, el cual unió a sus remotas raíces romanas muy importantes influjos posteriores del Derecho castellano y de los Derechos extranjeros pujantes en el siglo XIX (francés y alemán), que habían sido incorporados en buena medida por el Proyecto de García Goyena de 1851, y que pasaron al Código de 1889.

Debemos plantearnos en este momento una pregunta de gran importancia para el objeto de nuestro estudio. Dado que el Derecho Romano Justiniano es la fuente principal inspiradora del Derecho mallorquín, ¿existía la colación en el Derecho de Justiniano? Según explica minuciosamente VALLET de GOYTISOLO, Justiniano, en su Novela 118, realizó una profunda modificación de las antiguas *collatio* del Derecho Romano, haciendo desaparecer varias de ellas, y refundiendo el resto en la *collatio descendentium*, que expandió de la sucesión intestada —que había sido su origen— a la sucesión testamentaria. Pero esta *collatio descendentium* quedó regulada por Justiniano como aplicable exclusivamente a unas liberalidades muy concretas, la dote y las donaciones *propter nuptias* —aquéllas realizadas por razón de matrimonio por un padre a alguno de sus hijos—, pero no al resto de donaciones ordinarias, las denominadas *simplices*, que en general no debían colacionarse en la herencia del padre. Esta doctrina, que pasó en forma más o menos pura al Derecho de

Mallorca, fue ampliamente modalizada en el Derecho castellano al trasladarse a las Partidas, al Fuero Real y a las Leyes de Toro, en combinación con otras influencias procedentes de la colación germánica. Y más adelante pasó al CC junto con algunos elementos tomados del Derecho francés. Estas influencias extranjeras ampliaron y modificaron en buena medida, en el Derecho común, la institución de la colación, que acabó aplicándose a bastantes más supuestos que los previstos en su primitiva configuración Justiniana.

En esta breve evolución histórica, puede apreciarse claramente como la regulación de la colación sufrió un fuerte desarrollo expansivo en el Derecho común, a la vez que se producía un claro estancamiento en las fuentes propias del Derecho de Mallorca. De ahí que la regulación de la institución en ambos Derechos se separara de forma notable, adquiriendo en el CC, por incorporaciones procedentes de otras influencias jurídicas, caracteres muy diferentes a los propios de su primitiva regulación Justiniana, en la que la figura se limitaba a unos tipos muy concretos de donaciones realizadas por el padre de familia.

Por las razones históricas ahora explicadas, y por otros motivos que examinaremos a continuación, considero que la regulación que contienen los arts. 1035 a 1050 del vigente CC español no es supletoriamente aplicable al Derecho mallorquín. Y vamos a examinar seguidamente los otros motivos.

III. ¿Es aplicable la regulación de la colación contenida en el Código Civil?

1. El tratamiento de las legítimas y las donaciones

Resulta evidente que la institución de la colación tiene una estrecha relación con la institución de las legítimas. La colación, aunque no es un instrumento de defensa de la legítima como ya hemos apuntado, se practica entre legitimarios, y tiene una indudable vinculación en el CC —incluso más de la que debiera

para evitar confusiones conceptuales— con las reglas de cálculo de las legítimas.

Examinemos en un cuadro comparativo las diferencias entre las legítimas del Código Civil y las de Mallorca en la Compilación:

| | CÓDIGO CIVIL | COMPILACIÓN BALEAR |
|---------------------------|--|--|
| 1) Origen histórico | Leyes de Toro Proyecto de 1851 CC francés | Derecho Romano Justiniano |
| 2) Naturaleza legítima | <i>Pars hereditatis</i> (art. 806) | <i>Pars bonorum</i> (art. 48) |
| 3) Condición legitimario | Cualquier título | Hereder o legatario de parte alícuota (art. 48) |
| 4) Legítima descendientes | 2/3 estricta + mejora (art. 808) | 1/3-1/2 sin mejora (art. 42) |
| 5) Reglas computación | Bienes – deudas y cargas + donaciones colacionables (art. 818) | Bienes – deudas y cargas + liberalidades computables por su valor a tiempo fallecimiento (art. 47) |
| 6) Reglas imputación | A la legítima (art. 819) | A la legítima (art. 48) |
| 7) Dispensa de colación | Posible (art. 1036) Supone cambio imputación a la parte de libre disposición VALLET, CÁMARA, ALBALADEJO SSTS 16/06/1902, 21/04/1990, 21/04/1997, 22/02/2006 | No está regulada |
| 8) Revocación dispensa | No está regulada CÁMARA, VALLET: permitida STS 24/01/2008: ha de ser expresa, no puede deducirse | No está regulada |

Visto el cuadro comparativo, podemos concluir que el sistema legitimario de uno y otro cuerpo legal presenta importantes diferencias, de forma que queda claramente en evidencia el distinto origen, naturaleza y configuración de la institución en una y otra Ley.

También en el régimen de las donaciones aparecen notabilísimas diferencias entre el CC y nuestra legislación foral. La Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares regula en detalle algunas clases de donaciones, fuertemente arraigadas en la tradición jurídica mallorquina, que resultan absolutamente extrañas —cuando no están directamente prohibidas bajo sanción de nulidad radical— en el Derecho común:

- Así encontramos la figura de la *donación universal de bienes presentes y futuros*, regulada por los arts. 8 a 13 de la Compilación, que es una suerte de sucesión contractual entre donante y donatario que atribuye a éste la condición de heredero contractual de aquél con efectos revocatorios de sus testamentos anteriores, y que está radicalmente prohibida en el Derecho común por disposición expresa del art. 1271.2 CC.
- Otra figura típica, y muy utilizada en la práctica, del Derecho de Mallorca es la *donación con definición*, regulada por los art. 50 y 51 de la Compilación. Consiste en un pacto sucesorio, también prohibido para el territorio de Derecho común por el precepto antes citado del CC, por el que los descendientes reciben mediante donación u otra liberalidad su legítima, o incluso toda su cuota hereditaria, de forma anticipada y en vida de sus ascendientes, renunciando a percibirla en el futuro.
- Y también regula nuestra Compilación, en sus arts. 18 a 23, la figura del «*heredero distribuidor*», también completamente ajena al CC, que permite al heredero o usufructuario instituidos, por disposición expresa del testador, que por acto *inter vivos* o de última voluntad, asigne los bienes de la herencia a uno solo, o los distribuya entre varios parientes del causante o incluso del propio distribuidor.

Visto todo lo anterior, especialmente las enormes y fundamentales diferencias existentes en el régimen de las legítimas y de las donaciones —que son las dos instituciones sobre las que se sustenta la figura de la colación—

entre lo regulado por la Compilación respecto a las normas del CC, y examinados también los muy particulares tipos de donaciones que se admiten en el Derecho mallorquín, resulta muy difícil sostener que en la tradición jurídica de Mallorca rija realmente un principio general de «igualdad de trato entre los legitimarios», que es el fundamento último de la colación. Debemos también recordar que en Mallorca ha sido históricamente muy frecuente la figura del «hereu», por influencia directa de las tradiciones romanas basadas en la importancia de la conservación del patrimonio familiar en unas solas manos para mantener el poder y la influencia de la familia. El «hereu» era el hijo de una familia, normalmente el hijo mayor, al que se instituía heredero universal para que conservara unido el grueso del patrimonio familiar, dejando al resto de sus hermanos su legítima en bienes menores de la herencia o incluso en dinero metálico. La finalidad de esta figura, que podría malinterpretarse en los tiempos actuales, no era perjudicar arbitrariamente a unos hijos en beneficio de otros, sino mantener la influencia e incluso el poder de la familia en una sociedad de fuerte raigambre rural, entendiendo que dicha influencia familiar estaba estrechamente vinculada a la posesión de una cantidad importante de tierras, cuyo fraccionamiento entre varios hijos se trataba de evitar.

2. Colación y Derecho balear

Todo lo anterior nos lleva a concluir que una figura como la colación, que no es más que una presunción legal de la existencia de una voluntad igualitaria del causante a la hora de repartir su patrimonio entre sus descendientes, no debe tener lugar en un ordenamiento jurídico que ha aceptado e incluso ha fomentado tradicionalmente, por razones históricamente justificadas aunque hoy pudieran parecer contrarias a los modernos principios constitucionales, la desigualdad entre los hijos de una familia. Estando en la actualidad en desuso la figura tradicional del «hereu», las formas de donaciones reguladas por la Compilación, de las que nadie ha discutido hasta ahora su adecuación a la Constitución Española hoy vigente, también son nítidas manifestaciones de una

perfectamente admitida desigualdad de trato entre los hijos, situación que se aprecia con claridad en la práctica respecto al hijo definido, o al que ha sido instituido donatario universal, o al que ha sido beneficiado por el distribuidor.

Nótese también que ninguno de los ilustres estudiosos de los aspectos sucesorios de nuestro Derecho foral, desde Juan VERGER GARAU a Miguel MASOT MIQUEL, pasando por Jaime FERRER PONS y Raimundo CLAR GARAU, hasta llegar a la más reciente María Pilar FERRER VANRELL, han prestado atención alguna a la figura de la colación, habiendo escrito muchas y muy brillantes páginas sobre nuestra tradición jurídica sucesoria y sobre nuestro Derecho codificado.

Argumentos similares a los sostenidos en el presente trabajo fueron utilizados por la Sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares 1/1998, de 3 de septiembre de 1998, que defendió la inaplicación del art. 1320 CC —precepto que exige el consentimiento del otro cónyuge para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual del matrimonio que pertenezca a uno solo de ellos— sobre la base de que en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares se reconoce un sistema económico matrimonial de absoluta separación de bienes entre los cónyuges, y «cuyas previsiones aportan la solución legal, completa y adecuada al mismo, (por lo que) no puede ni plantearse la posibilidad de aplicar al caso otra fuente legal distinta: ni las normas supletorias establecidas en la propia Compilación Balear (a las que sólo podría recurrirse “en defecto de la Ley”, art. 1.3 Compilación); ni, menos, el Código Civil (última norma supletoria), cuya inaplicabilidad, por demás, resulta patente ya que el régimen conyugal mallorquín está informado por un principio con fuerza expansiva propia (el principio de separación de bienes); que, en el peor de los casos, sería de aplicación preferente a dicho Código Civil, a efectos de colmar, por la vía de la integración, cualquier laguna detectable en la regulación del caso».

Parece claro que, *mutatis mutandi*, los argumentos utilizados por nuestro Tribunal Superior de Justicia para el régimen económico matrimonial bien pueden servirnos también para nuestro Derecho sucesorio, que constituye sin

duda por razones históricas y legislativas un sistema propio con sus particulares principios integradores, y que presenta también enormes diferencias con el régimen sucesorio del Derecho común.

En definitiva, por todas las razones expuestas y algunas otras que podrían añadirse, creo que la colación es una figura completamente extraña a nuestra tradición jurídica y a nuestro Derecho compilado actualmente vigente, cuyo fundamento no coincide en absoluto con las costumbres sucesorias inveteradas de la isla de Mallorca, y cuya inexistencia e inaplicación no causa ningún trastorno especial en nuestro Derecho sucesorio, pues las legítimas siguen estando bien protegidas por las normas de cálculo, imputación y computación contenidas en los arts. 47 y 48 de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. Y también, por supuesto, por una eventual reclamación ante los Tribunales de Justicia para la reducción por inoficiosidad de determinadas liberalidades realizadas por el causante, en el caso de no respetarse la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima de los demás legitimarios no favorecidos por ellas, todo ello según el procedimiento regulado por los arts. 820 y ss. CC, éste sí indiscutiblemente aplicable en Mallorca de forma supletoria a falta de normas propias, dado el carácter de orden público de la regulación legal de las legítimas.

Considero también, para terminar, que es incorrecta en el territorio de la isla de Mallorca la expresión «la presente donación no será colacionable en la herencia del donante», bastante frecuente en las escrituras notariales en las que el donante lo solicita así por querer que el donatario reciba lo donado como un plus añadido a su futura cuota hereditaria. A mi entender, la expresión correcta, en estricta conformidad con lo dispuesto en el art. 48.7 de nuestra Compilación, debería formularse en los siguientes términos: «La donación documentada en la presente escritura no será imputable en la legítima del donatario, según voluntad expresa del donante».

IV. Bibliografía

- CLAR GARAU, R. *El Derecho Foral de Mallorca*. Palma: Lleonard Muntaner, Editor, 2005.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.; DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADÍO, A. *Compendio de Derecho Sucesorio*. Madrid: La Ley, 1999.
- FERRER VANRELL, M. P.; MUNAR BERNAT, P. A. *Materials precompilatoris del Dret Civil de les Illes Balears*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 2002.
- GOMÁ SALCEDO, J. E. *Instituciones de Derecho Civil Común y Foral*. Tomo III, Volumen 2º. Barcelona: Bosch, 2007.
- MASOT MIQUEL, M. *El Derecho Civil de Mallorca después de la Compilación*. Palma: Embat, 1979.
- PASCUAL GONZÁLEZ, L. *Derecho Civil de Mallorca*. Palma: Embat, 1979.
- PIÑA HOMS, R. *La creación del Derecho en el Reino de Mallorca*. Palma: Ed. Cort, 1987.
- RIVAS MARTÍNEZ, J. J. *Derecho de Sucesiones, Común y Foral*. Tomo II, Volumen 2º. Madrid: Dykinson, 2004.
- VALLET DE GOYTISOLO, J: «Apuntes de Derecho Sucesorio». *Anuario de Derecho Civil*, 1955.
- *Panorama del Derecho de Sucesiones. II Perspectiva dinámica*. Madrid: Civitas, 1984.
- ZAFORTEZA DE CORRAL, L. (Coord.). *Jurisprudencia Civil Balear 1852-1998*. Volumen 2. Palma: Universitat de les Illes Balears, 1999.
- ZAFORTEZA DE CORRAL, L. *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo*. Palma: Universitat de les Illes Balears, 1992.

rjib 10

COMENTARIS I NOTES

EXTINCIÓN DE LA PAREJA DE HECHO: ¿CONVIVENCIA O COHABITACIÓN? *

(A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TSJIB 1/2011

DE 3 DE OCTUBRE)

Belén Ferrer Tapia

Profesora ayudante de Derecho Civil
Universitat de les Illes Balears

I. Introducción. II. Los hechos. III. Planteamiento del problema y resolución del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares. 1. El debate. 2. Aspectos procesales. 3. Aspectos civiles. A. ¿Existe pareja estable? B. Sobre el Registro de Parejas Estables y sus efectos. C. Extinción de la pareja estable.

.....

* *Vid.* la crònica d'aquesta sentència a cura de Miquel Masot Miquel, que es pot consultar a la Secció de Jurisprudència (Dret civil balear), d'aquest mateix número de la RJIB.

I. Introducción

En la Sentencia la de la Sala de lo Civil y Penal de Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de 3 de octubre de 2011 (Ponente: Sr. Antonio Federico Capó Delgado) se declara que no ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia núm. 457 dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca. También se declara no haber expresa imposición de las costas procesales causadas por dicho recurso.

El eje central del conflicto gira en torno a determinar si, a efectos sucesorios, existe pareja estable de conformidad con lo dispuesto en la Ley 18/2001, entre D.^a Liliana M.G. y D. Pedro F.V. Así como en considerar si, tras su inscripción en el Registro de Parejas Estables de Baleares el 14 de mayo de 2004, ésta se ha extinguido por el cese efectivo de la convivencia durante un periodo superior a un año.

II. Los hechos

D.^a Liliana M.G. solicita la nulidad o, en su caso, la anulación de la declaración de herederos *ab intestato*; de la escritura de declaración, aceptación y adjudicación de la herencia de D. Pedro F.V., con la consiguiente devolución de los bienes muebles e inmuebles; y, además, que sea declarada heredera universal *ab intestato* de D. Pedro F.V. Por su parte, los demandados contestan la demanda presentada negándola y oponiéndose a ella.

En la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7, de Palma, se desestima la demanda, se absuelve a los demandados y se imponen las costas a la parte actora.

D.^a Liliana M.G. presenta Recurso de apelación en el que alega los siguientes extremos: que convivió con D. Pedro F.V. desde el año 1964 hasta el fallecimiento de éste el 3 de abril de 2006; que fijaron su residencia en Mallorca; que legalizaron su situación inscribiéndose en el Registro de Parejas Estables de Baleares el 14 de mayo de 2004; y que la separación de hecho,

por cese efectivo de la convivencia durante un periodo de más de un año, carece de fundamento y no ha sido instada por ninguna de las partes; por lo cual interesa que se dicte sentencia estimando íntegramente la demanda con expresa imposición de costas a la contraparte.

Los demandados se oponen al recurso alegando básicamente que el juzgador de instancia no reconoce la existencia de una relación de pareja por falta de convivencia y que, en caso de existir ésta, se habría disuelto por cese efectivo de la convivencia durante más de un año, por lo que interesa la confirmación íntegra de la sentencia dictada en la instancia.

La Audiencia Provincial dicta Sentencia en la que confirma los pronunciamientos de la Sentencia de primera instancia, a excepción de lo dispuesto en relación a las costas.

D.^a Liliana M.G. interpone recurso de casación, de acuerdo con los motivos que se expondrán a continuación, alegando, en el escrito de preparación del recurso de casación, y al amparo de lo dispuesto en el art. 477.1 LEC, infracción de los arts. 1.8 y 13 de la Ley de Parejas Estables así como de la normativa recogida en el Decreto 112/2002 que regula la organización y gestión del Registro de Parejas Estables. En el escrito de interposición del recurso de casación, alega en el motivo primero y al amparo del art. 477.1 LEC, infracción del art. 4 de la Ley de Parejas Estables, del art. 18 CE y de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal i familiar i a la propia imagen.; en el motivo segundo, al amparo del art. 477.1º LEC, infracción de los arts. 2 y 8 y del apartado 2 de la Disposición Final Primera de la Ley de Parejas Estables y del art. 8 del Decreto 112/2002.

III. Planteamiento del problema y resolución del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares

1. El debate

En el escrito de interposición del recurso de casación, la recurrente, D.^a Liliana M.G., alega dos motivos de casación, ambos al amparo del art. 477.1 LEC.

En el primer motivo, considera que la Sentencia infringe el art. 4 de la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears, del art. 18 CE y de la Ley Orgánica que lo desarrolla, principalmente porque después de cuarenta años de convivencia, a pesar de la distancia (D. Pedro F.V. residía en Mallorca, mientras que D.^a Liliana M.G. lo hacía en Venezuela) y de los constantes viajes, D. Pedro F.V. y D.^a Liliana M.G. decidieron legalizar su situación inscribiéndose en el Registro de Parejas Estables el 14 de mayo de 2004. La infracción de las normas citadas se produce porque, a pesar de que el art. 4 de la Ley de Parejas Estables consagra la libertad que tiene la pareja para poder entablar su convivencia y sus relaciones patrimoniales como considere oportuno, la Sentencia recurrida entra en el ámbito de lo personal atentando contra su derecho a la intimidad.

En el segundo motivo considera que en la Sentencia de instancia se infringen los arts. 2 y 8 y el apartado 2 de la Disposición Final Primera de la Ley de Parejas Estables, así como el art. 8 del Decreto 112/2002 que la desarrolla. Esto es así porque no ha habido extinción de la pareja estable por cese efectivo de la convivencia, ya que, para ello, es necesario que la extinción sea solicitada por ambas partes, de conformidad con el procedimiento, y acordada por resolución administrativa.

Por su parte, los demandados se oponen a la casación porque consideran inadmisibles el escrito de interposición de este recurso de casación por dos motivos: el primero, porque al ser distintas las infracciones normativas

alegadas en el escrito de preparación y en el escrito de interposición del recurso de casación, los motivos primero y segundo del escrito de interposición deben ser inadmitidos; el segundo, subsidiario, porque en todo caso el recurso debería admitirse por infracción de las normas legales alegadas en el escrito de preparación o de alguna de ellas, tramitada mediante el correspondiente recurso.

En el supuesto de inadmitirse los motivos, niegan que entre D.^a Liliana M.G. y D. Pedro F.V. existiera una *affectio* análoga a la matrimonial, así como que la relación fuera pública y notoria, sino que se basaba en encuentros y contactos temporales. Además, en caso de haber existido pareja estable, ésta se habría extinguido por cese efectivo de la convivencia durante más de un año.

La Sala de lo Civil y Penal del TSJIB declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto sin hacer especial imposición de las costas procesales causadas por dicho recurso.

2. Aspectos procesales

La Sala desestima el recurso de casación tanto por motivos de forma como de fondo.

Como motivo de forma (causa de inadmisión, que en el momento de dictar sentencia se convierte en causa de desestimación del motivo) entiende el Tribunal Superior que se produjo una infracción procesal porque en el escrito de preparación del recurso la actora recurrente invocó los arts. 1, 8 y 13 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables dictada por el Parlamento de las Islas Baleares, así como de la normativa recogida en el Decreto 112/2002, de 30 de agosto, que regula la organización y gestión del Registro de Parejas Estables de esta Comunidad; mientras que en el escrito de interposición del recurso, a que se refiere el art. 481 LEC, la recurrente citó y fundamentó los art. 4 de la Ley de Parejas Estables (motivo primero), y 2 y 8 y la Disposición Final Primera de dicha Ley, así como el art. 8 del Decreto 112/2002, de 30 de agosto, que lo desarrolla (motivo segundo).

Considera el TSJIB en el Fundamento de Derecho Primero que, según reiterada jurisprudencia —que cita y reproduce—, es inadmisibile el motivo de casación si en el escrito de interposición se citan artículos cuya infracción no se puso de relieve en el escrito de preparación, por lo que si el motivo se fundamenta en unas infracciones legales diferentes a las indicadas en el escrito de preparación se produce un defecto formal insubsanable que hace que tal causa de inadmisión se convierta en causa de desestimación del motivo. Argumenta que la omisión de la cita de la norma infringida en la preparación no es subsanable a través del escrito de interposición del recurso, pues la constancia de los presupuestos de recurribilidad la debe ofrecer el recurrente al preparar el recurso, para luego fundamentarlos en el escrito de interposición; analiza la doctrina constitucional según la cual «los requisitos y presupuestos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino simples instrumentos para conseguir una finalidad legítima»; y termina concluyendo que dado que el recurso de casación se preparó con cita de los arts. 1, 8 y 13 de la Ley 18/2001, así como la normativa recogida en el Decreto 112/2002, mientras que en el escrito de interposición se fundamentó en la infracción de los arts. 2, 4 y 8 y de la DF 1ª de la Ley 18/2001, sólo será posible admitir el recurso por infracción del art. 8 de la Ley 1/2001 «ya que éste es el único común a ambos escritos».

Desde nuestro punto de vista, la argumentación que ofrece la Sentencia que se comenta es, cuando menos, criticable. Es cierto que el Tribunal se basa en otras resoluciones dictadas por el Tribunal Supremo (que forman jurisprudencia uniforme), por lo que no ofrece ninguna sorpresa. Pero también lo es que dicha jurisprudencia debe ser revisada, si no se quiere contradecir otra doctrina (esta vez, constitucional) según la cual los formalismos enervantes no pueden servir para desestimar pretensiones de los litigantes, ni los requisitos de forma deben ser apreciados con irracionalidad, sino teniendo en cuenta la finalidad a la que van dirigidos.

En efecto, en el caso que nos ocupa, la argumentación ofrecida por la Sentencia es, a nuestro juicio, rechazable por los siguientes motivos:

Primero, porque de la literalidad de los preceptos que regulan la casación no se desprende la conclusión a la que llega la Sentencia (y las demás del TS que cita). El art. 479 LEC (en la redacción que tenía cuando se interpuso el recurso) prevé que el recurso de casación se preparará mediante escrito presentado ante el tribunal que hubiere dictado la sentencia, en el plazo de cinco días, y «únicamente deberá indicar la infracción legal que se considere cometida». A nuestro juicio, tal indicación lo es a los efectos del propio art. 479, esto es, para indicar el tipo de resolución recurrible de entre los tres supuestos que prevé el art. 477.2. Pero no lo es a los fines y efectos del conocimiento y defensa de la parte recurrida, que no va a tener conocimiento del mismo hasta tanto la recurrente no lo haya fundamentado en su escrito de interposición del recurso. Una vez fundamentado el motivo, es cuando se dará entrada a la parte recurrida para que alegue lo que a su derecho convenga. Por lo tanto, la diferente alegación de una infracción u otra no constituye un requisito insalvable que lleve a la desestimación del motivo, puesto que no causa perjuicio alguno al recurrido.

Así, tal desestimación por dicha causa constituye «un formalismo enervante» en el modo de apreciar un requisito procesal, no querido por nuestra jurisprudencia constitucional.

Segundo, porque, consciente el legislador de la última reforma de la Ley Procesal (Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal) de que nada favorece al procedimiento de la casación (y sí y mucho la entorpece), ha previsto la supresión absoluta del trámite de preparación del recurso; y ha establecido que la parte que no esté conforme con la sentencia dictada en la segunda instancia, si la resolución impugnada es susceptible de recurso y se formula dentro del plazo previsto (veinte días contados desde la notificación de la sentencia), podrá interponer el recurso ««expresando el supuesto, de los previstos por el artículo 477.2, conforme al que se pretende recurrir la sentencia. Igualmente se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos y se podrá pedir la celebración de vista». Esto es, el legislador ha considerado que esos cinco días iniciales concedidos a la parte para preparar

el recurso, y esos otros veinte días para fundamentarlo, bien podían ser refundidos en un solo trámite en el que el recurrente, cumpliendo con todos los requisitos de tiempo y forma, alegue sus motivos, cite las resoluciones en las que los basa, y exponga con la extensión necesaria, los fundamentos de su impugnación.

Tercero, porque, según lo expresado anteriormente, ninguna indefensión se ha producido al recurrido, que no ha tenido conocimiento del contenido del recurso hasta el traslado del escrito de interposición del recurso, en el que el recurrente le hace saber y le fundamenta los motivos de su impugnación.

3. Aspectos civiles

El TSJIB en los Fundamentos de Derecho Segundo, Tercero y Cuarto de la sentencia comentada, después de resumir «la esencia del pleito», entiende que es absolutamente necesario un tipo de convivencia, al parecer, basado en la cohabitación (citando para ello los arts. 1 y 13 de la Ley, así como un párrafo de su Exposición de Motivos, y el art. 4 del Decreto 112/2002) para que la pareja pueda constituirse e inscribirse como estable de conformidad con las normas que la regulan. Afirma que, de declararse la convivencia, ésta se habría extinguido por su cese efectivo durante un periodo superior a un año y que este hecho, que por su propia naturaleza se produce extraregistralmente, puede tener su reflejo en el Registro y dar lugar a la cancelación de la inscripción, que es simple consecuencia, sin que pueda sostenerse que sea la cancelación la que extingue la pareja estable.

De entrada, no podemos estar de acuerdo con los pronunciamientos del Tribunal Superior por una serie de motivos que se pasan a exponer.

Entendemos que hay dos cuestiones que se consideran clave para la resolución del conflicto planteado: si existe pareja estable en el sentido previsto por la Ley y si la pareja se ha extinguido por cese efectivo de la convivencia durante más de un año.

A. ¿Existe pareja estable?

Para dar respuesta a esta cuestión resulta imprescindible el análisis de determinados artículos de la Ley, de entre los que cobra especial relevancia el art. 1 que, bajo el título de objeto y ámbito de aplicación, incluye también una definición de esta nueva figura jurídica.

De este modo el precepto señala que «1. Constituye el objeto de esta ley la regulación del régimen jurídico de las parejas estables en las Illes Balears, entendiéndose como tales las uniones de dos personas que convivan de forma libre, pública y notoria, en una relación de afectividad análoga a la conyugal. 2. Para que les sea de aplicación esta ley, los miembros de la pareja tendrán que cumplir los requisitos y las formalidades que se prevén, no estar bajo ningún impedimento que afecte a alguno de ellos o a su relación, e inscribirse voluntariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears. La inscripción en este registro tiene carácter constitutivo».

El objetivo del precepto es claro, define la pareja estable y a este concepto le anuda una serie de requisitos formales, de entre los que destaca la inscripción de la constitución de la unión en el Registro.

De entrada, este primer artículo de la Ley merece algunas reflexiones. En primer lugar, el concepto de pareja estable exige una serie de presupuestos encadenados: unión; convivencia libre, pública, notoria, y en una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Así, la Ley regula una convivencia entre dos personas cuya primera característica consiste en que debe ser libre (a no ser que la expresión «libre» se refiera a la propia libertad de las personas de decidir cómo quieren relacionarse con los demás, en cuyo caso tal vez hubiese sido más acertado incluir el vocablo «libre» de la forma siguiente: «Constituye el objeto de esta ley la regulación del régimen jurídico de las parejas estables en las Illes Balears, entendiéndose como tales las uniones libres de dos personas que convivan de forma pública y notoria, [...]»). En cualquier caso puede deducirse que

precisamente son los miembros de la pareja los que van a decidir cómo se va a articular esta convivencia. De este modo, el art. 4 de la Ley les permite regular tanto sus relaciones patrimoniales como personales de la forma que consideren adecuada. De ello puede deducirse que la pareja estable debe convivir, aunque son los propios miembros quienes sientan las bases de la convivencia, que se regirá por lo dispuesto por ellos.

Es conveniente precisar aquí que se está haciendo especial hincapié en la regulación, o mejor dicho, en la no regulación de la forma de convivencia porque las distintas resoluciones judiciales pronunciadas como consecuencia del conflicto planteado (en la Sentencia de primera instancia en su FD 7º, en la Sentencia de la Audiencia Provincial en su FD 2º, y en la Sentencia del Tribunal Superior en su FD 2º) se basan en la falta de convivencia para declarar la inexistencia de la pareja estable. Además, en ellas se da a entender que la expresión «convivencia» se debe interpretar en el sentido de cohabitación; cuando la Ley en ningún momento hace mención a que sea necesaria ésta (la cohabitación de la pareja). Más bien al contrario, desde que se refiere a la convivencia libre de los miembros de la pareja. Distinta es la regulación de los derechos y deberes de los cónyuges que ofrece el Código Civil (CC) que les obliga a «vivir juntos» (art. 68).

Segunda reflexión. El párrafo primero, se refiere también a la pareja estable como una unión entre dos personas [...] en una relación de afectividad análoga a la matrimonial. Conviene recordar que el CC no menciona que entre los cónyuges sea necesaria afectividad alguna. Es cierto que esta norma tiene un contenido personal de respeto, de fidelidad, de socorro y ayuda mutua, y de cohabitación, pero no se refiere a la afectividad en el matrimonio. Por lo tanto difícilmente se puede encontrar alguna clase de analogía entre el matrimonio y la pareja estable en relación con la *affectio maritalis*.

En tercer y último lugar hay que señalar que el párrafo segundo contiene los requisitos que deben cumplir quienes pretenden constituirse como pareja. De conformidad con ello, parece que en las Islas Baleares es imprescindible

que los miembros de la futura pareja estable realicen una declaración de voluntad en la que manifiesten su intención de constituirse como tal. Declaración de voluntad que debe ser acorde con los requisitos y formalidades previstos, entre los que se incluye su inscripción en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears (Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de 29 de abril de 2010). Parece que, de acuerdo con la Ley, la existencia o no de pareja estable depende de la declaración de voluntad de ambos convivientes.

Entre los requisitos y formalidades cobra especial relevancia la inscripción de la pareja estable en el Registro. De acuerdo con COCA PAYERAS, del art. 1 y otros que refuerzan esta idea, se puede deducir que el modelo de regulación de la pareja estable asumido por la Ley es el negocial, en el que sólo se admite la existencia de la unión o pareja estable cuando concurre una exteriorización de la voluntad de sus miembros en tal sentido (COCA PAYERAS, *Comentarios a la Ley de Parejas Estables de las Illes Balears*, 2006).

Así, para la aplicación de esta Ley a los miembros de la pareja estable, éstos tienen que inscribirse voluntariamente en el Registro correspondiente. Este carácter voluntario de la inscripción se convierte en obligatorio si se tiene en cuenta el contenido de la Disposición Final Primera que establece que «Se inscribirán necesariamente en el Registro de Parejas Estables [...] las declaraciones formales de constitución de parejas estables [...]». Pero, sobre todo, es de destacar el párrafo segundo *in fine* del art. 1 de la Ley donde, además, se establece el carácter constitutivo de la inscripción. Pero hay más, por ejemplo, el art. 2.1 establece que «Pueden constituir pareja estable [...]»; el 4.2 «No puede pactarse la constitución de pareja estable [...]»; Disposición Final Primera «[...] declaraciones formales de constitución [...]», y otros.

El conjunto de preceptos señalados hasta ahora va a permitir una serie de consideraciones que no hacen otra cosa que resaltar el desbarajuste en la regulación de esta nueva figura jurídica.

B. Sobre el Registro de Parejas Estables y sus efectos

En primer lugar, merece la pena destacar el carácter administrativo, y no civil, del Registro de Parejas Estables, principalmente porque, de ser civil, la Comunidad Autónoma carecería de competencia para regularlo. Así, en el art. 149.1.8 CE se establece que la regulación del Derecho Civil es competencia del Estado, con la salvedad de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales. En la regla 8ª *in fine* de este precepto se establecen las indeclinables competencias del Estado en materia civil, entre las que se encuentra la «ordenación de los registros e instrumentos públicos». Esto supone que delimita el ámbito dentro del cual no se podrá considerar subsistente ningún derecho civil foral (STC 156/1993, de 26 de mayo).

Por la naturaleza administrativa del Registro sus efectos se limitan a una función informativa. Como señala LACRUZ, el registro administrativo es un registro de mera información, carente de efectos y de garantía de certeza (LACRUZ BERDEJO «Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del Registrador», *Revista de Derecho Inmobiliario Registral*, 1979). La inscripción señala el nacimiento de la unión de la pareja estable, sus posibles modificaciones y, llegado el caso, su extinción. De acuerdo con ALONSO HERREROS, la inscripción supone una presunción de hecho, que no jurídica, favorable de la existencia de la unión, abierta a la posibilidad de prueba en contrario por quien niegue su existencia (ALONSO HERREROS, «Algunas reflexiones sobre los registros de uniones de hecho», *Revista de Derecho Privado*, núm. 3, 2002).

Sin embargo, materias como la constitución de la pareja y su extinción, así como el carácter constitutivo de la inscripción de constitución de la pareja estable invaden el ámbito competencial del Estado (TORRES LANA, «El régimen jurídico de las parejas estables en la Islas Baleares». *Revista Jurídica de les Illes Balears*, 3, 2005). Pero en tanto no se declare la

inconstitucionalidad de los preceptos que aluden a ello, se trata de una norma válida y aplicable.

En segundo lugar es interesante precisar un poco más entre las expresiones «inscripción voluntaria y constitutiva de la declaración de voluntad de la pareja estable en el Registro», términos que parecen tener significados contrarios, por lo que o la inscripción es obligatoria y constitutiva o mejor un deber jurídico que implica la opción de someterse al cauce legal, o voluntaria y no constitutiva, lo que no puede ser voluntaria y constitutiva como establece la norma. A no ser que la voluntariedad se refiera a la opción que tienen las personas de articular su relación de pareja de conformidad con lo dispuesto en la Ley, pero una vez decididos por esta vía, la inscripción en el Registro es obligatoria y constitutiva.

En tercer lugar la confusión que provocan los preceptos señalados, que denotan una incapacidad del legislador en el momento de distinguir entre lo que es constitución de la pareja estable y el carácter constitutivo de la inscripción, parece despejarse en el art. 1.2 que establece de forma clara que la inscripción en el Registro tiene carácter constitutivo, todo lo demás induce a confusión.

Por lo tanto y relacionando lo anterior con el conflicto planteado, las referencias al número de años que convivieron D.^a Liliana M.G. y D. Pedro F.V., previos a la constitución de la pareja estable a través de su inscripción en el Registro el 14 de mayo de 2004, así como la forma en que articularon su convivencia y si ésta ha sido notoria, pública y análoga en afectividad a la conyugal, parece que son elementos no esenciales para determinar la existencia de la pareja estable. Lo esencial, a tales efectos, es el hecho de que el Sr. Pedro F.V. y la Sra. Liliana M.G. constituyeron pareja estable desde el momento en que de forma voluntaria manifestaron ser esa su intención, y la llevaron a cabo a través del procedimiento establecido, que finalizó con la inscripción en el Registro en mayo de 2004.

Por todo ello, se puede considerar que, a diferencia de lo dispuesto en los distintos pronunciamientos judiciales, D. Pedro F.V. y D.^a Liliana M.G. formaron pareja estable en mayo de 2004 y, por consiguiente, en relación con este aspecto, la Sra. Liliana M.G. tiene derechos sucesorios si la situación se mantiene al fallecimiento del Sr. Pedro F.V.

C. Extinción de la pareja estable

Lo anterior plantea de forma obligada la siguiente pregunta: ¿Se ha extinguido la pareja estable?

Si en mayo de 2004 se constituye la pareja estable, se trata ahora de determinar si, como afirma la parte demandada, apelada y recurrida, ésta se ha extinguido por el cese efectivo de la convivencia durante más de un año. Es por ello por lo que en el caso que se plantea en la Sentencia comentada, es preciso incidir en cuestiones como determinar el alcance del significado de «cese efectivo de la convivencia durante un periodo superior a un año» y determinar si es necesario o no inscribir la extinción de la pareja.

El cese efectivo de la convivencia durante más de un año es una de las causas de extinción de la pareja estable que la Ley enumera; en concreto, en el art. 8 de la Ley, y son: «a) Por mutuo acuerdo. b) Por la voluntad de uno de los miembros, notificada de forma fehaciente al otro. c) Por cese efectivo de la convivencia durante un periodo superior a un año. d) Por matrimonio de uno de sus miembros. e) Por muerte o declaración de muerte de uno de los integrantes. 2. Los dos miembros de la pareja están obligados, aunque sea de forma separada, a dejar sin efecto la declaración formal que se hayan otorgado. 3. La extinción de la pareja estable implica la revocación de los poderes que cualquiera de los miembros hubiera hecho a favor del otro».

En nuestra opinión resulta difícil sostener que, para la extinción de una unión entre dos personas, sea suficiente algo tan etéreo como el transcurso de un periodo de tiempo. Es posible que los miembros de la pareja consideren y estén de acuerdo en que su unión ha finalizado precisamente por ese periodo

transcurrido sin convivencia, es decir que sea suficiente a efectos internos de la pareja. Esto obliga, por tanto, a que haya voluntad por parte de los miembros de la pareja en este sentido. De no ser así, de operar esta causa de forma automática, sin la voluntad declarada, podrían darse por extinguidas relaciones de pareja estable que, por causas ajenas a su voluntad, se separan durante más de un año.

Además, en el momento en que surge algún conflicto, entre ellos o con terceras personas, parece que el transcurso del tiempo por sí solo es insuficiente desde el punto de vista jurídico. De este modo, en el supuesto que se plantea en esta Sentencia es necesario que los hermanos y sobrinos de D. Pedro F.V. aporten alguna prueba que acredite que la pareja se ha extinguido por cese efectivo de la convivencia durante un periodo de tiempo superior al año.

Es más, según se desprende del párrafo segundo, los miembros de la pareja están obligados a dejar sin efecto la declaración formal otorgada, obligación que es común a todas las causas de extinción previstas (incluido, por tanto, el cese efectivo de la convivencia por un periodo de tiempo superior a un año). Esta obligación se reitera en el art. 8 del Decreto 112/2002, que se ocupa de establecer el procedimiento a seguir para la cancelación de la pareja estable, que se inicia con una solicitud que se debe presentar en el Registro de Parejas Estables, o ante cualquier órgano y por los medios previstos en la legislación aplicable en materia de procedimiento administrativo.

Esta última idea viene reforzada por la Disposición Final Primera, párrafo segundo, de la Ley, que establece que «Se inscribirán necesariamente en el Registro de Parejas Estables de las Illes Balears las declaraciones formales de constitución de parejas estables, las modificaciones y las extinciones, cualquiera que sea su causa». Según parece desprenderse de la redacción de la Disposición Final «se inscribirán necesariamente» se impone la obligatoriedad de la inscripción en el Registro.

Queda por determinar si la inscripción de cancelación obligatoria es también constitutiva, esto es, si el carácter obligatorio de la inscripción supone que ésta es constitutiva. A diferencia de lo que sucede con la inscripción de constitución de una pareja estable, en la cancelación la Ley no señala su carácter constitutivo de forma expresa. Por este motivo, es posible pensar que si la intención del legislador hubiese sido que la inscripción de cancelación fuese constitutiva, no tenía más que imponerlo de forma expresa, empleando la misma fórmula que la utilizada en la constitución de la pareja estable. Pero es igualmente lícito pensar que se trata de un descuido del legislador, sobre todo teniendo en cuenta su deficiente técnica legislativa.

No se puede olvidar aquí que en cuestiones relativas al estado civil, relaciones paterno-filiales o capacidad, es necesaria una sentencia judicial. En concreto, la disolución del matrimonio por divorcio sólo puede llevarse a cabo de conformidad con una sentencia judicial que así lo declare; produce efectos desde que dicha sentencia es firme; y perjudica a terceros de buena fe desde su inscripción en el Registro Civil (art. 89 CC).

Si bien matrimonio y pareja estable son dos realidades jurídicas distintas, tienen en común que ambas se consideran estados civiles al ser situaciones permanentes en relación a la capacidad de obrar de las personas que determinan una situación familiar. Partiendo de esta base común, frente al formalismo en la disolución del matrimonio por divorcio, el mero transcurso de un año en la extinción de la pareja estable parece poco aceptable.

El CC en el caso de adquisición de la vecindad civil por residencia exige una declaración de voluntad del interesado a favor en caso de residencia continuada durante dos años, o sin declaración en contrario en caso de residencia continuada de diez años. Además establece que ambas declaraciones de voluntad se harán constar en el Registro Civil.

Con ello no se quiere decir que la inscripción de cancelación en el Registro de Parejas Estables sea de carácter constitutivo, expresamente no lo dispone la Ley, aunque sí parece desprenderse de su propia redacción.

Por lo tanto, entendemos que el cese efectivo de la convivencia como causa de extinción de la pareja estable no es por sí misma suficiente, no opera de forma automática, teóricamente al menos, sino que debe ir acompañada de una instancia de solicitud de cancelación, que se presenta en el Registro de Parejas Estables, en la que se pone de relieve la voluntad de los miembros de la pareja estable, o de uno de ellos, de dar por finalizada su relación de pareja. Esto es así por dos motivos: porque la Ley obliga a ello y porque es en la instancia donde se deja constancia de la voluntad de querer extinguir la unión que previamente se había constituido. Esta solicitud, se tendrá que tramitar de conformidad con el procedimiento establecido.

Entendemos también que cese efectivo de la convivencia es algo más que el cese de la cohabitación, incluso en el matrimonio se puede cohabitar y no convivir, la convivencia es más amplia que la cohabitación.

Si esto es así, D. Pedro F.V., nunca presentó una solicitud de cancelación de la pareja estable que había constituido, alegando cese de la convivencia motivado por las constantes y prolongadas ausencias de D.^a Liliana M.G. Esto parece indicar que la convivencia que habían pactado era querida y aceptada por ambos miembros de la pareja. Por ello, es factible considerar que la única solicitud de cancelación de la pareja estable es la presentada por D.^a Liliana M.G., alegando por causa el fallecimiento de D. Pedro F.V. Por lo tanto, quienes pretenden lo contrario, deberían haber acreditado la extinción de la pareja antes del fallecimiento del Sr. F.V.

rjib 10

JURISPRUDÈNCIA

Jaume Munar Fullana

Doctor en Dret
(Constitucional)

Miquel Masot Miquel

Advocat
(Dret Civil Balear)

Carlos Gómez Martínez

President de l'Audiència Provincial
(Civil)

Antonio J. Terrasa García

President del TSJIB
(Penal)

Fernando Socías Fuster

Magistrat del TSJIB
(Contenciosa Administrativa)

Ferran Gomila Mercadal

Advocat
(Laboral)

I. Constitucional

1. *SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 18/2011, DE 3 DE MARÇ. Ponent: Sr. Aragón Reyes. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT: COMPETÈNCIES ESTATALS I AUTONÒMIQUES ESPECÍFIQUES EN MATÈRIA D'INSTAL·LACIONS, DISTRIBUCIÓ I TRANSPORT D'ENERGIA ELÈCTRICA. COORDINACIÓ DEL SISTEMA DE DISTRIBUCIÓ COM A ACTIVITAT ESSENCIAL PER A L'ECONOMIA NACIONAL. RÈGIM ESPECÍFIC DELS TERRITORIS INSULARS. TRACTAMENT COMPETENCIAL SOBRE XARXES DE TRANSPORT I DISTRIBUCIÓ, AUTORITZACIONS, DEFINICIONS I PLANIFICACIÓ ELÈCTRICA VINCULANT. ABAST DE LA LEGISLACIÓ BÀSICA COM A FACTOR DETERMINANT DEL JUDICI DE CONSTITUCIONALITAT.*

Resum dels fets: el procediment analitza tres recursos d'inconstitucionalitat acumulats, dos d'ells interposats contra diversos preceptes de la Llei 54/1997, de 27 de novembre, del sector elèctric (LSE) i el tercer promogut contra altres disposicions de la Llei del Parlament de Canàries 11/1997, de 2 de desembre, del sector elèctric canari (LSEC). S'impugnen pel Parlament autonòmic i pel Govern de Canàries els art. 3, 4.1 i 2, 10.2 i 3, 12.1, 39.3 i 41.3, la disposició transitòria quinzena i l'apartat 1 de la disposició final primera de la LSE. Per altra banda, el president del Govern central planteja la inconstitucionalitat dels art. 2.3 i 11, 6, 9.7, 11, 12.2 i 3, 13.b) i la disposició transitòria segona de la LSEC.

Essencialment, tret d'alguna concreta disposició, els recursos d'inconstitucionalitat es formularen per raons competencials, en considerar tant les esmentades institucions autonòmiques com l'Estat que els preceptes impugnats no respecten l'ordre constitucional de distribució de competències. En el cas dels postulats pel Parlament i el Govern de Canàries, s'al·lega que els preceptes expressats de la LSE no poden tenir la naturalesa bàsica que se'ls atribueix per part de l'esmentada norma estatal. D'altra banda, la

impugnació per part del president del Govern d'Espanya es fonamenta en que els preceptes en qüestió de la LSEC no respectarien les bases estatals en la matèria contingudes en la LSE.

Fonamentació jurídica: el TC dedica els seus primers fonaments jurídics a centrar acuradament l'objecte de la LSE estatal, concretat en l'ordenació bàsica de les distintes activitats del sector elèctric i l'assignació de competències administratives derivades de les intervencions que preveu, amb fonamentació en l'art. 149.1.13 i 25 CE; front a la LSEC, dictada a l'empara de la competència autonòmica exclusiva en matèria d'instal·lacions de producció, distribució i transport d'energia, que estableix uns objectius de qualitat de l'abastament en les peculiars circumstàncies que es deriven del fet insular i que determinen la conformació de cada illa com un sistema independent.

El TC es farà ressò de les successives modificacions normatives operades tant a la llei estatal com a l'autonòmica, tot recordant la rellevància del judici de constitucionalitat malgrat la concreta derogació o expulsió legislativa de l'ordenament de la norma impugnada, doncs allò rellevant és la determinació de si amb aquesta expulsió ha cessat o no la controvèrsia competencial, atesa la finalitat última que s'assigna al procés d'inconstitucionalitat.

La discrepància essencial entre les parts i que escomet el TC se centra en l'abast dels títols estatals relatius a les bases i coordinació de la planificació general de l'activitat econòmica i les bases del règim energètic, i dels títols autonòmics sobre competències exclusives en matèria d'instal·lacions de producció, distribució i transport d'energia, així com la d'ordenació i planificació de l'activitat econòmica regional en l'exercici de les seves competències, i les de desenvolupament legislatiu i execució del règim miner i energètic.

Comentari: a banda de la doctrina general establerta i reiterada per la sentència, aquesta té especial importància en ordre a una futura i eventual legislació balear sobre el sector elèctric, doncs, els títols habilitants de l'Estatut d'autonomia de Canàries, que són avaluats per part del TC, són pràcticament idèntics, quant a contingut i abast, als que preveu el nostre Estatut amb

caràcter de competència «exclusiva» en l' art. 30. Ens referim a les matèries d'«indústria, sense perjudici del que determinin les normes de l'Estat per raons de seguretat, sanitàries o d'interès militar i les normes relacionades amb les indústries subjectes a la legislació de mines, hidrocarburs o energia nuclear» d'acord «amb les bases i l'ordenació de l'activitat econòmica general» (núm. 34 de l'art. esmentat) i, especialment, a la relativa a «instal·lacions de producció, distribució i transport d'energia, quan el transport no surti de la comunitat i el seu aprofitament no afecti una altra comunitat autònoma, respectant el que estableix el núm. 25 de l'apartat 1 de l'article 149 de la Constitució» (núm. 35); com també, i encara que en menor mesura, les de desenvolupament legislatiu i execució relatives a «ordenació i planificació de l'activitat econòmica de les Illes Balears» i «règim miner i energètic», contemplades en l'art. 31.

A la complexitat competencial de la que es fa ressò la sentència, s'hi avançava d'alguna manera el nostre Decret autonòmic 96/2005, de 23 de setembre, d'aprovació definitiva de la revisió del Pla Director Sectorial Energètic de les Illes Balears, en recollir literalment en una disposició addicional que «el desenvolupament normatiu de les lleis 54/1997, de 27 de novembre, del sector elèctric, i 34/1998, d'hidrocarburs, podria afectar algunes de les disposicions aquí fixades», autoritzant a aquest efecte a la conselleria responsable de la planificació i ordenació energètica a realitzar les corresponents adaptacions a les disposicions de caràcter estatal que hi puguin incidir.

Seguidament, passam a destacar els punts de més interès en els raonaments del TC, i que ens recorda, *ab initio*, que dins la competència de direcció de l'activitat econòmica general hi tenen cobertura tant les normes estatals que fixen línies d'ordenació de sectors econòmics en concret, com les previsions d'accions o mesures singulars, doctrina que entén aplicable amb intensitat en el supòsit objecte dels recursos acumulats, atès que existeixen reserves competencials expressades en favor de l'Estat en els dos sectors (art. 149.1.13 i 25 CE). Des d'aquesta primera perspectiva de competència estatal, cal remarcar de la sentència els següents punts:

- a) L'Estat pot precisar amb caràcter bàsic els àmbits d'actuació de les distintes autoritats estatals reguladores sobre el sector elèctric, concretant les seves competències; però no pot delimitar un llistat de competències que correspongui a òrgans concrets de les comunitats autònomes doncs això suposa penetrar a l'àmbit reservat a la seva competència.
- b) La competència estatal sobre planificació del sector, en allò que es refereix a les instal·lacions de transport i amb efectes d'obligatorietat, no neutralitza tota idea de planificació de detall fins al punt de marginar una competència autonòmica en la matèria, com a mínim en allò relatiu a les activitats destinades a garantir el subministrament i diferents de l'ordenació de les instal·lacions de transport. A més, recorda el TC que la normativa reguladora de l'activitat estatal reconeix la participació de les comunitats autònomes, amb previsió específica d'una forma participativa singular amb relació als sistemes extrapeninsulars i insulars.
- c) A partir del fet d'entendre que és correcta la conformació amb un caràcter bàsic del «principi de garantia del subministrament d'energia elèctrica», el TC considera adequat a l'ordre constitucional de distribució de competències l'establiment per la LSE estatal d'habilitacions al Govern de la Nació per a l'adopció de mesures de naturalesa executiva en ella previstes. El fet que aquestes mesures a adoptar per part del Govern afectin una sola comunitat autònoma no té prou entitat per entendre que la competència li hagi de correspondre a ella en exclusiva, doncs les mesures executives es justifiquen per tal que l'Estat pugui establir les previsions d'accions o mesures singulars per assolir les finalitats de l'ordenació del sector, que complementen el principi bàsic de garantia del subministrament als consumidors establert en l'art. 10 LSE; tenint en compte que la facultat estatal no impedeix que, addicionalment, la comunitat autònoma, en ús de la competència de desenvolupament legislatiu i d'execució en matèria energètica, pugui adoptar altres mesures que poguessin ser escaients per a la garantia de

subministrament, com preveu específicament per als territoris insulars la pròpia llei estatal front a situacions de risc en la prestació del subministrament, sempre i quan afectin el respectiu àmbit autonòmic i no tinguin repercussió en el conjunt del sistema elèctric.

- d) L'habilitació reglamentària en favor de l'Estat establerta en l'art. 12.1 LSE, relativa a les singularitats dels territoris insulars i extrapeninsulars, no suposa deslegalització que vulneri cap principi de reserva de llei formal per a la llibertat d'empresa. El seu objecte és l'adaptació de les previsions bàsiques de la llei a les peculiaritats derivades del caràcter aïllat dels sistemes elèctrics insulars, essent l'habilitació, per mor d'aquesta connexió, també de caràcter bàsic; i això sense perjudici que el desplegament reglamentari estatal pogués ser objecte d'impugnació per la via corresponent en cas de sostracció de competències dels ens territorials.
- e) La regulació estatal de les qüestions de distribució, diferents del transport, no vulnera l'ordre de competències quan permet definir els criteris de les que denomina «zones elèctriques amb característiques comunes», malgrat aquestes zones es trobin exclusivament en el territori d'una comunitat autònoma, doncs es tracta d'una competència estatal de coordinació que assoleix el sistema en conjunt, tant peninsular com extrapeninsular. A idèntica conclusió s'arriba per part del TC pel que fa a l'atribució estatal de potestats al gestor de la xarxa de distribució a cada zona elèctrica, havent-se d'entendre com a norma bàsica doncs és el corollari del principi bàsic estructurant de garantia de subministrament derivat de la LSE. Igualment, es justifica una habilitació estatal per a l'establiment de modulacions en el règim transitori per a la implantació del sistema de liberalització a situacions on existeixin factors objectius, com ho recomana en les comunitats autònomes balear i canària el seu caràcter aïllat i la dimensió amb relació al sistema peninsular, sense que això sigui contrari a la nota d'estabilitat que s'ha de predicar de les bases estatals.

f) Singularment, el TC recalca que la LSE no afecta el principi d'exclusió de monopolis inherent al règim econòmic i fiscal canari garantit en la disposició addicional tercera CE, doncs, a banda d'entendre que la norma no té per finalitat l'establiment d'un monopoli, recorda que en virtut de la seva reiterada doctrina la competència sobre el règim especial correspon exclusivament a l'Estat d'acord amb els títols dels art. 133.1, 149.1.10, 13 i 14 CE. Així, expressa que l'esmentat règim econòmic i fiscal, com a mitjà del principi de solidaritat amb l'establiment d'un equilibri entre les diverses parts del territori espanyol, determina que el seu resultat final s'ha de produir no només en funció de les circumstàncies del fet insular, sinó també amb les de la resta d'Espanya, implicant un caràcter profundament evolutiu. Aquest punt ofereix un element de certa preocupació respecte de l'autèntica virtualitat de la previsió que contempla la disposició addicional sisena del nostre Estatut quant al fet que el règim especial insular de les Illes Balears implica que l'Administració general de l'Estat hagi d'ajustar la seva política a la realitat pluriinsular de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, especialment, i entre d'altres, en matèria d'energia, doncs, en definitiva, malgrat la previsió estatutària, l'autèntic abast queda en mans del legislador estatal, que és el competent per regular «el règim especial balear que reconeixerà el dret específic i diferencial de la seva insularitat».

Per altra banda, el judici de constitucionalitat de les determinacions de la LSEC autonòmica impugnades pel Govern d'Espanya s'efectua igualment per part del TC, com hem indicat abans, des de la perspectiva d'adequació a la normativa bàsica estatal en la matèria. L'anàlisi de la sentència port a destacar les següents conclusions a tenir en compte en una futura regulació autonòmica balear sobre la qüestió:

a) Resulta inconstitucional la reproducció en alguns preceptes de la LSEC de les determinacions sobre subministrament d'energia elèctrica, quan, com és el cas tractat, la reproducció es concreta en normes relatives a

matèries en què la comunitat autònoma no té competències, remetent-se el TC a la consolidada doctrina sobre el particular. En concret, d'una banda es reproduïx només parcialment la norma estatal bàsica i s'omet una part substancial, i de l'altra, i més determinant de la inconstitucionalitat, hi ha una divergència normativa respecte del règim especial de producció elèctrica i de generació.

- b) La planificació elèctrica a llarg termini, establerta per la comunitat autònoma amb caràcter vinculant amb relació a la generació, el transport i la distribució elèctrica, entra en contradicció amb la idea de planificació plasmada en la normativa bàsica estatal.
- c) La definició dels requisits tècnics mitjançant els quals es determina que una xarxa pugui ser considerada de transport d'energia elèctrica a la LSEC contradiu la normativa bàsica estatal, vulnerant l'ordre constitucional de competències.
- d) La previsió de la LSEC, caracteritzant com a no vinculant l'informe previ que la comunitat autònoma ha de sol·licitar de l'Administració general de l'Estat abans de l'atorgament de les autoritzacions per a les instal·lacions de transport d'electricitat, en relació amb les possibles afectacions de la instal·lació projectada per al règim econòmic elèctric en conjunt, contradiu el que disposa amb caràcter bàsic la LSE estatal, que configura l'esmentat informe com a vinculant.
- e) La LSEC no pot establir un règim específic de resolució de conflictes entre els operadors autoritzats que es puguin plantejar per l'ús de les xarxes de transport, tota vegada que, a banda del fet que la LSE ha atribuït tal funció a la Comissió Nacional del Sistema Elèctric, i amb això ha decidit l'assignació de la competència per dirimir els hipotètics conflictes a un únic òrgan arbitral, entén el TC que pot vulnerar la normativa estatal basada, com és el cas, en l'art. 149.1.25 CE. Però igualment, i pel que fa a aquest aspecte, s'ha de donar preferència, en ordre a dictaminar la inconstitucionalitat de la previsió autonòmica, a

l'aplicació dels títols exclusius estatals en matèria d'Administració de justícia i legislació processal civil, ex art. 149.1.5, 6 i 8 CE, atès que inclouen necessàriament la regulació en matèria d'arbitratge, d'acord amb la doctrina reiterada del TC.

2. SENTÈNCIA NÚM. 62/2011, DE 5 DE MAIG. Ponent: Sr. Ortega Álvarez. RECURS D'EMPARA: DRET DE PARTICIPACIÓ POLÍTICA, LLIBERTAT IDEOLÒGICA, D'EXPRESSIÓ I D'ASSOCIACIÓ; PROCEDIMENT CONTENCIÓS ELECTORAL.

Resum dels fets: la demanda d'empara va tenir per objecte la impugnació de la sentència de la Sala Especial del Tribunal Suprem a què es refereix l'art. 61 LOPJ d'1 de maig de 2011, recaiguda en procediments contenciosos electorals acumulats i que va estimar els recursos interposats per l'Advocat de l'Estat i el Ministeri Fiscal, declarant no conformes a dret i anul·lant els acords de les juntes electorals de zona d'Àlaba, Guipúscoa, Biscaia i Miranda de Ebro (Burgos), i de les juntes electorals de la Comunitat Foral de Navarra, de proclamació de les candidatures presentades per la coalició electoral *Bildu—Eusko Alkartasuna—Alternatiba Eraikitzen* a les eleccions municipals, a les juntes generals dels territoris històrics i al Parlament de Navarra, que s'havien convocat per al 22 de maig de 2011.

La coalició recurrent en empara atribuïa a la sentència impugnada la vulneració del dret de participació política previst en l'art. 23 CE, en relació amb la llibertat ideològica de l'art. 16, amb la llibertat d'expressió de l'art. 20.1.a) i amb el dret d'associació de l'art. 22, com també amb els art. 10 i 11 del Conveni Europeu dels Drets Humans, en haver-la privat de la presentació de les seves candidatures a les convocatòries electorals esmentades. El TC estima la demanda i declara vulnerat el dret de la coalició a accedir als càrrecs públics en condicions d'igualtat, amb els requisits que assenyalen les lleis, d'acord amb l'art. 23.2 CE, i la restableix en el seu dret, tot declarant la nul·litat de la sentència de la Sala Especial del Tribunal Suprem.

Fonamentació jurídica: el TC aborda la qüestió des de la seva línia doctrinal consolidada en relació amb la prohibició de proclamació de candidatures electorals al servei de la continuïtat material de partits polítics dissolts per la seva vinculació amb una organització terrorista. I això des de l'anàlisi de la causa prevista en l'art. 44.4 de la Llei orgànica del règim electoral general (LOREG), aplicable, a més de a les candidatures presentades per agrupacions electorals, a les presentades per partits polítics, federacions i coalicions; precepte que fonamenta el requeriment de l'acreditació judicial raonable, suficient i d'acord a un procés amb totes les garanties, d'un objectiu defraudador, dirigit a la continuïtat d'un partit il·legalitzat, i que es materialitza a través d'instruments subjectius, organitzatius, funcionals o financers.

El punt decisiu que tracta la sentència el constitueixen els criteris emprats per tal d'acreditar una trama defraudadora, que portin a una convicció judicial de la seva existència i que puguin conformar la decisió a partir de la concurrència de diversos elements probatoris. Per això el Tribunal pondera que, estant en joc l'efectivitat d'un dret fonamental, s'ha de verificar la revisió judicial d'acord amb un cànon el contingut del qual depèn de l'apreciació conjunta d'una sèrie de magnituds que, de forma raonable, constatin una actuació que de fet pugui ser continuadora de l'activitat de partits il·legalitzats. El punt d'inflexió el constitueixen l'abast que es pot conferir a un conjunt de proves i l'atribució de valor a determinats elements de forma individual, així com les limitacions en l'ús d'una valoració de tipus indiciari excessivament oberta.

Prèviament a escometre la qüestió probatòria, el TC parteix del principi que, en el nostre ordenament, qualsevol projecte polític és compatible amb la Constitució sempre i quan no es defensi a través d'una activitat que vulneri els principis democràtics o els drets fonamentals, i per això es fa necessari extremar el rigor a l'hora de donar per provada la realitat del frau a una sentència prèvia de dissolució de partits polítics, per tal de dissipar el risc que s'acabi perjudicant, precisament, la pluralitat ideològica que promou la pròpia Constitució i que empara com un valor fonamental de l'ordenament. El risc que

apunta el TC és que, confonent la ideologia professada per un partit amb els mitjans utilitzats per promoure-la, s'acabi per perjudicar a qui comparteix aquesta mateixa ideologia, encara que no es pugui demostrar que l'està defensant per mitjans violents o que tampoc no es pugui demostrar que ho faci com un simple instrument dels que fan de la violència terrorista el seu mitjà d'actuació material.

A partir d'aquest raonament, el TC es fa ressò del fet que la pròpia sentència del TS descartava l'existència de vinculacions subjectives dels membres independents de les candidatures a les quals es revoca la proclamació amb l'entramat ETA—Batasuna; i, per tant, no es pot admetre que la inexistència d'aquestes vinculacions es pugui constituir en un indicati probatori més que les candidatures presentades per la coalició pretenguin defraudar la sentència prèvia d'il·legalització, donant-hi cabuda a candidats proposats per Batasuna. El TC considera que no és admissible de cap manera convertir la inexistència o debilitat dels indicis subjectius en insinuació dels indicis objectius.

Seguidament efectua una anàlisi dels elements probatoris objectius emprats per part del TS, arribant en aquest àmbit el TC a la conclusió que la seva consideració conjunta no permet confirmar, en els termes constitucionalment exigibles, la idea que la pretensió defraudadora s'hagi materialitzat amb les candidatures presentades per la coalició demandant de l'empara, ni que aquesta coalició s'hagi deixat instrumentar amb aquesta finalitat. Aclareix en aquest sentit que, a diferència dels casos tractats en anteriors precedents adoptats per part del TC, no hi ha elements que acreditin l'existència de vincles personals, financers o de suport material a ETA—Batasuna, factor que fou rellevant en els supòsits anteriors. En concret, i a partir de la valoració de proves d'intervenció de comunicacions, recorda que el fet de la dissolució prèvia d'un partit polític, d'acord amb la doctrina constitucional, no produeix en cap cas i com a efecte la privació del dret de sufragi, actiu o passiu, de cap dels qui en varen ser promotors, dirigents o afiliats.

Comentari: De la importància que assoliria la sentència comentada n'és exponent el fet que, sense que el recurs d'empara sigui competència directa del Ple del TC d'acord amb la seva Llei orgànica reguladora, va adoptar acord de reclamar el seu coneixement a proposta de tres magistrats de la Sala Segona. Caldria apuntar que la prèvia sentència del TS, i contra la que es dirigí la demanda d'empara constitucional, va tenir igualment una àmplia discrepància, tota vegada que fou objecte de dos vots particulars, un d'ells subscrit per sis magistrats, en considerar que els recursos promoguts per l'Advocat de l'Estat i el Ministeri Fiscal havien d'haver estat desestimats, i l'altre, en entendre que s'hauria d'haver produït una estimació només parcial.

Cal destacar un primer raonament o conclusió de les consideracions de la sentència del TC com és que, al seu criteri, l'apreciació conjunta dels elements de prova en els quals es va fonamentar la decisió del TS no pot impedir la prèvia consideració, des d'una perspectiva constitucional d'empara, de la validesa, solidesa i qualitat dels distints indicis probatoris, factor que lògicament tampoc no pot excloure el seu examen individualitzat quan resulti necessari per tal de resoldre els possibles dubtes que pugui suscitar constitucionalment.

Conclusió que d'alguna manera es reafirma a partir de la valoració per part del TC dels elements probatoris, en insistir una vegada més que l'«esquerra abertzale», com a expressió ideològica, no ha estat proscribida del nostre ordenament ni ho podria arribar a ser sense trencar el principi pluralista i els drets fonamentals que hi van connectats, i que les ideologies són, dins l'ordenament constitucional espanyol, absolutament lliures i han de trobar dins el poder públic la primera garantia de la seva indemnitat. No obstant recorda, òbviament, que no hi poden aspirar els qui se serveixen per a la seva promoció i defensa de mitjans il·lícits o violents, o de la intimidació terrorista, per a l'assoliment de les seves finalitats. En definitiva, es ressalta pel TC que la simple sospita no pot constituir un argument jurídicament acceptable per excloure a ningú del ple exercici del dret fonamental de participació política.

Però tot seguit, com ja ha reiterat en la seva extensa fonamentació jurídica, vol aclarir que potser en el futur la sospita pugui quedar confirmada, però això no obsta que, en el moment de resoldre l'empària constitucional, una mera sospita no pot conduir a un resultat limitador sense deixar en la incertesa l'àmbit del lliure exercici dels drets de participació política garantits en l'art. 23 CE, i amb això, el valor del pluralisme polític sobre el que es fonamenta l'ordenament constitucional de l'Estat democràtic. Expressarà així que assegurar a ultrança, a través de controls preventius, la seguretat de l'Estat constitucional posa en primer lloc en risc els valors del propi Estat constitucional, resultant a més una mesura desproporcionada tenint en compte que l'ordenament permet tota una sèrie d'instruments de control *a posteriori*.

En aquest sentit, cal enllaçar dita conclusió amb la constatació per part del TC de les distintes reformes legislatives en matèria electoral, tota vegada que la intenció defraudadora pot ser corregida no només en el moment de presentació de candidatures o de la seva impugnació, sinó que permet la seva apreciació i correcció durant la campanya electoral; també des del dia de la votació fins a la proclamació d'electes i, fins i tot, durant el mandat electoral. Per tant, a criteri del TC, l'activació dels instruments legals per impedir actuacions defraudadores en el moment inicial de presentació de candidatures exigeix el major rigor en la valoració de les causes impeditives establertes en la LOREG.

La sentència fou objecte d'una profunda controvèrsia en el sí del TC, motiu pel qual s'hi formularen un total de cinc vots particulars (Delgado Barrio, Rodríguez Arribas, Aragón Reyes, Hernando Santiago i Pérez de los Cobos Orihuel).

En síntesi, les discrepàncies amb la doctrina majoritària aplicada s'efectuen tant sobre el valor de la prova indiciària, com pel que fa a la valoració dels elements objectius; així com amb relació al paper o funció de la jurisdicció constitucional, aparentment limitada a revisar la vulneració d'un dret fonamental quan l'anàlisi de la prova conjunta hagi resultat notòriament errònia, arbitrària o mancada de fonament raonable o amb motivació insuficient. En aquesta línia,

s'hi esmenta en algun d'ells com la via d'empara no ha de ser una nova instància en què es puguin revisar o alterar els fets que s'han donat com a provats pels òrgans judicials. Destaca igualment algun vot particular de com la prova d'indici havia estat fins i tot acceptada, com a plantejament teòric de partida, per la pròpia coalició demandant de l'empara.

Per tant, el gruix de les consideracions dels vots particulars es realitzen entenent que la Sala Especial del TS va formar la seva convicció sobre la continuïtat dels partits il·legalitzats i dissolts a través de les candidatures no proclamades a partir de la valoració d'un conjunt d'elements probatoris de naturalesa objectiva, que li varen permetre concloure de forma raonable i fonamentada que l'objectiu defraudador concebut pels responsables dels partits dissolts es concretava en aquelles candidatures.

De la mateixa manera, alguns dels vots manifesten la discrepància en el fet que les possibilitats de correcció amb caràcter posterior a la proclamació dels candidats, establertes per les successives reformes legals, puguin servir per desvirtuar indicis que abonin la necessitat de revocar aquella proclamació, en entendre aquests vots que l'eficàcia del control *a priori* ja existia abans de les reformes i que de cap manera la introducció pel legislador de controls posteriors addicionals no suposa devaluació de les exigències necessàries en el previ.

3. INTERLOCUTÒRIA NÚM. 113/2011, DE 19 DE JULIOL. QÜESTIÓ D'INCONSTITUCIONALITAT: REQUISITS PROCESSALS D'ADMISSIÓ, JUDICI DE RELLEVÀNCIA, RELACIÓ ENTRE PRETENSÍO PROCESSAL, OBJECTE DEL PROCÉS I RESOLUCIÓ. SISTEMA TAXAT D'OPOSICIÓ A L'EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA.

Resum dels fets: per part del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Sabadell es planteja una qüestió d'inconstitucionalitat, per possible vulneració dels art. 9.3, 24.1 i 47 CE, de diversos articles de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil (LEC): de l'art. 695, que estableix els motius limitats

d'oposició al despatx d'execució hipotecària; de l'art. 698, per remetre's al judici que correspongui el tractament de qualsevol altre motiu de reclamació del deutor, sense que pugui produir en cap cas la suspensió de l'execució, i, en connexió amb les esmentades disposicions, de l'art. 579.2 en la mesura que disposa la continuïtat de l'execució d'acord a les normes ordinàries si el producte de la subhasta del bé hipotecat és insuficient per cobrir el crèdit.

Els raonaments del Jutjat es descriuen extensament en els antecedents 2 i 3 de la Interlocutòria i es concreten en la consideració que la limitació dels motius d'oposició a l'execució establerts en la LEC impedeixen a l'òrgan judicial ordinari escometre l'examen dels motius adduïts per l'executat sobre la validesa del negoci jurídic i la concurrència dels pressuposts de l'incompliment que determinen l'execució hipotecària; i això sense que la remissió al procediment plenari representi una garantia efectiva de protecció dels seus interessos, provocant indefensió amb relació a la protecció del dret a l'habitatge reconegut en la CE, i afegint més indefensió produïda a la part executada en cas d'insuficiència del producte de la subhasta del bé, conseqüència de la manca d'un tràmit d'oposició a l'execució, quan continuï per la via del procediment d'execució ordinari.

Fonamentació jurídica: el TC rebutja l'admissió de la qüestió, sobre la base de l'art. 37.1 LOTC, per manca del requisit del judici de rellevància que estableix el seu art. 35.1, tot entenent que els art. 579 i 698 LEC no disposen de connexió directa i efectiva amb la resolució o veredicte pendent. Entén el TC que aquests articles es refereixen a una fase ulterior del procés d'execució que no es correspon amb el moment del procés *a quo* en què es promou la qüestió o se suscita el dubte d'inconstitucionalitat, i considera a més que dits preceptes regulen el règim legal d'un procediment que no és el que se substancia, sinó aquell al qual pot acudir l'executat hipotecari al marge del judici sumari.

Pel que fa a altres punts, com la conformitat constitucional del sistema de motius taxats d'oposició al despatx d'execució hipotecària que estableix l'art. 695 LEC en connexió amb el dret fonamental de tutela judicial efectiva de l'art. 24 CE, la igualtat de parts en el procés, el dret a un habitatge digne i adequat

previst en el seu art. 47 i el principi d'interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics recollit en l'art. 9.3, es rebutja igualment la qüestió. El TC considera produïda una «notòria manca de fonament de la qüestió formulada», a partir de la manca d'examen, per part del Jutjat, de la jurisprudència constitucional preexistent sobre la qüestió. Per això es remet als seus anteriors pronunciaments sobre els preceptes limitadors dels motius d'oposició al procés especial d'execució hipotecària de la Llei de 2 de desembre de 1872, així com al procediment sumari que va introduir la Llei hipotecària de 1909, que considera que es manté, en els seus trets essencials, fins a la vigent LEC.

Des d'aquesta perspectiva, el TC recorda que ja va poder establir que l'absència d'una fase de cognició comporta el caràcter no definitiu del procediment, per la qual cosa no es produeix l'efecte de cosa jutjada i queda la porta oberta a un judici declaratiu, on les qüestions de fons queden intactes i es poden discutir després amb tota extensió. Per tant, no es produeix indefensió i la regulació no confronta amb l'art. 24 CE. En definitiva, el TC entén que amb la seva doctrina precedent ja es podien entendre dissipats els dubtes relatius al fet de com encaixa l'art. 695 LEC en el dret fonamental a la tutela judicial efectiva de l'executat hipotecari, de la vulneració del qual el Jutjat que formula la qüestió en fa dependre la lesió d'altres drets i principis constitucionals: la interdicció de l'arbitrarietat (art. 9.3 CE) i el dret a un habitatge digne (art. 47 CE).

Comentari: destaca una certa tendència a la inalterabilitat de la doctrina i també un recordatori del TC quant al fet que el mecanisme de la qüestió d'inconstitucionalitat no és el procediment idoni per tal que els òrgans jurisdiccionals puguin qüestionar de manera genèrica o abstracta la constitucionalitat d'un règim legal, com és el del procés d'execució hipotecària, per comparació amb un possible model alternatiu, que no li correspon formular al Jutjat ni valorar al TC en ser una matèria de l'exclusiva competència del legislador, el qual disposa, dins els límits constitucionals, d'un marge ample de llibertat d'elecció. En aquest sentit, podríem enllaçar justament el que apunta el TC amb el debat que diverses formacions polítiques han anat plantejant

respecte de la reconfiguració del sistema de garantia hipotecària actualment vigent.

Tanmateix, cal també destacar les reflexions efectuades en el vot particular concurrent, formulat a la resolució interlocutòria per part del magistrat Gay Montalvo, que, tot i no ser discrepant respecte a la manca de superació del judici de rellevància en la qüestió de constitucionalitat, apunta que tal consideració no ha de prejudicar que les qüestions, oportunament plantejades amb els corresponents pressuposts processals, s'hagin de sotmetre a judici del TC. Igualment, coincideix amb el raonament majoritari quant al respecte del dret fonamental a la tutela judicial malgrat el motius restrictius d'oposició al despatx d'execució hipotecària.

A la vegada, i després d'un sòlid raonament, el vot concurrent conclou que les característiques de la situació econòmica i financera actual són radicalment distintes a les de dècades anteriors, i a les quals es refereix la doctrina del TC que s'ha estès automàticament per no admetre la qüestió; també s'indica que aquesta profunda transformació del règim ha de tenir una incidència directa en les condicions del compliment dels compromisos hipotecaris adquirits. Circumstància que porta al magistrat a considerar insuficient aquella extensió automàtica de la doctrina per tal de rebutjar, com a no fonamentada, la qüestió de constitucionalitat. Això perquè, en la seva opinió, caldria examinar si els preceptes qüestionats, interpretats d'acord amb el nou context econòmic i social, són o no compatibles amb els valors protegits constitucionalment que invoca el Jutjat promotor de la qüestió, doncs al contrari s'incorre en un reduccionisme del control constitucional.

4. *SENTÈNCIA NÚM. 137/2011, DE 14 DE SETEMBRE. Ponent: Sr. Sala Sánchez. RECURS D'INCONSTITUCIONALITAT: LÍMITS DELS DECRETS LLEI; MANCA DELS REQUISITS DE NECESSITAT EXTRAORDINÀRIA I URGENT.*

Resum dels fets: per part de 91 diputats del Grup Parlamentari Socialista del Congrés s'interposa recurs d'inconstitucionalitat contra l'art. 1 del Reial decret llei 4/2000, de 23 de juny, de mesures de liberalització en el sector immobiliari i transports, que modifica alguns preceptes de la Llei 6/1998, de 13 d'abril, sobre règim del sòl i valoracions; en concret, els criteris de classificació de sòl no urbanitzable (art. 9.2) i l'establiment de condicions d'exercici del dret de promoció del sòl urbanitzable (art. 15.2 i 16.1 i 3).

Es planteja la impossibilitat formal de regular els punts anteriors per decret llei atesa la manca de concurrència del requisit de necessitat urgent i extraordinària que exigeix l'art. 86.1 CE i, també, perquè s'afecta materialment el contingut bàsic del dret de propietat regulat en el títol I CE. S'argumenten igualment altres motius d'inconstitucionalitat com l'excés en l'ús de la competència legislativa estatal, per tal com els apartats 1, 13 i 18 de l'art. 149.1 CE no poden donar cobertura a la regulació; la vulneració de la garantia institucional de l'autonomia local de l'art. 137 CE, i la infracció del béns i principis constitucionals de protecció i millora del medi ambient adequat (art. 45 CE) i de seguretat jurídica (art. 9.3 CE).

Fonamentació jurídica: afronta primerament el TC l'anàlisi de la validesa de la norma per mor de la seva aprovació com a decret llei, a partir del pressupost de la necessitat urgent i extraordinària que exigeix l'art. 86 CE, tota vegada que és una funció pròpia de la jurisdicció constitucional assegurar el compliment de les limitacions que s'hi estableixen en casos d'ús abusiu o arbitrari de la legislació d'urgència. Per remissió a la doctrina consolidada –tot recordant que la definició de la situació de necessitat s'ha de realitzar per l'òrgan polític de forma explícita i raonada, i acreditant la connexió d'aquesta situació amb el contingut de la mesura normativa–, s'admet que la concurrència del requisit es

pugui determinar mitjançant una valoració conjunta dels factors que porten al Govern a dictar-la, i per això el TC passa a analitzar tant l'exposició de motius del decret llei, com també les argumentacions ofertes en el tràmit de validació parlamentària.

A parer majoritari de l'alt tribunal, la justificació general de l'expositiu de la norma i la més específica relativa a les diferents mesures adoptades en els sectors econòmics per tal de fer front a una situació de rigidesa del mercat immobiliari –determinada per un creixement de la demanda i escassetat de sòl urbanitzable, que condicionaria el preu dels productes immobiliaris, i la necessitat de correcció amb l'objectiu de reducció de preus dels productes immobiliaris, tot augmentant l'oferta de sòl– es vinculen a una situació de caràcter estructural i no conjuntural. Malgrat es reconeix que la legislació d'urgència, en determinats casos, pot ser també admesa davant situacions estructurals, això no lleva que en aquests supòsits el seu exercici s'hagi de circumscriure a situacions de força major o d'emergència, requerint-se per això certes notes d'excepcionalitat, gravetat, rellevància i imprevisibilitat que no pugui ser escomesa pel procediment legislatiu ordinari o d'urgència.

Comentari: el TC considera en aquesta Sentència que el Govern no ha acreditat els requisits exigibles per al dictat de la legislació d'urgència, ni tampoc no s'ha al·ludit als possibles perjudicis que per a l'assoliment dels seus objectius suposaria la tramitació pel procediment legislatiu ordinari; i recorda que no pot deixar d'assenyalar, en aquesta línia, que la situació de rigidesa del mercat immobiliari ja s'havia apreciat amb anterioritat en altres instruments normatius que precediren el Reial Decret llei de l'any 2000: entre ells, el Reial decret llei 5/1996, de 7 de juny, i la Llei 6/1998, de 13 d'abril. Destaca el TC que si alguna cosa apunta la regulació objecte de recurs d'inconstitucionalitat és que s'insereix en un esforç legislatiu iniciat l'any 1996 dins l'àmbit de la legislació urbanística, per tal d'incrementar el sòl disponible i abaratir el preu de l'habitatge.

Però aquests anteriors objectius són els mateixos als quals va respondre també la Llei 10/2003 i, per tant, no estam davant una situació conjuntural sinó

estructural i, en conseqüència, s'incorre en el defecte de l'existència d'una situació especialment qualificada per les notes de gravetat, imprevisibilitat o rellevància, incomplint-se els estrictes límits als que la Constitució sotmet l'exercici del poder legislatiu del Govern.

En definitiva, el TC estima el recurs d'inconstitucionalitat per infracció dels límits que l'art. 86.1 CE exigeix als decrets llei, factor que fa innecessari l'anàlisi de les restants causes de pretesa inconstitucionalitat que s'invocaren.

Tanmateix, cal apuntar la formulació de vot particular per part de dos magistrats (Delgado Barrio i Aragón Reyes), fins i tot més extens que els fonaments jurídics de la Sentència, en el que s'entén que concorren en el cas els necessaris pressuposts habilitants establerts en la CE. Resulta interessant la seva lectura en la mesura que se centra més en el fet de voler entrar en l'examen de la resta dels motius dels recurs, és a dir, en la infracció material dels preceptes constitucionals relatius a la distribució de competències entre Estat i comunitats autònomes, que en la infracció de l'article 86 CE.

Perquè certament, dels extensos deu punts de discrepància de què consta el vot particular, només els dos primers es dediquen a la justificació de la concurrència de la situació de necessitat urgent i extraordinària i l'adequada connexió de les mesures establertes en l'art. 1 del Decret llei. La resta de l'argumentació del vot discrepant es formula a partir d'una crítica a la cabdal STC núm. 61/1997, de 20 de març, relativa a la declaració d'inconstitucionalitat de la legislació urbanística estatal dictada els anys 1990 i 1992 i l'adhesió al vot particular que hi formulà l'aleshores magistrat Jiménez de Parga; crítica que es fa tal vegada amb una certa dosi de nostàlgia d'allò que s'hagués pogut dir en aquell moment doncs, textualment, s'arriba a dir que «la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad brindaba a este Tribunal una excelente oportunidad para reconsiderar la doctrina sentada en la STC 61/1997, de 20 de marzo, así como en la STC 164/2001, de 11 de julio, que la reitera —doctrina que no tenemos reparo en considerar como desafortunada en muchos puntos—, [...]».

De la mateixa manera, el contingut del vot particular en determinats passatges sembla oblidar quin era el concret debat de fons, doncs fins i tot es reconeix que «incluso sin necesidad de *overruling* respecto de la STC 61/1997, es decir, aceptando su doctrina, cabía en el presente caso llegar a la conclusión de que el precepto impugnado no infringe el orden constitucional de competencias [...]». Per això causa certa estranyesa el potent *excursus* dut a terme per remarcar la potenciació de la clàusula de supletorietat del dret estatal i la subordinació dels estatuts d'autonomia a la Constitució, i per destacar sempre el caràcter infraordenat de l'ordenament autonòmic respecte de l'estatal.

Aquesta funció expansiva de la legislació de l'Estat front a la de les comunitats autònomes és la vertadera i poc dissimulada reivindicació del vot particular pel que fa als aspectes de regulació material del Decret llei, que, a parer dels discrepants, hauria comportat que per part del TC s'hagués hagut de valorar una sentència desestimària, doncs pel que fa a la resta d'infraccions constitucionals —garantia institucional de l'autonomia local (art. 137 CE), protecció i millora mediambiental (art. 45 CE) i seguretat jurídica (art. 9.3)—, s'argumenta únicament que «habrían debido correr igual suerte desestimatoria que los anteriores motivos de impugnación, atendiendo a los acertados argumentos expuestos por la Abogacía del Estado».

II. Dret civil balear

A. Sala Civil i Penal del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 1/2011, DE 3 D'OCTUBRE. Ponent: Sr. Capó Delgado. *PREPARACIÓ I INTERPOSICIÓ DEL RECURS DE CASSACIÓ. IMPOSSIBILITAT D'INTERPOSAR RECURS DE CASSACIÓ PER LA INFRACCIÓ DE NORMES DISTINTES DE LES DENUNCIADES EN L'ESCRIT DE PREPARACIÓ. PARELLA ESTABLE: L'APLICACIÓ DE LA LLEI 18/2001 EXIGEIX, A MÉS DE LA INSCRIPCIÓ EN EL REGISTRE ESPECIAL, UNA CONVIVÈNCIA LLIURE, PÚBLICA I NOTÒRIA, EN UNA RELACIÓ D'AFECTIVITAT ANÀLOGA A LA CONJUGAL. EXTINCIÓ DE LA PARELLA ESTABLE PER DEIXAR DE CONVIURE DURANT UN PERÍODE DE TEMPS SUPERIOR A UN ANY.**

Resum dels fets: en el fonament segon de la Sentència que es comenta es diu que «es preciso resumir la esencia del pleito» i ho fa de la següent manera: «En el Hecho Primero del escrito de demanda se afirma que “la Sra. H convivió con el Sr. J desde el año 1964 hasta su fallecimiento, ocurrido el pasado 3 de Abril de 2006”, en el Sexto que “Mi principal (la Sra. H), como pareja de hecho que fue durante más de 40 años del difunto Sr. J, y cuya convivencia fue legalizada a través de su inscripción en el Registro de Parejas Estables, tiene legalmente reconocidos por Ley los mismos derechos que se puedan prever para el cónyuge viudo” y tras invocar el art. 13 de la L. 18/01 se suplica que aquélla sea declarada su única y universal heredera [...]».

A continuació, la Sentència fa referència a la dictada en primera instància, en la qual es diu que «no se niega la relación entre ambos, si bien debe

.....
 * Vid. l'anàlisi d'aquesta sentència que signa Belén Ferrer Tapia en la Secció de Comentaris i Notes d'aquest mateix número de la RJIB.

distinguirse entre una relación estable de pareja y el mantenimiento de relaciones de noviazgo, amistad o complacencia afectiva», assenyalant també que «desde el regreso del Sr. J. no compartieron nada más allá de los propios encuentros, distanciados en el tiempo, por lo que difícilmente puede afirmarse que su relación gozaba de una *affectio* análoga a la conyugal, ya que no hubo voluntad de convivencia [...]». I, pel que fa a la Sentència d'apel·lació —segueix dient la sentència que es comenta—, la *ratio decidendi* és que «el análisis detenido del material probatorio desplegado permite a este Tribunal llegar a las conclusiones idénticas del Juzgador de instancia, y dar por reproducidas las conclusiones que desgrana [...] y la principal deducible [...] es la falta de efectiva convivencia.»

Contra la Sentència dictada per l'Audiència Provincial es va presentar per la Sra. H escrit preparant el recurs de cassació fonamentat en la infracció dels art. 1, 8 i 13 de la Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estables, i de la normativa recollida en el Decret 112/2002, de 30 d'agost, reguladora del corresponent Registre. Després, en l'escrit d'interposició del recurs, s'al·leguen dos motius: infracció de l'art. 4 de la Llei indicada, i dels art. 2 i 8 i de la disposició final primera de la Llei i de l'art. 8 del Decret esmentat.

La Sala Civil i Penal del TSJ va desestimar el recurs.

Fonamentació jurídica: el Tribunal declara la inadmissibilitat del motiu primer del recurs per existir discordança entre l'escrit de preparació i el d'interposició del recurs, ja que en aquest darrer s'afirma que la Sentència recorreguda infringeix l'art. 4 de la Llei 18/2001, mentre que l'escrit de preparació assenjala la infracció dels art. 1, 8 i 13 d'aquesta Llei.

Considera el Tribunal que s'està davant d'un defecte insuperable, recordant la doctrina del TS, que trobam en la Sentència de 17 de desembre de 2008 i a les interlocutòries de 13 de març de 2007 i 5 de febrer de 2008, segons la qual «la necesidad de indicar en el escrito de preparación la infracción legal a que se refiere el art. 479 LEC 2000, (es una) exigencia que resulta asimismo precisa para conocer la exacta pretensión impugnatoria, que debe quedar

delimitada en la fase inicial del recurso, de modo que en la interposición del mismo se argumentará sobre las vulneraciones normativas que se dejaron especificadas en el escrito preparatorio (o parte de ellas, pero no sobre otras), según se desprende del propio art. 481.1 de la LEC 2000, cuando se refiere a que “se expondrán [...] sus fundamentos”, precepto que necesariamente ha de ponerse en relación con el reiterado art. 479, apartados 2, 3 y 4 de la LEC 2000 y que, en correcta técnica casacional, implica plantear al Tribunal Supremo cuestiones jurídicas sustantivas, de un modo preciso y razonado, sin apartarse de los hechos, pero siempre con referencia a las infracciones previamente invocadas en el escrito de preparación (nunca distintas)».

Quant al segon motiu, la Sentència del Tribunal de Cassació coincideix amb el criteri mostrat en la Sentència de l'Audiència, considerant que, de fet, no va existir una autèntica convivència amb els requisits de l'art. 1 de la Llei 18/2001, que defineix les parelles estables com les unions de dues persones que conviuen de forma lliure, pública i notòria, en una relació d'afectivitat anàloga a la conjugal.

En aquest sentit, argumenta la Sentència que «el art. 13 de la L. 18/01 vincula estrictamente la sucesión a la convivencia, pues reza que “tanto en los supuestos de sucesión testada, como en los de intestada, la conviviente que sobreviva al miembro de la pareja premuerto tiene los mismos derechos que la Compilación del Derecho Civil Balear prevé al cónyuge viudo”, y esta Sala, en su sentencia de 27 de Julio de 2009, ya dijo, pese a que el tema a decidir se refería al art. 45 de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares, que “la convivencia [...] constituye el presupuesto indispensable de los derechos que la L. 18/01 otorga al sobreviviente en caso de fallecimiento del otro».

No hi ha, per tant, infracció de l'art. 8 —dedicat a l'extinció de la parella estable— sinó absència de la convivència necessària perquè aquesta es pugui considerar vàlidament constituïda. La part recurrent havia argumentat que, donada la inscripció de la parella estable en el Registre especial, la causa d'extinció consistent en la falta de convivència per un període de temps

superior a un any (art. 8.c) «no opera ipso iure ni de forma automàtica, en clara coherència con el caràcter constitutiu de la inscripció», a la qual cosa respon la Sentència que «el cese efectivo de la convivencia conyugal [...] es un hecho que, por su propia naturaleza, se produce extraregistralmente, y que, aunque pueda tener su reflejo en el Registro y dar lugar a la cancelación de la inscripción, ésta será simple consecuencia, sin que pueda sostenerse que sea tal cancelación, cuyo carácter se revela no constitutivo, la que extinga la pareja estable».

Comentari: Sentència, en principi, interessant, per ser la primera del nostre Tribunal de Cassació sobre la Llei de parelles estables, si bé la de 24 de març de 2010 s'havia referit al seu art. 9.2 com a norma a aplicar també al règim economicomatrimonial per via de l'*analogia legis*.

La desestimació del primer motiu per raons processals és absolutament correcta d'acord amb la normativa vigent en aquell moment, ja que no es considerava possible que un recurs de cassació preparat per la infracció d'una norma legal es pogués després interposar en base a la infracció d'una norma distinta. El fonament de la doctrina indicada en la Sentència estava en la necessària coherència entre els dos escrits, ja que, precisament, s'hauria admès el recurs per una determinada infracció normativa que no és la que després el fonamenta, tot i que no es produïa indefensió per a la part recorreguda, ja que tant es podia oposar a l'admissió del recurs al comparèixer al davant del Tribunal de Cassació (art. 480.2) com després formalitzar oposició en l'escrit d'interposició del recurs (art. 485.1).

Però no es pot deixar de reconèixer que era una complicació la separació de dues etapes (preparació i interposició) dintre del iter del recurs. Per això, amb bon criteri, la Llei 37/2011, de 10 d'octubre, ha suprimit el tràmit de preparació i l'art. 479 es refereix directament a la interposició del recurs de cassació.

Quant a la qüestió de fons, pareix que la relació entre el senyor J i la senyora H va ser particularment atípica des que el senyor J es va traslladar a viure a Mallorca des de Veneçuela, on —segons la demanda— va haver una

convivència de més de deu anys. I era anòmla perquè la senyora H no va ser mai resident a Espanya, sinó que venia amb visat de turista i, en caducar, tornava a Veneçuela, on passava mesos —particularment, per atendre la seva anciana mare— i després tornava a Mallorca, i així successivament; això era acceptat pel senyor J, fins al punt que el 14 de maig de 2004 es varen inscriure en el Registre de Parelles Estables. El senyor J va morir el 3 d'abril de 2006 sense haver atorgat testament, contemplant el plet la lluita per la seva herència entre la senyora H i els nebots del senyor J.

Les sentències dictades han resolt la controvèrsia considerant que no s'estava davant d'una convivència amb els requisits de l'art. 1 de la Llei 18/2001, segons el qual ha de ser lliure, pública i notòria amb una relació d'afectivitat anàloga a la conjugal. I si bé l'art. 1.2 es cuida de dir que la inscripció en el Registre especial té caràcter constitutiu, és evident que, per a l'aplicació de la Llei —i, en aquest cas, de l'art. 13 de la mateixa, que situaria a la senyora H en el lloc de la viuda— no basta una mera inscripció, sinó que és necessari que es doni una convivència amb els requisits que la pròpia Llei exigeix.

A més del que s'acaba de dir, s'ha de tenir en compte que, una vegada formalitzada la inscripció en el Registre especial el 14 de maig de 2004, varen continuar fent el règim de vida anterior, i va quedar acreditat que no va existir convivència des del 17 de gener de 2005 fins a la data de la mort del senyor J (3 d'abril de 2006), per la qual cosa —assenyala la Sentència de l'Audiència com a argument de reforç— en el cas d'haver existit una parella estable amb tots els requisits, hauria operat la causa d'extinció de l'art. 8.c, per haver cessat la convivència durant un període superior a un any.

2. INTERLOCUTÒRIA DE 14 DE SETEMBRE DE 2011. Ponent: Sr. Muñoz Jiménez. *INADMISSIBILITAT DEL RECURS DE CASSACIÓ PER FONAMENTAR-SE EN UNA QÜESTIÓ NOVA, PLANTEJADA PER PRIMERA VEGADA EN L'APEL·LACIÓ I ABSENT DE LA PRIMERA INSTÀNCIA. ÉS CONSIDERA TAL LA QUE SUPOSA MODIFICACIÓ DE LA CAUSA PETENDI. APLICABILITAT DINTRE DEL NOSTRE DRET DE LA USUCAPIÓ ROMANA.*

Resum dels fets: interposada demanda exercitant l'acció derivada de l'art. 564 Cc (finca enclavada) i demandant, a més, que el pas sigui per la finca contigua «ya que era a través de la citada finca por donde se tenía derecho de paso desde el año 1878», la pretensió va ser desestimada pel Jutjat de Primera Instància núm. 21 de Palma i per la Secció 3a de l'Audiència Provincial. Interposat recurs de cassació, el Tribunal declara la inadmissió del recurs per plantejar una qüestió nova, barrejar qüestions de fet i de dret sense estructurar-les en motius separats i pretendre una nova valoració dels fets acreditats a la instància.

Fonamentació jurídica: en el recurs de cassació es pretenia introduir la possibilitat que s'hagués adquirit la servitud activa de pas per la *longui temporis praescriptio* derivada del Digest 8, 5, 10, en base a la qual bastaria la possessió durant 10 o 20 anys, segons tingués lloc entre presents o absents.

El Tribunal de Cassació rebutja la pretensió tot dient que es tracta d'una qüestió nova, ja que «la solicitud de que se revoque en apelación la resolución de instancia ha de deducirse, en efecto, “con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el Tribunal de primera instancia” (art. 456.1), lo que excluye de plano la invocación de fundamentos distintos de aquéllos. En grado de casación, de su lado, una doctrina jurisprudencial inveterada proclama el rechazo tajante de las cuestiones nuevas, entendiendo por ellas aquellas cuestiones fácticas o jurídicas, procesales o de fondo, que pudiendo ser discutidas sólo a propuesta de parte no fueron, sin embargo, planteadas en la instancia ni resueltas, consiguientemente, en la sentencia recurrida».

Continua raonant la interlocutòria que «resulta meridiano, pues, que la demanda ejercita una acción constitutiva de la servidumbre legal de paso que contempla el art. 564 del Código civil, y choca por fuerza que el actual recurso lo niegue. Es sumamente dudoso, en cambio, que la demanda articule a la vez una acción confesoria de servidumbre de paso ganada por prescripción inmemorial antes del Código civil. Esta segunda acción sólo puede entenderse promovida, a lo más, de manera implícita [...]. Lo indiscutible, en cualquier caso, es que la demanda en absoluto fundó la adquisición del discutido derecho de paso en la usucapión ordinaria proveniente de la aplicación de las normas del derecho romano justiniano relativas a las servidumbres discontinuas, cuerpo legal que no menciona, del mismo modo que tampoco utiliza las expresiones “prescripción adquisitiva” o “usucapión” en parte alguna». D’aquesta manera —conclou la resolució— «cuando la actora basó su recurso de apelación en que había consolidado su derecho de paso antes de la entrada en vigor en 1961 de la Compilación de Derecho Civil de Baleares por posesión continuada del mismo durante veinte años entre ausentes y diez entre presentes conforme al derecho romano justiniano, trató de dotar a su pretensión de un fundamento de derecho distinto de los empleados en primera instancia, variando la inicial causa de pedir. Tal posibilidad deviene procesalmente inadmisibile, dado que introduce una cuestión nueva que trastoca de manera sustancial el objeto del litigio [...]».

De totes maneres, s’han de tenir en compte, a més, les deficiències probatòries que es donaren en el cas, ja que, acaba dient la interlocutòria que es comenta que «la sentencia recurrida, en fin, concluye, ratificando el criterio fáctico de la de primera instancia, que no está acreditado el paso por la finca de los demandados antes de la entrada en vigor de la Compilación de 1961, por cuanto que los testigos han sido incapaces de delimitar el camino, su trazado y desde cuándo se venía utilizando, y faltan además en la citada finca signos aparentes de la existencia del camino».

Comentari: la interlocutòria ens enfronta a un cas en què el Tribunal de Cassació no es va poder pronunciar sobre la molt interessant qüestió de fons plantejada (l'aplicabilitat dintre del nostre dret de la prescripció romana —10 o 20 anys— en lloc de la prescripció immemorial) degut a impediments de caràcter processal, sobre la base que tal qüestió no va ser plantejada a la instància. No hi pot haver dubte que es va modificar la *causa petendi* quan l'actora la va incorporar al recurs d'apel·lació, ja que l'adquisició del dret a passar mitjançant la possessió de tan sols 10 o 20 anys havia estat absent del plet en la seva tramitació en primera instància. És per això que la decisió del Tribunal de Cassació és absolutament correcta. Aquesta doctrina ens recorda la conveniència d'indicar en la demanda totes les possibles causes que poden servir de fonament al *petitum*.

S'ha de tenir en compte, però, que una cosa és la *causa petendi* i una altra les normes a aplicar al cas. En aquest sentit, el nostre Tribunal de Cassació ens recorda —en la Sentència 2/2006, de 28 de febrer— que «el principio de congruencia no impone sino una racional adecuación del fallo a las pretensiones de las partes y a los hechos que las fundamentan, pero no una literal concordancia; por lo que, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a la base fáctica aportada, el órgano jurisdiccional está facultado para establecer su juicio crítico de la manera que entienda más ajustada, pudiendo aplicar normas distintas e incluso no invocadas por los litigantes, a los hechos por los mismos establecidos; pero sin que la observancia de estos principios pueda entenderse de manera absolutamente libre e ilimitada, ya que siempre ha de estar condicionada al componente fáctico de la acción ejercitada, entendiéndose por tal los hechos alegados por las partes y que resulten probados, así como la inalterabilidad de la *causa petendi* [...]».

Quant al molt interessant tema de la possible aplicació, en el nostre Dret, de la prescripció adquisitiva romana en lloc de la prescripció immemorial del Codi civil, cal recordar que la trobem perfectament explicitada —si bé com a *obiter*

dictum— en la Sentència 98/2007, de 14 de març, de l'Audiència Provincial (Secció 3a), la qual va ser objecte de comentari en el núm. 6 d'aquesta *Revista*.

B. Secció Quarta de l'Audiència Provincial

1. *SENTÈNCIA NÚM. 1/2011, D'11 DE GENER. Ponent: Sr. Artola Fernández. PRESCRIPCIÓ DE L' ALOU. POSSIBILITAT DE PRESCRIPCIÓ RESPECTE DE LES TRANSMISSIONS REALITZADES ABANS DE LA LLEI 8/1990, DE 28 DE JUNY.*

Resum dels fets: l'any 2008 es presenta demanda sol·licitant que es declari prescrit l'alou existent sobre un solar del poble V, raonant que la transmissió del domini útil de la finca a favor del demandant va tenir lloc el 12 d'abril de 1990 i la inscripció en el Registre de la Propietat el 31 de maig del mateix any, i no es va pagar ni es va reclamar el lluïisme, com tampoc no es va reclamar ni pagar a conseqüència de la transmissió anterior, que va tenir lloc el 22 de maig de 1979.

La demanda va ser desestimada pel Jutjat 2 de Manacor, però l'Audiència Provincial (Secció quarta) va revocar la sentència declarant prescrit l'alou.

Fonamentació jurídica: la Sentència aplica la doctrina de la Sentència 2/2001, d'11 d'octubre de la Sala Civil i Penal del nostre TSJ, la qual proclama que «la regla general de irretroactividad obliga, salvo expresa disposición en contrario, a atender a la fecha origen del derecho para determinar la norma que le es aplicable; considerando, en el caso de autos, que era menester que la última transmisión onerosa de la finca alodial fuera posterior al momento en que la prescripción del alodio había devenido legalmente posible, a no ser que se trate de alodios que, a raíz de enajenación realizada antes de la referida fecha, hayan generado un derecho de laudemio en curso de prescripción al tiempo de entrar en vigor la nueva norma y al que le falten cinco o más años para agotar la totalidad de su plazo prescriptivo inicial».

La Sentència de l'Audiència aplica aquesta doctrina al cas contemplat, i considera que, a pesar de ser la transmissió i la inscripció en el Registre de la finca alodial anterior a la llei reformadora, no havia prescrit el dret a reclamar el lluïisme quan legalment es va introduir la possibilitat prescriptiva dels alous. I per aquesta raó revoca la sentència d'instància i estima la demanda de prescripció.

Comentari: el cas contemplat per la Sentència era clar ja que s'estava davant d'una transmissió realitzada molt poc temps abans de la llei que va introduir la prescripció. Però, pel que fa a les transmissions anteriors a la llei esmentada abans, fins a on es pot dur el límit temporal perquè pugui operar la prescripció? En la Sentència del nostre Tribunal de Cassació s'exigeix que, al temps d'entrar en vigor la nova norma (6 d'agost de 1990), no hagués prescrit el dret a reclamar el lluïisme i faltin 5 anys o més per exhaurir el termini prescriptiu inicial. La referència a aquests 5 anys ve motivada perquè ha d'haver transcorregut el termini de prescripció que va establir la llei reformadora de 28 de juny de 1990.

Si es té en compte que el lluïisme es podia reclamar mitjançant una acció real, que, com a tal, tenia un termini de prescripció de 30 anys (art. 1.963 Cc), això ens podria dur a la conclusió que totes les transmissions efectuades 25 anys abans del 6 d'agost de 1990 podrien donar lloc al plantejament de la prescripció, si realment no s'ha pagat ni reclamat el lluïisme. Crec que no es pot dubtar de l'existència —en del marc de la Compilació de 1961— d'aquest termini de prescripció de 30 anys, ja que es dedueix tant de l'art. 1.623 Cc, per remissió de l'art. 55 de la Compilació de 1961, com pel fet d'indicar el seu art. 60 que, quant a les pensions del cens, es podran reclamar les dels darrers 29 anys i anualitat corrent, termini que també seria aplicable —via *analogia legis*— al lluïisme, a falta de disposició expressa de la Compilació de 1961.

Interpretada d'aquesta manera, la Sentència 2/2001, d'11 d'octubre, del nostre Tribunal de Cassació no es pot considerar restrictiva de les possibilitats de prescripció, com s'ha dit per part d'alguns autors, ja que la permetria respecte de les transmissions efectuades els 25 anys anteriors a la entrada en

vigor de la Llei 8/1990, de 28 de juny, a més de ser tècnicament correcta, ja que la Llei reformadora no va expressar cap especial eficàcia retroactiva en aquest punt concret; i ja es sabut que, en aquest cas, la regla general és la irretroactivitat.

De totes maneres, no es pot oblidar la incidència de la Llei 3/2010, de 7 de juny, de constatació dels censos i alous i extinció dels inactius, que ja no farà necessari, en moltes ocasions, acudir a la prescripció per a l'extinció d'aquests drets.

III. Civil

Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 178/2011, DE 20 D'ABRIL. Ponent: Sr. Rosselló Llaneras. ES CONSIDERA DESISTIMENT DEL CONTRACTE D'ARRENDAMENT L'ENTREGA DE LES CLAUS DE LA CASA, SEGUIDA DEL SILENCI DE L'ARRENDADOR.

Resum dels fets: l'arrendador, un cop resolt el contracte d'arrendament, va interposar demanda en la qual reclamava la devolució de la fiança. La part arrendatària es va oposar al·legant que hi havia hagut danys i, a més a més, va formular reconvençió per les rendes no pagades fins al final del període pactat. La sentència de primera instància considera no provada l'existència de danys, per la qual cosa estima la demanda i desestima la reconvençió. Apel·la l'arrendador en reclamació de les rendes, però el recurs no triomfa ja que el Tribunal entén que el silenci de l'arrendador que va seguir a la entrega de claus per part de l'arrendatari és un acte de part que demostra la voluntat de desistir del contracte.

Fonamentació jurídica: l'art. 11 de la Llei d'arrendaments urbans de 1994 regula la facultat de l'arrendatari de desistir del contracte sempre que es tracti d'arrendament d'habitatge de duració pactada superior als cinc anys i hagués ja transcorregut aquest període, sempre que es doni el corresponent preavís a l'arrendador amb una antelació mínima de dos mesos, sense necessitat, per part de l'arrendatari, d'explicar i menys de justificar la seva decisió de desistir. Aquest desistiment tan sols generarà indemnització a favor de l'arrendador si així s'hagués pactat en el contracte. Fora d'aquests casos, l'arrendatari que desisteix unilateralment i anticipadament del contracte vendrà obligat a indemnitzar l'arrendador pels danys i perjudicis derivats de l'incompliment del termini pactat, indemnització que la jurisprudència limita generalment a les rendes deixades de percebre des de l'abandonament de l'habitatge fins que es

llogui de bell nou, o la modera si l'abandonament anticipat respon a una causa justificada en aplicació de l'art. 1.103 del Codi Civil.

Segons el que s'ha exposat, assisteix raó a l'arrendador recurrent quan sol·licita una indemnització per la rescissió anticipada del contracte sense causa justificada i sense preavis per part de l'arrendatària.

Ara bé, en aquest cas, el que es planteja és si som davant un desistiment del contracte o davant una extinció anticipada de mutu acord. Aquesta última tesis es basaria en la recepció de les claus sense protesta per part de l'arrendador fins que se li va reclamar la devolució de la fiança. En efecte, l'entrega de claus seguida del silenci de l'arrendador és interpretada com a manifestació tàcita del consentiment de l'arrendador, del seu desistiment del contracte, tant en la sentència de la instància com en la de l'alçada.

Comentari: la jurisprudència, en general, nega efectes jurídics al silenci. Però, no en el cas de l'actuació de l'inquilí d'entregar les claus. El Tribunal Suprem ha considerat que aquest acte d'entrega de les claus genera una situació en la qual es requereix una resposta per part de l'arrendador. En aquests supòsits, diu la sentència de l'Alt Tribunal de 9 de juny de 2004 «si el que debe y puede hablar, calla, ha de reputarse que concede, en aras de la buena fe».

La sentència de l'Audiència Provincial fa aplicació d'aquesta doctrina.

2. RESOLUTÒRIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 68/2011, DE 22 DE MAIG. Ponent: Sr. Sola Ruiz. NO ES COMPUTEN ELS DIES INHÀBILS EN EL TERMINI PER INTERPOSAR RECURS D'APEL·LACIÓ CONTRA UNA RESOLUTÒRIA DICTADA EN EXPEDIENT DE JURISDICCIO VOLUNTÀRIA.

Resum dels fets: en l'escrit inicial d'un incident concursal es va promoure expedient de jurisdicció voluntària sol·licitant la convocatòria de junta general extraordinària d'una societat. L'expedient va finalitzar en primera instància amb una resolutòria que denegava la petició. La part promovent de l'incident va

apel·lar, però l'apel·lada, en l'escrit d'oposició al recurs, va suscitar la qüestió de la seva inadmissibilitat per haver-se presentat fora de termini, donat que, tractant-se d'un expedient de jurisdicció voluntària, s'han de computar, també, els dies inhàbils.

Fonamentació jurídica: és cert que l'art. 1812 de la Llei d'enjudiciament civil de 1881 establia que «per a les actuacions de jurisdicció voluntària són hàbils tots els dies i hores, sense excepció». Però, aquest precepte no resulta d'aplicació per a la tramitació del recurs ja que, segons estableixen les disposicions transitòries primera i segona de la Llei d'enjudiciament civil de 2000, el règim dels recursos no es regeix per la legislació processal anterior sinó per les disposicions d'aquesta darrera llei, la qual, als efectes de la substanciació de l'apel·lació, ordena descomptar els dies inhàbils (art. 457 i s. i art. 151 i 153, tots ells de la Llei d'enjudiciament civil, així com els art. 182 i s. de la Llei orgànica del poder judicial).

Comentari: amb aquesta resolutòria el Tribunal ratifica el que ja va dir en la seva resolució de 19 de setembre de 2009 i fixa així criteri en una matèria en la qual la legislació i el retard en la promulgació d'una nova llei de jurisdicció voluntària podien donar lloc a interpretacions contràries.

*3. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ QUARTA NÚM. 222/2011, DE 16 DE JUNY.
Ponent: Sr. Fernández Alonso. LA SERVITUD NEGATIVA DE LLUM I VISTES NO S'ADQUIREIX PER PRESCRIPCIÓ ADQUISITIVA SI NO S'HA PRODUÏT L'ACTE CONTRADICTORI, PERÒ TRANSCORREGUTS 30 ANYS, EL PROPIETARI DEL PREDI SERVENT NO POT DEMANAR QUE EL FORAT ES TANQUI ENCARA QUE NO COMPLEIXI ELS REQUISITS DE L'ARTICLE 581 DEL CODI CIVIL.*

Resum dels fets: el demandat va obrir un forat en paret pròpia, que supera les dimensions establertes en l'art. 581 Cc (30 x 30 cm.). L'actor propietari confinant exercita acció negatòria de servitud mitjançant la qual sol·licita es tanqui el forat.

La demandada va oposar l'excepció de prescripció. El Jutjat de primera instància va rebutjar la prescripció i, en conseqüència, va estimar la demanda.

La sentència de l'Audiència estima l'excepció de prescripció extintiva i, conseqüentment, desestima la demanda.

Fonamentació jurídica: la sentència deixa ben clar que ens trobem davant una servitud negativa donat que el forat va ser obert en paret pròpia. Això vol dir que el *dies a quo* per al còmput del termini de la prescripció adquisitiva és el moment en què el propietari del predi dominant hagi impedit, per un acte formal, al del servent, l'execució d'un fet que seria lícit sense la servitud (art. 538 Cc). Com que aquest fet obstatiu no ha tingut lloc, el demandat no ha adquirit la servitud de llum i vistes.

No obstant això, al no haver exercitat el propietari del predi suposadament servent, en el termini de 30 anys, cap acció dirigida a que es tanqués el forat per contravenir les disposicions de l'art. 581 Cc, entén la sentència de l'Audiència, que aquesta acció ha prescrit.

Comentari: la sentència fa aplicació de la doctrina recollida en una sentència del Tribunal Suprem de 16 de setembre de 1997 que deixa el propietari del predi sobre el qual s'ha obert el forat en una situació antagònica: d'una banda, no pot demanar que es tanqui perquè a romàs passiu durant més de 30 anys, però, d'altra banda sí pot construir en la seva finca tapant el forat obert pel seu veïnat.

4. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ CINQUENA NÚM. 216/2011, DE 20 DE JUNY. ES DECLARA LA NUL·LITAT D'UN SWAP PER MANCA D'INFORMACIÓ AL CLIENT DEL BANC.

Resum dels fets: una empresa del sector turístic insta la nul·litat d'un contracte de permuta financera, o *swap*, de tipus d'interès celebrat amb una entitat bancària. La sentència de primera instància estima la demanda.

L'Audiència desestima el recurs d'apel·lació interposat pel banc contra sentència del jutjat.

Fonamentació jurídica: la sentència del Tribunal conté una descripció detallada del contracte de *swap* de tipus d'interès (*Interest rate swap*). Considera com a tal «un contracte subscrit entre dues parts, usualment un banc i una empresa, encara que també poden ser dues empreses, que acorden intercanviar sobre un capital nominal de referència (*Principal National Amount*) els imports resultants d'aplicar un coeficient diferent per cada un d'ells sobre l'esmentat capital, a un termini determinat. Aquests coeficients es denominen tipus d'interès, com és usual en el mercat financer, encara que no ho són, ja que no existeix cap préstec de capital acordat, el qual es queda únicament com a quantum de referència. La finalitat del contracte és possibilitar que les empreses millorin el seu finançament evitant, en la mesura del possible, les pèrdues que puguin patir degut a les modernes i freqüents fluctuacions dels tipus d'interès, de manera que essent una empresa prestatària, per exemple, a tipus fix, i tot esperant una propera caiguda generalitzada dels tipus d'interès, pugui contractar amb una entitat financera un límit o quantum d'import idèntic, a interès variable, per un termini convenient, tot pactant que aquesta última li pagarà els diferencials en cas de caure, efectivament els tipus, o bé, al contrari, obtenir un tipus fix quan es té subscrit un tipus variable presumiblement desfavorable».

La Sala declara la nul·litat del contracte per entendre que no s'havia informat degudament al client. Es basa en la infracció, per part de l'entitat bancària, del deure de transparència establert en la Llei del mercat de valors, singularment en els seus art. 78, 78 bis, 79 i 79 bis, aplicació que es considera adient donada la naturalesa d'«instrument financer derivat» que tenen els *swaps*; i això malgrat la polèmica, a la qual al·ludeix la mateixa sentència, sobre si aquesta normativa és tan sols administrativa o també civil.

Resulten significatives aquestes paraules del fonament jurídic quart de la sentència: «Simplement, no pot ser que el client es limiti a donar el seu

consentiment, a cegues, confiat en la bona fe del banc, a unes condicions les futures conseqüències de les quals no pot valorar amb proporcionada racionalitat per falta d'informació que el banc sí posseeix».

Comentari: la sentència és exemple de tot un seguit de resolucions de l'Audiència de Balears que declaren la nul·litat dels *swaps*, sempre per informació insuficient determinant d'error, considerat aquest com una falsa representació de la realitat sobre la naturalesa del contracte i sobre la prognosi de l'evolució dels tipus d'interès intercanviats objecte de la permuta financera.

Tant la Sentència de la Secció Tercera, de 5 d'abril de 2011, com la de la Secció Cinquena, de 20 de juliol del mateix any, segueixen aquesta línia. No és una coincidència que, en el cas contemplat en la primera de les sentències esmentades, el director de la sucursal en la qual es va subscriure el *swap* declarés que no sabia descriure el producte al detall, i que en la segona resolució es doni com a fet provat que aquest producte financer derivat es va vendre com a assegurança per evitar la fluctuació dels tipus d'interès quan, en realitat, el seu efecte no es reduir sinó, al contrari, augmentar l'*aleas* ja que aquesta modalitat de *swap* és, en definitiva, una aposta sobre l'evolució futura dels tipus d'interès.

5. RESOLUTÒRIA DE LA SECCIÓ TERCERA NÚM. 82/2011, DE 6 D'OCTUBRE. Ponent: Sr. Gómez Martínez. L'ADJUDICACIÓ DE LA FINCA A L'ENTITAT BANCÀRIA, FETA EN EL PROCÉS D'EXECUCIÓ HIPOTECÀRIA, NO EQUIVAL A LA DACIÓ EN PAGAMENT.

Resum dels fets: l'entitat creditícia actora va interposar demanda d'execució hipotecària en reclamació d'un deute de 518.430,00 € en concepte de principal i interessos vençuts, i de 79.000,00 € provisionalment fixats per a costes i interessos de demora.

Com que no hi va haver postor, l'executant es va adjudicar la finca per 431.950,00 €, la meitat del preu assenyalat en l'escriptura de préstec amb

garantia hipotecària per al supòsit que aquesta s'hagués d'executar. Com a conseqüència, els executats encara devien a l'executant la suma de 86.000 €.

La part executada va interposar recurs contra el decret de la secretària del jutjat aprovant l'adjudicació i contra la resolutòria de la jutgessa de primera instància confirmatòria del decret.

El recurs pretén que es consideri l'adjudicació com una dació en pagament i cita com a fonament la resolutòria 11/2010 de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Navarra, que, al seu torn, es basa en la doctrina dels actes propis —l'entitat creditícia havia fixat un preu de la finca molt superior—, l'evitament de l'abús de dret i de l'enriquiment injust —el banc rep un immoble que supera amb escreix la quantitat deguda— i la realitat social com a criteri d'interpretació de les normes —de l'art. 3.1 Cc—, que obligaria a tenir en compte la crisi econòmica que ha esclatat entre la signatura de l'escriptura i l'execució de l'hipoteca.

Fonamentació jurídica: la Sala rebutja l'aplicació de la figura de la dació en pagament. Menciona que ja en la seva Sentència de 4 de setembre de 1997, la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Balears va acordar una solució semblant a la de la resolutòria 111/2010 de la Secció Segona de l'Audiència Provincial de Navarra, però aquesta resolutòria va ser cassada pel Tribunal Suprem en la Sentència de 8 de juliol de 2003. El Tribunal Suprem, en la seva Sentència de 22 de setembre de 2008, on es rebutja la possibilitat d'apreciar en aquests casos la figura del enriquiment injust, indica que si les parts ho haguessin volgut, haguessin pogut pactar la limitació de la responsabilitat del debitor al valor de la finca hipotecada, tal com ho permet l'art. 140 de la Llei hipotecària i, si això no es fa, la responsabilitat és universal ja que així ho disposen l'art. 105 de la Llei hipotecària i l'art. 1.911 Cc.

A més, la Secció Tercera de l'Audiència Provincial de Balears argumenta que la dació en pagament era una opció a l'abast del legislador quan recentment, el Reial decret llei 8/2011, d'1 de juliol, va modificar, entre d'altres, l'art. 671 de la Llei d'enjudiciament civil que regula l'adjudicació de la finca

hipotecada en cas d'absència de postors. Doncs bé, el Parlament no va optar per la dació en pagament, limitant-se a pujar del 50 al 60% el percentatge del preu d'adjudicació.

La Sala entén que aquesta modificació demostra que ens trobem davant un problema que ha de resoldre el legislador, que ho ha fet d'una manera diferent a la que propugna l'apel·lant, i que el tribunal no es pot separar de les prescripcions del legislador ja que això significaria obviar el sistema de fonts del dret i de primacia de la llei propis del nostre ordenament jurídic.

Comentari: està clar que la Sala rebutja la tesi de la dació en pagament i que així s'alinea amb la resolutòria de la Secció 3a de la mateixa Audiència Provincial de Navarra de 28 de gener de 2011, contrària a la de la Secció 2a en la qual es basava el recurs d'apel·lació.

IV. Penal

Audiència Provincial

1. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 92/2011, D'1 DE SETEMBRE. Ponent: Sr. Jiménez Vidal. BLANQUEIG DE CAPITALS EN LES SEVES MODALITATS DOLOSA I IMPRUDENT.

Resum dels fets: com a resultat de tres diligències d'entrada i registre practicades a iniciativa d'un tribunal de justícia italià, es varen obtenir substàncies estupefaents. Aquesta dada, unida a la condemna prèvia a Itàlia d'un dels acusats per tràfic d'aquestes mateixes substàncies, a la tinença d'elevades sumes dineràries, a l'entramat de societats constituïdes i a la realització de compres immobiliàries i d'automòbils, va cimentar la convicció del Tribunal en torn al fet que els guanys obtinguts del tràfic de estupefaents era objecte de rentat per part d'alguns dels acusats, als qui es condemna per blanqueig dolós de capitals. Pel contrari, se absol als qui van ser acusats del mateix delictes en la seva modalitat imprudent per haver constituït a Eivissa una societat i haver transmès quatre dies després les seves participacions a alguns dels que han estat condemnats.

Fonamentació jurídica: A) *Quant a la modalitat dolosa:* «El número primero del artículo 301 exige que se tenga conocimiento de que los bienes tienen su origen en una actividad delictiva. Es preciso pues que se quiera ocultar o encubrir el origen ilícito del bien o ayudar a las personas que hayan participado en el delito a eludir las consecuencias legales de sus actos. El delito no exige, aunque lo admite, el ánimo de lucro. Sólo exige en el autor el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero, conocimiento no necesariamente concreto, bastando el genérico (STS 22.5.2009). El tipo agravado requiere el conocimiento de que la procedencia del dinero es el tráfico de drogas. No se exige el dolo directo, bastando el eventual (STS 22.3.2010); incluso es suficiente la ignorancia deliberada inserta en el dolo eventual (SSTS 22.7.2003

y 19.1.2005 y 28.1.2010), es decir, la de quien debiendo y pudiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración y se hace partícipe (SSTS 10.1.2000, 22.5.2002, 17.2.2003, 20.3.2003, 30.4.2003, 29.5.2003 y 27.1.2009). El conocimiento deberá alcanzar de forma genérica al origen de las cantidades en el tráfico de drogas, cuando se aplique el subtipo agravado (STS 13.1.2006). No se exige un conocimiento preciso o exacto del delito previo (que de ordinario sólo se dará cuando se integren en organizaciones criminales amplias con distribución de tareas delictivas), sino que basta con la consciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que el origen del dinero es un delito. Las SSTS de 10.1.2000 y 18.12.2001 destacan que el único dolo exigible al autor y que debe objetivar la Sala sentenciadora es precisamente la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de que la procedencia de los bienes es un delito, o el tráfico de drogas cuando se aplique el subtipo agravado previsto en el artículo 301.1 [...] no hay ninguna posibilidad de que creyesen que las grandes sumas de dinero manejado eran de origen legal. Ninguno de ellos realizó ninguna actividad lícita de provecho en el período investigado. En el delito de blanqueo de capitales basta el dolo eventual para conformar el tipo subjetivo. Incluso la ignorancia deliberada de quien, debiendo y pudiendo conocer la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración y se hace partícipe. En el subtipo agravado el conocimiento deberá alcanzar, de forma genérica a la procedencia del tráfico de drogas, no se exige un conocimiento preciso. No puede alegarse indiferencia ante lo evidente. El único dolo exigible al autor, que se debe objetivar, es la existencia de datos o indicios bastantes para poder afirmar el conocimiento de que la procedencia de los bienes es delictiva o, en su caso, que procede del tráfico de drogas. [...] Según la jurisprudencia (SSTS 16.12.2008, 26.2.2009, 26.10.2009, 28.1.2010 y 22.3.2010), los criterios más comunes para inferir la concurrencia de los supuestos fácticos del tipo penal son los siguientes: 1.- La cantidad del capital que es lavado o blanqueado [...] 2.- Vinculación o conexión con actividades ilícitas o con personas o grupos

relacionados con las mismas [...] 3.- Aumento desproporcionado del patrimonio del sujeto durante el período al que se refiere dicha vinculación o el manejo de una elevada cantidad de dinero en efectivo y una dinámica de transmisiones como signo que evidencian operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias. [...] 4.- Inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias. [...] 5.- La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso abundante de dinero en metálico. [...] 6.- La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales. [...] 7.- La existencia de sociedades pantalla o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas. [...] En suma, los indicios que requiere la jurisprudencia se dan en este caso con precisión quirúrgica. Ninguno de los tres acusados a los que nos venimos refiriendo hace nada distinto a enriquecerse y crear sociedades pantalla. Todos cuentan con poderes generales de los otros, que son utilizados a conveniencia. Los bienes se confunden en las sociedades. Todas ellas tienen a [...] sus aportaciones como elemento común. Este dispone de las cuentas bancarias, cualquiera que sea el titular, a su antojo. Ingresas y retira efectivo, realiza transferencias, compra y vende divisas, hace aportaciones a sociedades, realiza compras figurando otro socio en la factura. Nadie posee un patrimonio diferenciado, ajeno al entramado. Del análisis de los movimientos de las diversas cuentas y de las inversiones y compras realizadas se desprende que nada pertenece de forma privativa a ninguna de las acusadas. Los bienes se incorporan a sociedades conjuntas y las cuentas son operadas por cualquiera de ellos. Por último, [...] reconoció que en local por él arrendado se encontraban la droga, utensilios para su preparación y un millón de euros procedentes del narcotráfico y que el tráfico de 100 kilogramos de cocaína podía reportarle unos beneficios de dos millones de euros. Esta actividad delictiva es la única que puede originar la enorme acumulación de capital relatada. En la inversión y transmisión del dinero conseguido han participado los tres acusados en la forma señalada».

B) *Quant a la modalitat imprudent*: «Esta modalidad de culpa, en la forma que está establecida, ha sido calificada de cuestionable por la jurisprudencia (SSTS 23.11.2007 y 27.1.2009). Se discute cuál es el origen del deber objetivo de cuidado exigible y quienes son los sujetos destinatarios de las reglas de prudencia. La norma no distingue en cuanto a los posibles destinatarios de las reglas de prudencia, por lo que, en principio puede serlo cualquier persona que contribuya al resultado del blanqueo de dinero, siempre que incurra en grave dejación del deber de diligencia exigible o meramente esperable de una persona normal. La distinción entre imprudencia grave y leve radicará en la gravedad de la infracción de la norma de cuidado. Se caracterizará la primera por la omisión de toda precaución. Se mantiene con acierto que el tipo reviste caracteres de un delito especial, entendiendo que su comisión sólo será posible por personas cuya conducta sea ilícita por infracción de normas de cuidado exigibles legal o reglamentariamente por el desempeño de determinadas actividades con carácter profesional. En concreto habrá que atender a las obligaciones y sujetos obligados en la Ley de Prevención de Blanqueo de Capitales (en el momento en que ocurrieron los hechos estaba vigente la Ley 19/1993). En caso de no existir infracción de deberes específicos, se deberá acreditar cómo se produjo la infracción del deber de cuidado y su grado de gravedad (SSTS 17.6.2005, 1.2.2007 y 23.11.2007). Señala la STS de 22.10.2009, tras reflexionar sobre las dificultades dogmáticas que presenta el blanqueo por imprudencia, que se exige que la imprudencia sea grave, es decir, temeraria. En este tipo no es exigible que el sujeto sepa la procedencia de los bienes, sino que por las circunstancias del caso esté en condiciones de conocerlas sólo con observar las cautelas propias de su actividad y, sin embargo, haya actuado al margen de tales cautelas o inobservando los deberes de cuidado que le son exigibles. Afirma que es claro que la imprudencia recae, no sobre la forma que se ejecuta el hecho, sino sobre el conocimiento de la naturaleza delictiva de los bienes receptados, de tal forma que debiendo y pudiendo conocer la procedencia delictiva de los bienes, auxilie a los autores del delito del que proceden. La redacción del artículo 2 de la Ley 19/1993, de 28 de diciembre, dada por la Ley 12/2003, de 21 de mayo, incluye

entre los sujetos obligados a: “c) Las personas físicas o jurídicas que actúen en el ejercicio de su profesión como auditores, contables externos o asesores fiscales. Ello incluiría la actividad profesional de [...]. Ciertamente este acusado estuvo presente en el asesoramiento de la constitución de todo el entramado social; todas las personas jurídicas están domiciliadas en su despacho profesional. Constituyó junto a su empleado la entidad “[...], S.L.” para trasmitirla inmediatamente a [...] y [...], porque estos no querían figurar como fundadores. Además percibió de [...] importantes cantidades de dinero (más de 96.000 € mediante transferencias bancarias). Sin embargo no hay elementos probatorios de una conducta que puedan conducir a concluir que estuvo en condiciones de conocer la procedencia ilícita de los bienes adquiridos por los anteriores si hubiera observado las cautelas propias de su actividad. La prueba no conduce de forma indubitada más allá de una relación de asesoramiento fiscal a unos clientes que constituyeron un total de cuatro sociedades en las que se manejaban ingentes cantidades de dinero. No hay elementos probatorios de que incurriera en imprudencia grave en la forma que ha sido descrita antes. No aparece probado que pudiera tener conocimiento del origen del capital de dichas sociedades, sólo que este era cuantioso. Existe una duda razonable que hace prevalecer la presunción de inocencia. En conclusión deberá ser absuelto. De [...] debe decirse que se trata de un empleado del anterior, con una antigüedad en la empresa de dieciséis años, que firmó como socio la constitución de “[...]” porque se lo solicitó su empresario y que nunca ha participado en nada más que en los trabajos ordinarios de un empleado de una asesoría con titulación de graduado escolar. Procede su libre absolución».

Comentari: la problemàtica sobre el blanqueig de capitals s’ha anat complicant a partir de la seva progressiva implantació expansiva a instàncies internacionals (Convenció de Nacions Unides contra el tràfic il·lícit d’estupefaents i substàncies psicotròpiques de 1988). En la regulació espanyola preventiva del blanqueig, aquesta problemàtica s’ha reflectit finalment en la Llei 10/2010, de 28 d’abril, de prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme. Aquesta, en transposar la

(anomenada tercera) Directiva del Parlament i el Consell de 2005, acaba amb la coexistència entre la Llei 19/1993, de 28 de desembre, sobre determinades mesures de prevenció del blanqueig de capitals (i el seu Reglament per RD 925/1995, de 9 de juny), i la Llei 19/2003, de 4 de juliol, de prevenció i bloqueig del finançament del terrorisme, la qual ara (disposició final segona de la Llei 10/2010) passa a denominar-se «sobre règim jurídic dels moviments de capitals i de les transaccions econòmiques amb l'exterior», i les mesures de bloqueig de la qual es mantenen en vigor.

Característica comuna d'aquestes lleis successives són les normes que imposen obligacions d'informació sobre possibles activitats de blanqueig, l'àmbit d'aplicació inicial de les quals (Llei 19/1993, de 28 de desembre) es limitava al blanqueig procedent del terrorisme, narcotràfic i crim organitzat, que després va resultar (Llei 19/2003, de 4 de juliol) estès «al blanqueig de capitals procedent de qualsevol tipus de participació delictiva en la comissió d'un delictes penat amb pena de presó superior a 3 anys», i que en l'actualitat queda obert (art. 1.2 de la Llei 10/2010, de 28 d'abril) a «qualsevol activitat delictiva», en consonància amb les previsions del Codi penal, la qual cosa no fa sinó confirmar la tendència a l'expansió.

Convé dir que els fets provats es remunten a una època anterior a la vigència de l'esmentada Llei 10/2010, de 28 d'abril; però el cert és que, sigui quin sigui el bé jurídic protegit per aquesta figura penal, la seva construcció típica inclou tant la conducta adreçada directament al blanqueig per adquisició, conversió o transmissió de béns amb coneixement de la seva procedència d'un delictes greu, com la verificació de «qualsevol altre acte per ocultar o encobrir el seu origen il·lícit», i especialment «ajudar a la persona que hagi participat en la infracció o infraccions a eludir les conseqüències legals dels seus actes [...]» (art. 301.1 CP).

Si el delictes és dolós, especialment quan s'actua amb intencionalitat pura (dol directe), el problema és menor que quan l'actuació es veu tenyida d'un dol eventual; i sorgeixen dificultats especials en el moment d'abordar els delictes d'omissió i els delictes imprudents.

Així mateix, la incriminació de qualsevol ajuda prestada a la «persona que hagi participat en la infracció» és anòmala, perquè pareix que vol excloure als pròpiament autors quan en realitat es refereix a tots els possibles responsables criminals de la infracció comesa, i en aquest sentit es pot assenyalar que en l'art. 1.2 d) de la Llei 10/2010, de 28 d'abril, quan defineix el blanqueig de capitals, inclou explícitament instigar (inducció), prestar consell o ajuda (col·laboració necessària/complicitat), i fins i tot es refereix a la temptativa.

S'ha discutit: 1) Si el comportament punible exigeix sempre aquella finalitat d'ocultació («per ocultar l'origen il·lícit»), o si el delictes es comet amb independència del fi perseguit, especialment en els casos d'ajuda al partícip; i 2) Si la condemna pel delictes previ és o no necessària (la doctrina és dubitativa, encara que la jurisprudència no l'exigeix). El cert és que el delictes de blanqueig per imprudència greu (art. 301.3 CP 1995) ha resultat vivament qüestionat:

- a) perquè la modalitat imprudent no ve imposada des de la Convenció de Viena ni des de les directives de la UE (referides a comissions purament intencionals).
- b) perquè part de la doctrina espanyola la rebutja com opció legislativa, donat que el tipus penal en qüestió conté elements subjectius de l'injust en exigir tant el coneixement de la procedència il·lícita del diners, com la finalitat d'ocultació o d'encobriment («per ocultar o encobrir»), la qual cosa sembla demandar una intencionalitat incompatible amb el delictes imprudent.
- c) perquè la imposició d'obligacions positives de comunicar possibles activitats de blanqueig s'ha estimat com a situació contrària al patró natural propi del dret penal que sanciona exclusivament prohibicions (no matar, no lesionar), sigui per acció sigui per omissió, però en tot cas sanciona prohibicions en lloc de sancionar obligacions. Encara que, ben mirat, el risc deriva exactament d'una conducta negativa: no informar o no comunicar les possibles activitats de blanqueig.

Però no tota la doctrina espanyola, ni molt menys, rebutja l'articulació del delictes de blanqueig imprudent, i per descomptat el CP vigent el preveu, i no cal dir que la Llei 10/2010 (ja inequívocament) no exigeix intencionalitat en qualificar com a blanqueig la participació o l'ajuda al blanqueig (que és on se situaria la col·laboració del professional). En aquest sentit, i en general, quan es tracta d'acotar les conductes de col·laboració amb el blanqueig mitjançant prestacions professionals, se sol al·ludir al caràcter essencial o, pel contrari, al caràcter prescindible del servei obtingut del professional (segons criteris d'adequació social).

També es pot atendre a si concorren els paràmetres d'un acte, una conducta o un comportament «neutral», és a dir, no lesiu per al bé jurídic a protegir, de conformitat amb la doctrina dels «actes neutrals»; doctrina no universalment acceptada, que presenta dificultats per concebre una neutralitat absoluta, perquè aquesta serà sempre relativa en funció del seu context, de manera que allò decisiu serà examinar tant el resultat objectiu com el mode d'actuació per determinar:

- a) quant al resultat lesiu, si el professional l'ha originat directament, si ha determinat objectivament l'acció delictiva, si l'ha afavorida objectivament de manera rellevant, o si ha produït objectivament consolidació dels guanys il·lícits.
- b) quant al mode d'actuació, si l'afavoriment professional s'ha produït sense contacte individualitzat, és a dir, mitjançant un aprofitament abusiu de la prestació professional (el que constituiria una activitat netament neutral); si —encara que essent individualitzada— s'ha executat de conformitat amb una pràctica habitual, mecànica o estandarditzada, és a dir, sense adequar-se especialment als interessos de l'autor del delictes previ; o si l'actuació professional individualitzada ha estat —a més — ajustada especialment a la finalitat delictiva projectada per l'autor del delictes previ.

Però els aspectes decisius pareixen situar-se en l'àmbit d'identificació de la sospita a càrrec del professional, i especialment en la consciència del professional sobre la seva possible contribució al resultat criminal, cosa que situa el nus gordià d'aquesta controvèrsia en una frontera molt estreta entre el dol eventual i la imprudència greu o temerària, essent clar que tan sols la imprudència greu pot arribar a tenir rellevància penal.

El nivell de consciència pot derivar-se així mateix dels anomenats «indicadors de risc» assenyalats en la Llei 10/2010, respecte dels quals obliga a efectuar un examen especial, i a recaptar informació sobre el tipus de client; la classe d'operació, així com les seves circumstàncies o condicions; la recerca de l'anonimat, l'opacitat o la relació amb paradisos fiscals; la percepció d'una pauta de comportament complexa, inusual o extravagant, i la carència de propòsit o justificació econòmica, professional o comercial lícita aparent.

La infracció d'aquestes obligacions legals podria desembocar en la generació d'un risc jurídicament desaprovat, la implantació del qual com a delictes de blanqueig per col·laboració a títol d'imprudència requeriria a més constatació del fet que s'ha actuat amb ignorància o error vencible, i en aquest darrer sentit la mesura de la imprudència derivaria del grau de superació de l'error, que en cas de ser greu (pràcticament en la frontera amb el dol eventual) podria constituir infracció criminal. La gravetat depèn en definitiva, i això és predicable amb caràcter general de la imprudència, d'un judici valoratiu que no respon a criteris legals ni dogmàticament concloents sinó lògics, la difícil objectivització del qual no eximeix de racionalització argumentativa.

Per descomptat és descartable el grau d'influència causal en la producció del resultat, i com a criteri valoratiu es pot atendre a l'actitud interna del subjecte (que permet detectar mòbils censurables o egoistes). Però el major problema radica en el fet que, amb molta freqüència, el blanqueig cerca la seva sortida mitjançant operacions dissimulades, encobertes, quan no en una complexa cadena que impossibilita accedir a una percepció global del conjunt, dissipant el règim de desconfiança per al professional que opera amb elles i sotmetent-lo

a un risc elevat de comportament punible, llevat que deixi d'operar; per això, la qualitat de la imprudència idònia per atribuir la culpabilitat requereix un nivell de gravetat en frontera amb el dol eventual; i la seva valoració dependrà del grau d'evitabilitat de l'error, especialment en funció de la facilitat amb què s'hagin pogut percebre els indicadors de risc, de la seva magnitud, de la seva pluralitat, de la seva reiteració, o de la seva concomitància amb altres factors que, en el supòsit concret, facin la situació suficientment evident com a per demandar una reacció adequada per part del professional cridat a evitar aquest elevat risc, el qual en generar-se per infracció d'una norma que el prohibeix, determina la culpabilitat a títol d'imprudència, quan aquesta és greu.

En aquesta línia, el nostre Tribunal Suprem ha assenyalat (STS de 17 de juny de 2005) que la modalitat de blanqueig de capitals pot projectar-se tan sols sobre els qui es troben subjectes a un *deure especial o específic de cura*; hi ha d'haver (STS de 26 de desembre de 2008) *una imprudència greu (o temerària)*, per a la qual no resulta exigible que el subjecte *conegui* o sàpiga la procedència dels béns, sinó que per les circumstàncies del cas *estigui en condicions de conèixer-la* tan sols adoptant les cauteles pròpies de la seva activitat, i no obstant això hagi actuat al marge, o no hagi observat els deures de cura que li eren exigibles i els que, fins i tot, en certes formes d'actuació, l'impedien normativament *esbrinar la procedència dels béns o abstenir-se d'operar* sobre ells quan la seva procedència no estigués clarament establerta. I afegeix la STS de 2 de desembre de 2009 que es respon a títol de dol, i també d'imprudència greu, quan coneixent la il·lícita procedència es va actuar *confiant* que no es produiria l'efecte d'encobriment, o quan *no es va actuar d'acord amb* el que s'havia de preveure a conseqüència dels indicis reveladors sobre l'origen dels diners, perquè existeix un deure de conèixer que impedeix *tancar els ulls* davant les circumstàncies sospitoses. Molt menys hom pot col·locar en una situació d'ignorància deliberada (*willful blindness*), un no voler saber –clàssica modalitat de coneixement en la doctrina angloamericana, que arranca de la quasi centenària solució judicial anglesa des de l'assumpte Regina vs. Sleep–. A aquesta doctrina es refereix la Sentència comentada,

incorporada també pel nostre TS amb l'al·lusió clara a que «no hi ha més cec que qui no vol veure».

2. SENTÈNCIA DE LA SECCIÓ PRIMERA NÚM. 122/2011, DE 22 DE NOVENBRE. Ponent: Sra. Martín Hernández. DELICTES CONTRA LA SALUD PÚBLICA. VENDA DE DROGUES, SUBSTÀNCIES TÒXIQUES O ESTUPEFAENTS. SUBTIPUS ATENUAT DE L'ARTICLE 368.2 CP.

Resum dels fets: s'ocupen a l'acusat 9 paperines d'heroïna amb un pes total de 1'588 grams a l'11'69 % de puresa, valorades en 89'440 €; més una bossa que conté 1'165 grams de cànnabis sativa tipus herba, rica al 9'47 %, i valorada en 4'14 €. Aquesta tinència és subsumida com a tràfic de drogues en la modalitat contemplada en el subtipus atenuat o privilegiat de l'art. 368.2 CP.

Fonamentació jurídica: «En el segundo párrafo del artículo 368 CP sin embargo, se exige un plus añadido: la valoración de las circunstancias personales del delincuente. Otro no es el sentido de la conjunción copulativa “y” que une los requisitos enunciados —escasa entidad del hecho “y” circunstancias personales del culpable— que, por tanto, son por voluntad del legislador cumulativos. [...] Las conclusiones que cabe extraer del actual acervo jurisprudencial son: se requiere la concurrencia de ambos requisitos objetivo y subjetivo —conjunción copulativa “y”—; la menor entidad se integra por pequeñas cantidades de droga vendidas por los últimos eslabones de la cadena; y las circunstancias personales a las que se refiere el tipo son datos como la edad, el grado de formación intelectual y cultural, la madurez psicológica, el entorno familiar y social, las actividades laborales, el comportamiento posterior al hecho delictivo, las posibilidades de integración en el cuerpo social y, paradigmática, pero no necesariamente, la existencia de una adicción relacionada con la dinámica comisiva de los hechos. A lo que añadimos que las circunstancias personales favorables a la atenuación deben sustentarse no en meras alegaciones sino en principios de prueba. De lo contrario la discrecionalidad judicial no partiría de supuestos reglados en lo fáctico.»

Comentari: la Decisió marc 2004/757/JAI del Consell d'Europa, presa el 15 d'octubre de 2004, tendeix a l'homogeneïtzació de les conductes més greus en matèria de tràfic de drogues, relegant la resta al criteri de cada Estat membre en ordre a la repressió dels comportaments lligats a la fenomenologia del consum individualitzat i la relació entre la drogoaddicció i el tràfic.

En data 25 d'octubre de 2005 el Ple de la Sala 2^a del TS va arribar a un Acord no jurisdiccional proposant l'addició a l'art. 368 CP d'un segon paràgraf amb el text següent: «no obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los Tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable». Aquest Acord es refereix expressament a la justificació de la proposta que conté, en ordre a temperar la penalitat en els supòsits de «quantitats mòdiques», encara que el text proposat al·ludeix, com es veu, tant a la gravetat del fet com a les circumstàncies personals del culpable.

L'Avantprojecte de Codi penal de 2007 (*BOE* de 15 de gener de 2007) preveia la moderació de pena en els termes següents: «[...] los tribunales podrán excepcionalmente imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369, 369 bis, y 370 siguientes».

Sobre aquest Avantprojecte el Consell Fiscal va informar que es tractava d'una «fórmula flexible para mitigar el rigor punitivo vigente, permitiendo degradar la sanción por debajo de los márgenes actuales en los supuestos de menor generación de riesgo o escasa relevancia de la trasgresión [...] tráfico al por menor con fines de autofinanciación, en los que la situación del drogadicto sin entidad para ser amparado en otras causas de atenuación se vea compelido a la venta ilegal apremiado por la urgencia de su necesidad. Beneficio que podrá extenderse a aquellos supuestos en que su marginalidad o defecto de integración en el medio social hayan determinado o al menos

propiciado la ejecución de actividades de tráfico de menor relevancia o significación».

La reforma introduïda mitjançant la LO 5/2010, de 22 de juny, va eliminar la referència a l'«excepcionalitat» que contenia l'Avantprojecte, i així mateix va reduir les excepcions aplicatives de l'incís darrer als supòsits dels art. 369.1.2 i 369 bis CP.

En conseqüència, del text vigent pareix resultar un subtipus atenuat d'aplicabilitat general, la plasmació del qual requerirà la imprescindible motivació en ordre a deixar paleses aquelles circumstàncies del fet i del culpable que revelin una menor gravetat del comportament; és a dir, una menor culpabilitat tributària de la rebaixa de la pena, en termes aproximats a l'operació individualitzadora de la pena a realitzar —una vegada fixat el subtipus aplicable— en ordre a determinar la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat criminal (art. 66.1.6 CP).

Les excepcions aplicatives expressament reflectides en la norma revelen amb claredat que la menor entitat lligada a aquest subtipus es mostra obertament incompatible amb fets delictius obedients a tràfic organitzat, i amb la realització d'actes de tràfic que —per involucrar a menors o discapacitats— incorporen una gravetat naturalment superior a la culpabilitat disminuïda que reclama el subtipus.

Els paràmetres valoratius queden en conseqüència oberts a la realitat tant essencial com circumdant del fet comés, per la qual cosa, en principi, l'establiment de criteris quantitius (més fàcilment objectivables) pugna amb la complexitat natural que sol acompanyar l'elenc de motivacions que condicionen poderosament o determinen el fet criminal (impuls derivat de la drogoaddicció, necessitat imperant de finançar l'autoconsum, marginalitat o dificultats d'integració social); si bé l'escassa gravetat del fet demanda també, més que tolera, una primera avaluació sobre la magnitud quantitativa més o menys objectiva del tràfic operat en cada cas.

Així ho posa de manifest la Sentència comentada, amb antecedents en les sentències de 14 de març de 2011 (Secció de reforç) i de 6 de juny de 2011 (Secció 1a), totes d'aquesta mateixa Audiència Provincial, on es reflecteixen els criteris presos en consideració per anar perfilant els contorns del subtipus atenuat, en consonància amb les declaracions fetes pel TS en sentències de 8 de juny i de 14 de juliol de 2004, així com en les de 9, 11 i 23 de febrer i de 3 de març de 2011, a les quals ara es poden afegir les de 30 de juny, de 5, 13 i 19 de juliol, i de 14 de setembre de 2011.

V. Contenciosa Administrativa

A. Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA DE 8 DE MARÇ DE 2011. RECURS NÚM. 507/2007. Ponent: Sr. Fernández Valverde. URBANISME. PLANEJAMENT. RECURS D'ALÇADA CONTRA L'ACTE D'APROVACIÓ DEFINITIVA DE NORMA DE PLANEJAMENT. SES COVETES DE CAMPOS.

Resum dels fets: el Consell Insular de Mallorca va admetre que contra l'acte d'aprovació definitiva de les NNSS de planejament del municipi de Campos, adoptat en data 26 de març de 1991, es pogués interposar recurs administratiu d'alçada. Interposat el mateix pel Grup Balear d'Ornitologia i Defensa de la Naturalesa, va ser estimat pel Consell Insular, declarant així nul·la la classificació com a sòl urbà, efectuada amb l'aprovació definitiva, per a dues zones de Ses Covetes (Terme municipal de Campos).

Interposat recurs contenciós administratiu davant el TSJIB, per considerar-se que no hauria d'haver-se admès el recurs d'alçada, aquest recurs jurisdiccional va ser desestimat. Formulat recurs de cassació contra aquesta Sentència, el TS anul·là la citada Sentència del TSJIB i, tot estimant el recurs contenciós administratiu, reconeix que contra l'acte que aprova les NNSS no podia interposar-se recurs d'alçada, sinó directament recurs contenciós administratiu.

S'anul·la l'Acord del Ple del Consell Insular que deixava sense efecte la classificació com a sòl urbà de les dues zones de Ses Covetes indicades.

Fonamentació jurídica: «A tal efecto debemos remitirnos a lo expuesto en nuestra STS de 19 de diciembre de 2007».

[...]

«Se impugna, pues, una disposición de carácter general.

El artículo 107.3 de la Ley 30/92 establece que “contra las disposiciones de carácter general no cabrá recurso en vía administrativa”.

Este es un precepto estatal básico que no puede ser contradicho por la legislación autonómica, ni siquiera en aquellas materias que, como el urbanismo, son de la exclusiva competencia de ésta, pues en ellas la Comunidad Autónoma puede normar aspectos procedimentales y de régimen jurídico, pero sin infringir las normas básicas del Estado.

El precepto de que se trata no es sólo básico en virtud de lo dispuesto en el artículo 149-1-18ª de la Constitución Española, sino también de lo establecido en su artículo 149-1-8ª, que atribuye competencia al Estado para fijar “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas”, aspectos estos que están implicados cuando se ordena una vía de recursos administrativos contra ciertas disposiciones de carácter general (v.g. los planes de urbanismo), con la posibilidad de que se pida y se conceda la suspensión de su eficacia (artículo 111 de la Ley 30/92)».

[...]

«Ahora bien, esos preceptos deben ser interpretados concordadamente con el artículo 107.3 de la Ley 30/92, pues si cabe una interpretación armonizadora debe aceptarse para evitar el desplazamiento que la prevalencia de Ley básica estatal producirá en otro caso sobre la norma autonómica (Artículo 149.3 de la C. E.).

Esa interpretación armonizadora es la siguiente:

El acuerdo de aprobación definitiva de un Plan de Urbanismo tiene un aspecto de acto administrativo (el acuerdo en sí adoptado por la Comisión, con sus requisitos de procedimiento, de quórum, etc.) y otro aspecto de disposición de carácter general (el propio Plan de urbanismo que se aprueba).»

[...]

«En el presente caso, la parte demandante impugna la modificación misma del Plan, no aspectos del mismo acto de aprobación, y, por lo tanto, no rige la exigencia de agotamiento de la vía administrativa que se contenía en la publicación del acto».

Comentari: en aquesta comunitat autònoma, durant molts d'anys s'ha mantingut la paradoxal situació que els consells insulars d'Eivissa i de Menorca no admetien recursos d'alçada contra els actes de les seves comissions insulars d'urbanisme aprovant definitivament normes de planejament general, en entendre que allò aprovat era una disposició general, mentre que el Consell Insular de Mallorca indicava que havia d'interposar-se recurs d'alçada davant el Ple del Consell.

La Sala Contenciosa Administrativa del TSJIB admetia el recurs d'alçada amb el fonament d'una sentència d'aquesta Sala —en concret la Sentència del núm. 322, de 13 de juliol de 1991—, la qual, amb motiu de la impugnació del Reglament orgànic del Consell Insular, va establir que els actes del Consell Insular que esgotaven la via administrativa en matèria de planejament eren els del Ple de dit Consell Insular. Per tant, contra l'acte de la Comissió Insular d'Urbanisme aprovant definitivament una norma de planejament s'havia de permetre recurs d'alçada davant el Ple.

La Sentència del TS —amb cita d'altres seves anteriors, com la de 19 de desembre de 2007— posa fi a la disparitat de criteris i estableix que els plans són disposicions de caràcter general i que, si es vol impugnar el contingut del pla, només es pot fer, directament, interposant recurs contenciós administratiu.

B. Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 616, DE 12 DE SETEMBRE DE 2011. RECURS NÚM. 919/2008. Ponent: Sr. Delfont Maza. FUNCIO PÚBLICA. NIVELL DE CONEIXEMENT DE LA LLENGUA CATALANA PROPORCIONAT A LES FUNCIONS DEL LLOC DE TREBALL.

Resum dels fets: amb independència d'altres punts de controvèrsia analitzats en la Sentència, es va plantejar que el Decret 114/2008, de 17 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament que regula l'exigència de coneixements de llengua catalana en els procediments selectius d'accés a la funció pública i per ocupar llocs de treball que és convoquin en l'àmbit de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, podia no respectar l'exigència legal que el nivell de coneixement de la llengua catalana guardés proporcionalitat "amb les places o funcions que es tracti" (en termes de la Llei 2/1989, de 22 de febrer, de funció pública de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears) o "amb les funcions corresponents" (en termes de la posterior Llei 3/2007, de 27 de març). Tot això perquè en el Decret 114/2008 es vinculava el nivell de coneixement de la llengua catalana al nivell de titulació acadèmica exigida per a cada grup funcional (grup A1, A2, C1,...) i que li correspon a cada lloc de treball.

La controvèrsia gira en torn a determinar si es respecta l'exigència legal en vincular-se el nivell de coneixement de l'idioma a la titulació acadèmica requerida per ocupar el lloc i no directament a les funcions concretes del lloc de treball.

Fonamentació jurídica: «En ese marco constitucional de la debida aplicación proporcionada del nivel de exigencia del catalán, en su día la Ley 2/1989 —artículo 45—, como hoy en día la Ley 3/2007 —artículo 50—, relacionan el nivel de exigencia de conocimiento de la lengua catalana con la entidad o responsabilidad de las funciones a desempeñar o, lo que es lo mismo, con la carga o compromiso del puesto de trabajo.

Y sobre esa base legal, la exigencia de un mayor o menor grado de conocimiento de la lengua catalana, como la exigencia de una titulación u otra, superior o menor, se puede —mejor, se debe— anudar razonablemente a la entidad o responsabilidad que suponen las funciones que previamente se ha querido que correspondan a cada puesto de trabajo y que integran su razón de ser, conectándose así proporcionadamente con tales funciones tanto la capacidad requerida para desempeñarlas, mostrada a primera vista por la titulación disponible, como el nivel de conocimiento de la lengua catalana exigible.

Por consiguiente, el nivel de conocimiento de la lengua catalana exigible no se conecta directamente con la titulación requerida ya que ocurre algo que no puede verse ni como parecido porque es distinto, esto es, que uno y otra, es decir, que titulación y nivel de conocimiento de la lengua catalana, se referencian a las funciones a desempeñar y, en concreto, a su mayor o menor responsabilidad».

Comentari: en la Sentència analitzada —decidida per la majoria dels membres del Tribunal i amb el vot particular de dos magistrats de la Sala— es valora que la vinculació entre el nivell de coneixement de la llengua catalana i la titulació exigida per ocupar un lloc de treball suposa, en realitat, vincular aquest nivell a les funcions del lloc, que és el que vol la Llei. Això és així perquè l'exigència d'una major o menor titulació —i integració per això en grups funcionaris— es ferma a la major o menor responsabilitat de les funcions del lloc per al qual es precisa d'aquesta titulació, per la qual cosa referenciar el nivell de coneixement al nivell de titulació és un mecanisme indirecte de fer-ho pel que fa a les funcions del lloc.

El TC, en les sentències 46/1991, 253/2005 i 270/2006 ja es refereix al fet que l'avaluació del coneixement de la llengua pròpia com a requisit és conforme a la Constitució mentre que es connecti amb «la capacitat requerida per exercir la funció que es tracti», per la qual cosa, en vincular-se la capacitat (classificada per nivell de grups professionals) amb el grau d'exigència de

coneixement de llengua catalana (classificada en nivells A, B, C, D), es respecta l'exigència legal i constitucional.

En el vot particular es discrepa d'aquesta interpretació en considerar que el grau d'exigència d'aquest coneixement de la llengua catalana —requisit en tot cas— haurà de modular-se en relació amb les capacitats d'expressió oral i escrita que hagin d'utilitzar-se en l'exercici de les funcions que corresponen al lloc de treball, i aquestes capacitats lingüístiques necessàries són diferents de la titulació acadèmica que s'ha de disposar per accedir o ocupar un lloc en la funció pública.

2. SENTÈNCIA NÚM. 825, DE 7 DE NOVEMBRE DE 2011. RECURS NÚM. 339/2008. Ponent: Sra. Ortuño Rodríguez. PROCEDIMENT ADMINISTRATIU. MESURES CAUTELARS DINS EL PROCEDIMENT SANCIONADOR. EXTENSIÓ I LÍMITS.

Resum dels fets: l'Ordenança municipal de publicitat de l'Ajuntament de Calvià contemplava la possibilitat que en el si del procediment administratiu sancionador es pogués adoptar una mesura cautelar consistent en el tancament temporal de l'activitat principal (bar, restaurant,...) per un termini de fins a 10 dies, quan s'hagués reiterat l'incompliment de la prohibició de donar publicitat a aquest establiment en les maneres fixades en l'Ordenança (publicitat manual i oral).

Es planteja que la mesura cautelar consistent en el tancament temporal de l'establiment suposa una sanció encoberta i anticipada al resultat de l'expedient sancionador. La Sala així ho estima.

Fonamentació jurídica: «El cierre cautelar, previo e independiente a la imposición de sanciones por la práctica —reiterada— de la publicidad dinámica manual y/u oral, se puede calificar como una forma drástica de evitar el ejercicio de este tipo de publicidad dinámica manual por quienes anuncian por las vías públicas y calles sus discotecas y bares, no impidiendo esta forma de

anuncios mediante reclamos verbales o entrega de tarjetas y folletos, sino cerrando dichos negocios.

[...]

El cierre cautelar de los establecimientos anunciados se considera desproporcionado en intensidad y necesidad para impedir, en tanto se tramita el oportuno expediente, la continuación de la entrega de panfletos publicitarios y la invitación a entrar en dichos locales, ya que esta paralización de la publicidad prohibida se consigue mediante la retirada del material utilizado y la imposibilitación, por parte de los agentes de la autoridad, a las personas encargadas de entregar estos folletos y de efectuar reclamo de entrada en ciertos locales, de que realicen estas actividades.

[...]

La medida adoptada no cumple los requisitos que le son exigibles a una medida cautelar, esto es, ni tiene un carácter instrumental, porque no sirve directamente para impedir la repetición de una conducta infractora, sino sólo indirectamente, al cerrar el establecimiento anunciado, ni tampoco se cumple el principio de proporcionalidad, pues constituye una medida extrema, que impide el ejercicio de una actividad recreativa y de ocio permitida, en principio, en el interior de ciertos establecimientos».

Comentari: la Sentència comentada admet que les mesures cautelars poden no ser homogènies pel que fa al tipus de sanció que pugui recaure —per exemple, confiscació de publicitat quan la sanció prevista ho és de multa—, ja que si el que es persegueix és l'eficàcia de la resolució final, l'efecte que es vol aconseguir amb la mesura cautelar no solament és el compliment de la sanció que pugués recaure, sinó també la correcció de la conducta infractora per evitar que continuï. Ara bé, l'anterior no empara que la mesura cautelar prevista en l'Ordenança —sens dubte eficaç per assegurar la resolució final i evitar la continuïtat en la conducta infractora— no atengui al principi de proporcionalitat i comporti una restricció major i diferent que la de limitar l'activitat prohibida. En el cas, per evitar una publicitat manual i oral (activitat prohibida) es pretenia

adoptar com a mesura cautelar el tancament de l'activitat de bar o restaurant publicitada (activitat legal), la qual cosa excedeix de la necessària racionalitat i proporcionalitat.

3. SENTÈNCIA NÚM. 870, DE 15 DE NOVEMBRE DE 2011. RECURS D'APEL·LACIÓ NÚM. 145/2011. PONENT: Sra. Frigola Castellón. URBANISME. SÒL RÚSTIC. APROFITAMENT ATÍPIC.

Resum dels fets: l'art. 17 de la Llei 6/1997, de 8 de juliol, de sòl rústic de les Illes Balears (LSRIB), preveu que les activitats que siguin declarades d'interès general tindran la consideració d'activitats que comporten un aprofitament atípic del sòl rústic i l'atribució d'un 10% del seu valor a l'administració municipal. El problema sorgeix quan l'art. 17.3r d'aquesta Llei preveu que aquest import es quantificarà «en la forma que es disposi reglamentàriament» sobre la base de l'increment de valor que els terrenys experimentin.

Mancant disposició reglamentària que desenvolupi la manera de valoració del 10% que correspon a l'Ajuntament, alguns municipis —en particular el de Lluçmajor— han emès liquidacions pel concepte d'aprofitament atípic.

La part recurrent va qüestionar que pogués procedir-se a la liquidació en absència de disposició reglamentària que desenvolupi l'art. 17 LSRIB, no podent l'Ajuntament, mitjançant ordenança, substituir la potestat reglamentària que correspon al Consell Insular (DA 1a de la Llei 6/1995) i determinar la forma i mètode de liquidació d'aquest aprofitament.

La Sentència comentada admet que pugui liquidar-se l'aprofitament, encara mancant la disposició reglamentària prevista en l'art. 17 LSRIB.

Fonamentació jurídica: «Ciertamente el aprovechamiento atípico no es un ingreso de la entidad local, pues es una carga urbanística, que como tal, no participa de la naturaleza tributaria ni tampoco es un precio público. Su régimen es urbanístico y nace por la existencia de la declaración de interés general. Ese aprovechamiento atípico reconocido directamente en la Ley 6/1997 es del 10%

del incremento del valor de los terrenos, cantidad que los Ayuntamientos no pueden disponer en su totalidad para satisfacer las necesidades públicas, sino únicamente en un determinado porcentaje, debiendo destinar el que reglamentariamente se fije a los fines consecuentes de la LSR.

Así las cosas la falta de desarrollo reglamentario cuya competencia reside no en los Ayuntamientos sino en los Consells Insulars no ha de impedir la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan girar esa liquidación y ello porque el aprovechamiento atípico les es reconocido por Ley cuando concedan la concesión de licencia correspondiente tras la declaración de interés general, y la ley es de aplicación directa e inmediata, de forma que el desarrollo reglamentario atenderá y afectará a la forma y método de liquidación de ese aprovechamiento, pero no al derecho en sí a su percepción, que tienen reconocido en virtud de norma con rango de ley.

Por lo tanto, a falta de ese desarrollo reglamentario, el ayuntamiento podrá liquidar ese aprovechamiento atípico pero vendrá obligado a demostrar la validez del método empleado y la corrección del cálculo efectuado sobre el incremento del valor de los terrenos».

Comentari: la Sala Contenciosa Administrativa ja havia dictat sentències sobre la qüestió de la liquidació municipal per l'aprofitament atípic —com ara la STSJIB núm. 327, de 29 d'abril de 2011, que exclou de la mateixa els parcs fotovoltaics—, però aquesta és la primera que analitza la controvèrsia que ha aturat que els municipis liquidin de forma generalitzada el 10% per l'aprofitament atípic: la manca de desenvolupament reglamentari pel que fa a la forma i mètode de liquidació d'aquest aprofitament.

Reconeixen que, qualsevulla que fos la solució al debat jurídic, aquesta s'enfrontava a potents arguments en contra. La Sala va optar per confirmar la legalitat de la liquidació, encara que mancàs el desenvolupament reglamentari, per entendre: primer, que el dret a la percepció del 10% de l'aprofitament no necessita cap reconeixement reglamentari, sinó que es deriva directament de la

Llei; i, segon, que en el cas analitzat, el mètode de valoració aplicat era el previst normativament a falta de desenvolupament reglamentari.

En concret, es va valorar el sòl rústic sense l'aprofitament atípic segons les regles de valoració de la Llei estatal 8/2007, de 28 de maig, de sòl; i després es va valorar el mateix sòl, una vegada implantat l'aprofitament, segons el que es preveu en l'Ordre ECO/805/2003.

La concreció del debat jurídic plantejat en el recurs va impedir el que seria una interessant anàlisi de la naturalesa jurídica d'aquest «aprofitament atípic» com a instrument de participació social en les plusvàlues generades com a conseqüència de l'acció urbanística dels ens públics.

VI. Laboral

A. Tribunal Suprem

1. SENTÈNCIA DE 3 DE MAIG DE 2011, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ PER A LA UNIFICACIÓ DE LA DOCTRINA NÚM. 2170/2010. Ponent: Sr. Gullón Rodríguez. INOPERÀNCIA DEL LLIBRE DE FAMÍLIA COM A ELEMENT DEFINITORI DE LA SITUACIÓ DE CONVIVÈNCIA EXTRAMATRIMONIAL ALS EFECTES DE LA PERCEPCIÓ DE LA PENSIÓ DE VIDUÏTAT A FAVOR DEL CONVIVENT «MORE UXORIO» SUPÈRSTIT.

Resum dels fets: la part actora formula demanda per defensar el seu dret a lucrar pensió de viduïtat pel fet que va conviure amb el causant des de l'any 1997 fins al traspàs del propi causant en data 6 d'octubre de 2008. Per tal d'acreditar la convivència extramatrimonial es recolza en el *Llibre de Família* en el qual es feia constar aquesta situació de convivència. També es recolza en el certificat d'empadronament autoritzat per l'Ajuntament corresponent, en el qual consten empadronats conjuntament en el mateix domicili el causant i l'aspirant a la percepció de la pensió de viduïtat. L'entitat gestora INSS oposa a la pretensió que l'única possibilitat legalment contemplada d'acreditar la convivència extramatrimonial es troba en la constatació de la convivència en el Registre autonòmic corresponent d'unions de fet, per remissió estricta al text legal que així ho reclama. El Jutjat d'instància va atorgar la raó a la persona reclamant, per considerar que tant l'expressió de la convivència en el *Llibre de Família*, com la situació d'empadronament conjunt, avalen l'acompliment del requisit legal de demostració de la convivència. La Sala Social que examinà el recurs del INSS procedí a la seva estimació, decantant-se per la tesi segons la qual ni el *Llibre* esmentat ni el certificat d'empadronament són hàbils per a concretar el requisit legalment definit, que només parla de l'acreditació mitjançant inscripció en el Registre d'Unions de Fet. El Tribunal Suprem examina a continuació el recurs de cassació per a unificació de doctrina que

interposa la persona convivent i aspirant a la pensió de viduïtat. Per raons tècniques (relatives a que l'acreditació a través del padró comú aboca a un requisit addicional que en el supòsit de contrast no es donava), el Tribunal Suprem només examina la validesa de la inscripció en el *Llibre de Família* i no entra a considerar la denegació del dret per part de la Sala de procedència sobre un suport d'empadronament conjunt. La Sala Quarta del Tribunal Suprem resol que el *Llibre de Família* és inoperant.

Fonamentació jurídica: «CUARTO. [...] La aplicación de esta doctrina al caso de autos determina que para que resultase acreditada la existencia de la pareja de hecho entre el causante fallecido y la demandante tendrían que haberse inscrito en el Registro de Uniones de Hecho previsto en el artículo 1 de la Ley 11/2001 [...] de la Comunidad de Madrid y en el Reglamento de dicha norma, aprobado por Decreto 134/2002, de 18 de julio, lo cual nadie discute que se produjo.

El problema entonces se centra en determinar si realmente la prueba de esa unión de hecho se contiene en alguno de los documentos públicos que genéricamente permite la norma, y más concretamente, si el libro de familia constituye prueba válida a estos efectos, como reconoce expresamente la sentencia de contraste y niega implícitamente la recurrida.

Para abordar esa cuestión, resulta imprescindible acudir a la norma que regula el Libro de Familia, el Decreto de 14 de noviembre de 1958, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, en cuyo artículo 36 se parte de la base de que como regla general ese documento público —carácter que no cabe negarle— se abre con la certificación de matrimonio, lo que evidentemente no es el caso que aquí analizamos, pero dice el precepto a continuación que “*También se entregará Libro de Familia al progenitor o progenitores de un hijo no matrimonial y a la persona o personas que adopten a un menor*”, como ocurrió en este caso, en el que el libro extendido a nombre de los dos progenitores —demandante y causante— de la niña María Cristina por el Registro Civil de El Boalo (Madrid) no puede resultar en ningún caso acreditativo en este supuesto de una cosa que no sea la filiación, pero no en

absoluto de la existencia de una relación de hecho de una pareja, cuestión totalmente ajena a la función y finalidad legal del Registro Civil. Por ello no cabe atribuir a este documento público la condición de prueba de la existencia de la pareja de hecho [...]».

Comentari: des de la introducció de la consideració continguda actualment a l'article 174.3 de Llei General de la Seguretat Social, en redacció de la Llei 40/2007, es venia assistint al debat relatiu a si la dicció de l'exigència legal (acreditació mitjançant inscripció al Registre d'Unions de Fet o alternativament protocol notarial adient) es podia satisfer per altres Registres o documents públics dignes d'una *oficialitat* externa assimilable a una constància de fe pública. En contra de l'extensió de l'operativitat demostrativa dels Padrons Municipals —vists amb desconfiança de fe pública per gran part de la doctrina judicial degut a la seva vulnerabilitat a manipulacions interessades—, operativitat que van defensar algunes Sales Socials, el Tribunal Suprem es va pronunciar en Sentència de 20 de juliol de 2010. De tota manera, encara hi quedaven encletxes irresoltes —que exigiren sentències d'equitat— pel fet que els registres autonòmics d'Unions de Fet no estaven completats, cosa que ja no es pot dir avui en dia. A la sentència comentada el Tribunal Suprem recorda explícitament aquella sentència anterior d'estricta aferrament a la dicció legal. Fins i tot, recorda que la pensió de viduïtat no correspon a les *parelles de fet*, sinó a les que qualifica com a *parelles de dret*. L'actual torn de rosca versa sobre el valor dels *Llibres de Família*. Ja es veu amb quin resultat: es ratifica que només són operatius per a demostrar la unió de fet els corresponents registres autonòmics o en tot cas el document públic notarial acreditatiu de la constitució de la unió extramatrimonial.

2. SENTÈNCIA DE 19 DE GENER DE 2011, DICTADA EN EL RECURS DE CASSACIÓ ORDINÀRI NÚM. 102/2009. Ponent: Sr. Martín Valverde. ESCALA NUMÈRICA DELS DELEGATS DE PREVENCIÓ. CARÀCTER ÚNIC EN FUNCIÓ DE LA PLANTILLA. CENTRES DE TREBALL ON CONCORRE LA COEXISTÈNCIA DE PERSONAL LABORAL I PERSONAL FUNCIONARIAL. DESIGNACIÓ CONJUNTA DELS REPRESENTANTS DE L'UN I DE L'ALTRE PERSONAL.

Resum dels fets: es formula demanda en procediment especial de conflicte col·lectiu. La demanda que presenta el comitè d'empresa censura el fet que no fou convocat aquest òrgan de representació dels empleats laborals del *Servicio Andaluz de Salud* (SAS) en el procés que va culminar amb Acord d'aquest mateix organisme, de conformitat amb la proposta de les juntes de personal de l'entitat —representants dels servidors estatutaris— i en acompliment d'un acord previ concertat entre el SAS i els sindicats integrants de la *mesa sectorial de sanitat*, és a dir la mesa representativa estrictament dels estatutaris. El cas, emperò, és que en el SAS hi presten servei tant empleats en règim laboral com empleats de règim estatutari. Per aquesta doble condició relacional de la totalitat dels servidors és evident que existeixen dues representacions del personal diferenciades: Comitè d'empresa pel que fa als laborals, i Junta de Personal pel que respecta als estatutaris. El demandant en el procediment defensa que el Comitè d'empresa *laboral*, marginat a l'hora de fer la tria de representants, havia d'intervenir en la designació del grup de representació, per tal de correspondre al caràcter doble de la relació de servei. Reclama, per tant, la nul·litat de l'acord de designació dels representants i que es declari la necessitat del desdoblament, amb intervenció del Comitè d'empresa, a l'hora de nomenar el conjunt total de representants en funció del caràcter diversificat de la relació de servei, sense perjudici de que la representació sigui aglutinadora de laborals i d'estatutaris, val a dir mixta. La Sala Social del TSJ estima el recurs del Comitè d'empresa i declara que, efectivament, s'ha de concedir als representants estrictament laborals la possibilitat de participar en

la formació del comitè de seguretat i salut. Recorre en cassació un sindicat i el Tribunal Suprem confirma la sentència d'instància.

Fonamentació jurídica: «CUARTO.- La infracción del art. 35.2 LPRL denunciada en el motivo 4º del recurso de CC.OO. parte de la base de que las representaciones unitarias del personal laboral y del personal estatutario del SAS son representaciones separadas. El siguiente paso del razonamiento es que el Acuerdo de 5-10-2001 de la “mesa general” de la Junta de Andalucía sobre participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales (hecho probado 2º) no obliga en ninguna de sus normas a una designación conjunta de los delegados de prevención por parte de las representaciones unitarias de los mismos. Así las cosas el acuerdo de designación de delegados de prevención alcanzado en la “mesa de sanidad” sólo afecta al personal estatutario, y no al personal laboral, que pertenece a un ámbito de negociación claramente diferenciado. Es en este ámbito de negociación de los trabajadores de régimen laboral, concluye la argumentación del recurso, donde corresponde al comité de empresa la facultad de designación de los delegados de prevención, y en este ámbito laboral CC.OO. “en ningún momento ha impedido su ejercicio”.

De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, la posición del sindicato recurrente no es ajustada a derecho, y no puede prevalecer por tanto sobre la decisión de la sentencia impugnada.

La escala numérica de delegados de prevención del art. 35.2 LPRL está prevista para cada uno de los distintos centros de trabajo en que existen representantes unitarios de trabajadores, sean delegados de personal o comités de empresa, sean los “órganos de representación previstos en la Ley de Órganos de Representación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas”. El supuesto de un comité de empresa “regional”, por su carácter excepcional, no ha entrado dentro de las previsiones expresas de la LPRL. Pero es claro que, como advierte la sentencia de instancia, los órganos colegiados de representación específica en materia de seguridad y

salud en el trabajo han de ser órganos “únicos” o conjuntos de los trabajadores de régimen laboral y del personal de régimen funcionarial o estatutario. Una representación conjunta de esta clase, integrada por todos los delegados de prevención, presupone la participación de los representantes unitarios de los trabajadores de régimen laboral en la designación de los delegados de prevención de los distintos centros. Pues bien, siendo fija la escala numérica mencionada, no cabe decir que el comité de empresa regional puede designar delegados de prevención adicionales a los designados por las juntas de personal. Su derecho de designación se ha de ejercitar conjuntamente con el de dichas juntas de personal, lo que no fue efectuado en el caso, y ha sido oportunamente corregido por la sentencia de instancia».

Comentari: la doble representació, obligada, del personal laboral i estatutari en els organismes de gestió dels Serveis de Salut, comporta l'aparició de problemes tan subtils com el que resol la sentència comentada. D'una banda, les previsions de la Llei de Prevenció de Riscs Laborals és impossible que tinguin solucions *a priori* per resoldre les complicades estructures dels serveis públics imbricats per la doble presència de personal obligat per normatives *relacionals* diversificades (funcionaris o estatutaris vs. laborals purs). D'altra banda, aquesta diversificació de components és obligat que sigui compatible amb els drets de representació de col·lectius diferents, però no admet una previsió legal de situacions tan peculiars o imprevisibles com resulten de l'articulació en sistemes orgànics *regionals* que defugen del marc normatiu estàndard. Els conflictes estan servits. Tot això s'enquadra a l'encuny de formalitzar una representació en els òrgans preventius de contingut obligadament *unitari*, quan en canvi l'àmbit legitimador de les representacions és *dual*.

La nova regulació competencial del Reial decret llei 3/2002, avui vigent, que significa l'atribució a la Jurisdicció Social del control de la matèria de Prevenció *in toto*, fins i tot quan es tracta d'instruments preventius que afectin al funcionariat *strictu sensu*, resol finalment l'esbrinament dels àmbits competencials entre la Jurisdicció Contenciosa i la Jurisdicció Social,

curiosament una qüestió espinosa que les parts no plantegen en aquest cas i respecte de la qual el Tribunal Suprem no s'interroga d'ofici. Aquesta nova atribució clarificadora tindrà la virtut, si més no, de solucionar peregrinatges jurisdiccionalment, però intensificarà la càrrega de treball dels tribunals socials, cada dia més obligats a tractar la dinàmica dels conflictes de legitimació diferenciada, immanents a entitats públiques que diversifiquen la relació de servei i que sobresurten de l'enquadrament dels funcionaris en les Juntes de Personal i l'enquadrament dels laborals en els Comitès d'empresa.

B. Tribunal Superior de Justícia de Balears

1. SENTÈNCIA NÚM. 314/2011, DE 30 DE JUNY, DICTADA EN EL RECURS DE SUPPLICACIÓ INTERPOSAT PER L'EMPRESA EN CONTRA DE SENTÈNCIA DEL JUTJAT SOCIAL, DICTADA EN PROCEDIMENT PER ACOMIADAMENT DISCIPLINARI. Ponent: Sr. Oliver Reus. ACOMIADAMENT IMPROCEDENT. MANCA DE LEGITIMITAT DE MESURES DE VIGILÀNCIA I CONTROL DE L'EMPRESARI EN EL CAS QUE SUPOSIN UN CONTROL ABSTRACTE I ALEATORI DE L'“HONESTEDAT” DELS SEUS TREBALLADORS. PROVOCACIÓ PATRONAL ORIENTADA A SITUAR EL SEU EMPLEAT EN SITUACIÓ DE FÀCIL APROPIACIÓ DE NUMERARI POSAT AL SEU ABAST. EL CONTROL PATRONAL NO POT ARRIBAR A SER INDISCRIMINAT, PROVOCATIU O PROPICIATORI D'INFRACCIÓ PER “DESHONESTEDAT”. ANALOGIA AMB LA DOCTRINA PENAL DEL “DELICTE PROVOCAT”.

Resum dels fets: Un treballador prestava serveis per al demandat amb la categoria professional de «conductor mecànic/operador de grua». No era competència ordinària del treballador la neteja dels vehicles. En dues ocasions, anteriors als fets judicials, l'empresa havia tingut queixa arran de la completació d'uns albarans disposats per al cas que els vehicles transportats per la grua que manejava el treballador poguessin resultar danyats durant el transport. Dos mesos més tard d'aquestes queixes, l'empresari vol temptar l'honestedat del

seu treballador i això de manera que situa un bitllet de 50 € a la guantera del vehicle-grua, prèviament fotocopiats per a identificació i després li encomana al treballador que s'ocupi de la neteja a fons de la cabina, per tal de verificar l'honestedat del subjecte. Quan el bitllet no apareix una volta s'ha produït la neteja, l'empresari ho fa observar a les forces de Policia, que efectivament troben el bitllet «marcat» a la butxaca del treballador, que no havia comunicat la troballa. Tot i així no hi ha procés penal de cap mena, però el treballador resulta acomiadat.

El Jutjat Social núm. 3 declara la improcedència de l'acomiadament. La sentència de Suplicació ratifica el criteri del Jutjat.

Fonamentació jurídica: «CUARTO.- [...] Partiendo de la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven “el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional” (STC 6/1988, de 21 de enero) el TSJ de Catalunya, en sentencia de 31 de julio de 2003 (RSU 540/2003) (JUR 2008, 271461) , resolviendo un supuesto similar al presente declaró que las limitaciones de los derechos y libertades del trabajador “tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad”. Se añade que si la llamada “prueba de honestidad” se lleva a cabo de forma habitual y aleatoria es palmariamente inadmisibile, “pues no existe necesidad o interés empresarial que, en su caso, pudiera justificar una restricción del derecho a la consideración debida a la dignidad del trabajador y, por ende, de los derechos fundamentales a la intimidad, al honor y a la propia imagen —art. 18 de nuestra Constitución— que el trabajador como persona tiene y que sin duda no pierde por el hecho de incorporarse a una organización productiva, debiendo ser

protegida la intimidad, como esfera secreta de la propia persona, contra cualesquiera intromisiones e indagaciones ajenas”.

Y ciertamente, una prueba como el llamado “test de honestidad” puede ser proporcionada y necesaria cuando existiendo en una empresa sospechas de incumplimiento por parte de los trabajadores aquella prueba se revela como el único medio posible para comprobar tales incumplimientos y poder adoptar las oportunas medidas para asegurar la buena marcha de la actividad empresarial. Pero, cuando, como aquí ocurre, la prueba se realiza sin ninguna sospecha de incumplimiento previo y con el sólo objeto de comprobar la honestidad o el grado de honestidad de un trabajador se sobrepasan los límites constitucionales y la prueba deviene ineficaz en aplicación del art. 11 LOPJ , en el que se ordena que deben respetarse las reglas de la buena fe en todo tipo de procedimientos y que “no surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales”.

Y es que la buena fe no sólo debe guiar el procedimiento sino también las relaciones entre particulares y así el art. 7.1 del Código civil establece que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe. Y eso es así también en el ámbito del contrato de trabajo en las relaciones entre el empresario y el trabajador. Tan es así, que el art. 54.2 d) ET califica como falta muy grave sancionable con despido la trasgresión de la buena fe contractual. Y aunque la buena fe sólo está expresamente recogida en el Estatuto de los trabajadores en el art. 5 a) entre los deberes del trabajador, es evidente que también el empresario debe ejercitar sus facultades conforme a las exigencias de la buena fe».

Comentari: amb la noció terminològica «test d'honestedat» es designa la pràctica empresarial consistent en provar l'honradesa dels seus empleats utilitzant mecanismes o tècniques que rauen en parar paranys o «esques» als operaris. La utilització de bitllets marcats, situats a l'abast de l'operari per a temptar la seva honorabilitat forma part d'una d'aquestes tècniques, com també la utilització de detectius que aposta no demanen comptes ni rebuts dels

serveis, o la immissió de bitllets de valor superior en feixos aparentment ordenats en papers de banc del mateix valor.

La utilització d'aquestes temptacions es voldria emparar en l'exercici de les facultats de vigilància i control de l'article 20.1 de l'Estatut dels treballadors. En línies generals, la Jurisprudència no tolera aquestes argúcies per la raó elemental que configuren un anàleg del «delicte provocat» en matèria penal, i en l'esfera civil són demostratives de l'exercici de figures temptadores no compatibles amb el deure de bona fe, que és un deure de reciprocitat. Tot i així, determinades sentències contempnen la viabilitat d'aquestes maniobres en el cas que es tingui sospita vehement i lògicament fonamentada del fet que el treballador s'està apropiant de mala fe d'una part del benefici patronal, amb conducta persistent i d'impossible constatació si no s'utilitzen tècniques enganyoses d'aquesta mena. Així que, si la sospita és legítima, el medi de control, consistent en parar trampes o paranys demana que siguin observats dos criteris: a) que l'interès empresarial presenti una justificació solvent i no es basi en una mera conveniència abstracta de controlar per controlar aleatòriament a tot empleat, i b) que la justificació solvent finqui en indicis raonables que l'incompliment d'obligacions laborals i contractuals de bona fe es troba precisament en el redol d'aquell treballador determinat, i no de qualsevol treballador o de tots ells.

També es diu que per posar en pràctica un sistema de control universal o abstracte és absolutament indispensable haver negociat el contingut dels controls amb els representant legals dels obrers. Com és lògic, els patrons defensen que aquesta negociació invalidarà tota capacitat de sorpresa, serà inútil, en el cas presumit que el Comitè no conservarà total confidencialitat de l'abast dels controls, posant en guàrdia als possibles defraudadors.

En definitiva, la sentència comentada s'inscriu en aquesta línia i acull la demanda per acomiadament improcedent, en base a la desqualificació d'una «prova il·lícita» que denota mala fe de l'empleador.

C. Jutjats socials

1. SENTÈNCIA NÚM. 110/2011, DICTADA EN LES ACTUACIONS 948/2010, PER LA TITULAR DEL JUTJAT SOCIAL NÚM. 1 DE PALMA. Ponent: Sra. Lillo Pastor. NUL·LITAT DE L'ACOMIADAMENT. TREBALLADOR QUE JA ERA PRECANDIDAT A FORMAR PART DEL NOU COMITÈ D'EMPRESA EN EL CURS D'ELECCIONS PROGRAMADES PER A L'ELECCIÓ DEL FUTUR COMITÈ, QUAN RESULTA ACOMIADAT PER MOTIVACIÓ DISCIPLINÀRIA BASADA EN LA INFRACCIÓ DELS DEURES LABORALS I NO PROVADA EN EL CURS DEL JUDICI. EL TREBALLADOR DISPOSA DEL DRET A OPTAR ENTRE LA READMISSIÓ AL SEU LLOC DE TREBALL I LA PERCEPCIÓ DE LA INDEMNITZACIÓ, EN CONTRA DEL CRITERI ORDINARI QUE ATORGARIA A L'EMPRESA EL DRET D'OPCIÓ.

Resum dels fets: el demandant fou acomiadat en virtut de notificació formal del dia 28 de juny de 2010, amb efectes del mateix dia. La carta d'acomiadament només fa una referència abstracta a l'article 54.2.e) de l'Estatut dels Treballadors, imputació formal que correspondria a una «disminució continuada i voluntària del treball normal o pactat». Tot i això, la carta no fa cap menció a fets concrets que suportarien la imputació, per tal que s'acull a la possibilitat legalment factible d'acudir a l'«acomiadament exprés» d'aleshores vigent article 56.2 de l'Estatut. Es vol dir que l'empresa, tot posant a disposició la indemnització legalment prevista en cas d'improcedència, preconitza l'extinció del contracte per reconeixement d'improcedència del comiat i abonament de la indemnització taxada. El treballador s'hi oposa al·legant que l'opció entre readmetre a l'acomiadat o indemnitzar li correspon al treballador, de manera que formula demanda per exercitar el seu dret a la readmissió. Es basa el treballador en què, acusada la nul·litat de la decisió extintiva, gaudeix el treballador de la garantia atribuïda als representants legals dels obrers per l'article 56.4 ET, que li confereix el dret d'opció. El debat enfronta el problema de si la garantia d'optar a favor del treballador és aplicable als membres «vigents» de la representació unitària dels treballadors, o si —en

tesis que defensa la postura obrera— també resulta aplicable als candidats a formar part del futur òrgan de representació, instal·lats a la llista de candidatura d'un procés electoral existent en la data de l'acomiadament. Es planteja si la garantia és aplicable no sols als candidats formals, sinó també als precandidats notoris, tan notoris com que l'empresari era conscient que el treballador es proposava formar part de la futura llista de candidatura; como era conscient que l'operari es trobava «en campanya» d'obtenció de l'acta representativa a través de iniciatives fermes i consumades. El debat, en definitiva, afrontava si l'empresari estava en condicions d'estrancar l'opció representativa d'un precandidat ferm i ben definit, mitjançant l'argúcia legal de l'acomiadament «expres» en el qual fa ús de la facultat d'optar per la defenestració d'una persona «neutra», val a dir no protegida per la seva definida posició de candidat. Es produeix la inversió de la càrrega probatòria, davant de la completa inanitat de fet de l'acusació d'una conducta infractora. El Jutjat atorgà la raó a la part treballadora. La sentència resultà confirmada després, pels seus propis fonaments, per la Sala de Suplicació. Per això es reproduïx tot seguit un fragment de la sentència d'instància.

Fonamentació jurídica: «SEGUNDO.- En el caso que es objeto de la presente resolución se invoca por la parte demandante, como fundamento de su pretensión anulatoria del acto extintivo, la vulneración de derechos fundamentales del trabajador y, en concreto [...] del derecho de libertad sindical del trabajador y de igualdad. En relación con esta cuestión de la vulneración derechos fundamentales y libertades públicas como causa de despido nulo, debe recordarse la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional respecto al alegato de despido discriminatorio, atentatorio de derechos fundamentales y la prueba en contrario [...].

Por tanto, en primer término conviene analizar si por la parte actora se han aportado indicios racionales que permitan sostener que el despido del demandante vino motivado por su afiliación sindical y su inminente participación, como candidato, en el proceso electoral a celebrar en la empresa

demandada, y, a tal efecto, la respuesta ha de ser afirmativa por cuanto a continuación se expondrá:

- en primer término, debe tenerse en cuenta que [...] el demandante el día 18 de junio de 2003 fue elegido delegado sindical del sindicato UGT en la entidad demandada, constituyéndose la correspondiente Sección Sindical de dicho sindicato en la empresa demandada. Tal elección fue cuestionada por la demandada [...]

Tal situación, de falta de reconocimiento de la figura del delegado sindical encarnada por el actor, se mantiene hasta la actualidad, ya que en el presente procedimiento se cuestiona la facultad, en caso de accederse a la petición subsidiaria de improcedencia del despido, de elección por parte del trabajador, conforme a lo establecido en el artº 56.4 ET [...].

- en segundo lugar, debe considerarse que [...] en el año 2006, el día 10 de octubre, tuvieron lugar elecciones sindicales en el seno de la demandada [...] En dicha elección el actor concurría como elegible con el número de dos en la lista de candidatos presentada por el sindicato UGT [...] si bien no resultó elegido, al serlo únicamente un candidato de la lista.
- en el año 2010 [...] tuvieron lugar nuevas elecciones al Comité de Empresa, las cuales fueron preavisadas el 10 de agosto de 2010 [...] Ahora bien, a pesar de que el preaviso del proceso electoral no se comunicó hasta agosto de 2010, con posterioridad, por tanto, al despido del actor, sin embargo debe tenerse en cuenta que [...] resulta lógico pensar que en el mes de junio de 2010 existía ambiente electoral en la empresa, según afirmaron todos los trabajadores de la empresa que depusieron en calidad de testigos el día del juicio [...].
- pero, además de lo anterior, de igual modo se considera que era un hecho comúnmente conocido en la empresa, por parte de la

generalidad de los trabajadores, que el actor encabezaría la lista a presentar por el sindicato UGT, así lo manifestaron en sus respectivas declaraciones testificales los Sres. [...] debiendo ponerse seriamente en duda la falta de conocimiento de la empresa respecto de dicho hecho [...] toda vez, que como se ha dicho, era un hecho notorio entre la plantilla, resultando extraño que, conociéndose la inminencia del proceso electoral, según manifestó el Sr. [...] no mostraran interés en conocer las candidaturas.

- del mismo modo [...] el actor fue excluido del censo electoral remitido por la empresa [...] habiéndose tenido que presentar la correspondiente reclamación ante la Mesa por parte del sindicato UGT, la cual finalmente fue atendida e incluido el actor en el censo, según manifestó la testigo Sra. [...] Pero junto a dicha incidencia, debe ponerse de manifiesto que por parte de la empresa, a través de la Sra. [...] se trató de relegar al actor en la lista presentada por el sindicato, al efecto de impedir que éste fuera elegido miembro del Comité de empresa; así lo narró la Sra. [...], la cual afirmó que la Sra. [...] la llamó, interesándose por la posibilidad de relegar al tercer puesto de la lista al actor, siendo que en ese caso ella les facilitaría personas para poder integrar la lista de candidatos [...].
- junto a todo lo anterior, así como al hecho de que finalmente el actor resultó elegido en dichas elecciones [...] debe recordarse igualmente que en la misma carta de despido se reconoció la improcedencia del mismo [...].

En consecuencia, el resultado de la prueba practicada ofrece indicios sólidos y razonables de que el despido de la actora obedeció a una represalia por su afiliación sindical y su inminente participación, como candidato, en las elecciones sindicales a celebrar en la empresa, la cual supondría, de no justificarse por la parte demandada la razonabilidad del despido practicado, una vulneración del derecho a la libertad sindical del actor tutelado en el artº 28 de la Constitución y en la Ley Orgánica 11/1985».

Comentari: La inversió de la càrrega probatòria, en el cas d'invocació de lesions a drets fonamentals, no és un fenomen desconegut, sinó ben freqüent i operatiu. Tot i així, la Jurisprudència laboral cada dia es mostra més estricta en reclamar una adequada satisfacció de la càrrega d'aportar els indicis raonables de lesió que, segons coneguda doctrina constitucional, constitueixen requisit indispensable per obtenir la inversió de la càrrega del «*onus probandi*». Els trets definitoris del que es considera un «indici raonable de lesió» es mostren cada dia més esquiús. Per això, és d'obligada recensió una escrupolosa llista sumativa dels indicis infractors, ben entès que no sempre la quantitat és indicatiu de qualitat: els indicis han de ser qualitativament rellevants. La llarga transcripció de fets indiciaris que formula la sentència comentada era obligada per valorar com l'òrgan jurisdiccional d'instància escomet amb rigor i minuciositat no exempts de brillantesa el retrat fidel de tota la tirallonga d'indicis que en el cas es donaven, remuntant-se als antecedents històrics més significatius en l'escala serial de maniobres fellones desplegada pels responsables de l'empresa, fins al punt d'ingerir-se en l'elaboració de les llistes que confeccionava un determinat sindicat. El relat històric, com toca ser, no sols fa la descripció més acurada de la sèrie d'esdeveniments, sinó que estalona en cadascun dels incidents descrits els elements probatoris corresponents (fent referència en els fonaments als raonaments que l'han dut a formar convicció, com diu l'art. 97.2 de l'actual Llei processal 36/2011, i també de la vigent quan es dicta sentència). Aquesta construcció exemplar de la sentència permet arribar a una definició jurídica incontestable, en tutela del dret fonamental a la llibertat sindical. La novetat relativa, ja hi havia escadussers antecedents jurisprudencials, és que l'àmbit de tutela també es projecta sobre la condició de «precandidat» electoral, estalonada per l'àmplia trajectòria sindical del treballador que recull amb rigor la sentència judicial.

rjib 10

ACTIVITAT REGISTRAL

**Resolucions de la Direcció General dels
Registres i del Notariat
(novembre 2010 – octubre 2011)**

Antoni Canals Prats
Registrador de la Propietat

1. RESOLUCIÓ DE 15 D'ABRIL DE 2011. ANOTACIÓ PREVENTIVA DE DEMANDA. FINCA DEL MATEIX DEMANDANT.

Resum dels fets: per manament d'un Jutjat de Primera Instància de Saragossa, en un procediment de mesures cautelars coetànies, seguides a instància de F.G.P. contra C.S. XXI, SL, s'ordena prendre anotació preventiva de demanda sobre la finca registral 2.447 del terme municipal de P. De la informació del registre resulta que la finca no consta inscrita a favor de l'entitat mercantil contra la qual s'adreça el procediment, essent el mateix demandant el titular registral. Per tant, es debat si és possible formalitzar una anotació preventiva de demanda sobre una finca quan el demandant és el mateix titular registral per no haver-se inscrit la transmissió objecte del plet a favor de l'entitat demandada. En aquest plet el demandant, i encara titular registral, sol·licita la resolució del contracte per incompliment de l'obligació de pagament, com també que es condemni a la societat demandada al lliurament i restitució de la fiança.

Presentat el manament al Registre de la Propietat corresponent, l'anotació sol·licitada fou suspesa perquè la finca no figurava inscrita a favor de la societat demandada, tal com exigeix l'art. 20 de la Llei hipotecària i perquè no tenien transcendència real totes les pretensions incorporades a la demanda, atès que cap d'elles pot provocar assentament registral mentre la finca figuri a favor del mateix demandant (art. 42.1 LH).

Fonamentació jurídica: és doctrina de la Direcció General que, en el nostre sistema registral, qualsevol títol que es pretén portar al Registre ha de ser atorgat pel titular registral o hi ha d'haver un procediment dirigit contra aquest. Per això, en principi l'anotació preventiva de demanda s'ha de practicar sempre que la demanda s'interposi contra el titular registral, de manera que s'ha de suspendre o denegar, segons escaigui, quan la finca es trobi inscrita a favor d'una altra persona.

Ara bé, i així s'ha pronunciat aquest Centre directiu en altres ocasions, és diferent el problema que es planteja quan el titular de la finca és el mateix demandant. En aquest cas, es podria pensar que no és lògic que s'anoti una demanda en la qual el titular registral és el mateix demandant i, en aquest sentit, en diverses ocasions la Direcció General ha apreciat que, en aquest supòsits, no hi pot haver anotació (Resolució de 7 de setembre de 2005).

Això no obstant, aquest criteri fou matisat després en les resolucions de 14 de febrer de 2006 i de 24 de gener de 2011 en base al principi de tutela judicial efectiva, tot admetent l'anotació preventiva quan, si no es fes, es produiria una supòsit d' indefensió per al demandant. Això succeeix quan existeix un títol de transmissió o gravamen referent a la finca objecte de demanda que encara no ha estat inscrit, però la futura inscripció del qual pot tenir com a conseqüència que la finca en qüestió l'adquireixi un tercer. Això no es considera contrari al principi de tracte successiu, atès que aquest principi exigeix refusar el document només quan el titular de la finca és una tercera persona.

A més, en el cas examinat no és necessari que la persona que faci l'anotació inscrivui prèviament el títol d'adquisició del demandat, perquè això suposaria un tràmit superflu en el cas que la demanda fos estimada. A més, l'anotació permetrà que no apareixin tercers protegits per la fe pública registral que sol·licitin la inscripció dels seus drets, cosa que és possible per la via de l'art. 312 del Reglament hipotecari.

Comentari: la Resolució de què es tracta planteja el cas curiós d'un titular registral que sol·licita que la seva demanda s'anoti sobre una finca de la qual és titular, no constant en el Registre la titularitat del demandat per manca de la prèvia inscripció del títol que origina el plet. D'entrada el cas pot sorprendre, però allò que en realitat amaga és el temor que la sentència que recaigui en el plet no pugui executar-se si apareixen tercers protegits per la manca de publicitat registral de la demanda.

La solució que es dóna a la resolució comentada és admetre l'anotació sens exigir la prèvia inscripció del contracte de compravenda objecte del litigi, i considerar aquesta inscripció com a supèrflua.

Aquesta argumentació planteja, però, alguns problemes. El primer és d'ordre estrictament legal, atès que l'art. 40 LH només dóna legitimació per instar l'acció de rectificació del Registre a qui resulti perjudicat per la inexactitud de l'assentament. En aquest cas, és evident que aquest requisit no es compleix, perquè l'anotació de demanda és una acció claríssima de rectificació d'un dret inscrit i perquè l'acció de resolució exercitada en la demanda no consta inscrita, com tampoc no hi consta l'escriptura de venda. Així doncs, es pretén rectificar una cosa que no està inscrita, per la qual cosa no s'hauria de donar accés al Registre, principalment si es té en compte el caràcter taxat dels mitjans de rectificació segons el precepte de la LH abans esmentat.

El segon problema rau que, quan hi hagi sentència ferma, en cas de ser estimatòria i favorable a la resolució de la venda, no es podrà inscriure perquè la venda no ha estat inscrita. Al demandant i titular registral segurament no li interessarà la inscripció perquè inscriure la venda impugnada, i automàticament en el mateix assentament cancel·lar-la per resolució declarada en sentència, no tindrà molt de sentit; i encara menys per al demandat i comprador. Així doncs, el destí d'aquesta anotació serà la caducitat registral. No sembla lògic mantenir una línia doctrinal amb una finalitat tan ineficaç.

En aquests casos, en la meua opinió, cal inscriure prèviament la venda litigiosa i immediatament després l'anotació de demanda contra aquesta venda, de manera que el venedor queda assegurat front a tercers protegits. Al mateix temps, si hi ha sentència estimatòria, aquesta es podrà inscriure amb efectes plens, d'acord amb l'art. 198 del Reglament hipotecari. Així cobren sentit les possibles alternatives que es puguin presentar.

2. RESOLUCIÓ DE 3 DE JUNY DE 2011. SERVITUDS PERSONALS: DURADA.

Resum dels fets: en una escriptura autoritzada el 12 de març de 1992, la senyora A.T.D. va cedir l'aprofitament de la totalitat de la pedra existent en la finca registral 422, als senyors J.C.D., R.C.P. i J.C.P. per terceres parts indivises. El contracte establí la seva vigència fins al moment en què s'hagués extret tota la pedra existent a la finca, o per un termini màxim de cinc-cents anys comptadors des de la data de l'escriptura.

Presentada l'escriptura al Registre de la Propietat, la inscripció fou denegada per considerar-se que es tracta d'un usdefruit sobre part dels fruits de la cosa, admès per l'art. 496 del Codi civil.

L'aplicació dels preceptes del Cc als usdefruits catalans anteriors a la Llei 5/2006 obliga a atribuir-lis el caràcter vitalici que estableix, amb caràcter general, l'art. 513 Cc. Aquest principi el va aplicar l'Audiència Provincial de Tarragona, en Sentència de 21 de març de 1995 en el fonament jurídic segon de la qual es diu que «El derecho de usufructo es un derecho eminentemente personal que se extingue por la muerte del usufructuario, a no ser que por excepción, el título constitutivo autorice su transmisión a terceras personas». Per això, a la llum d'aquesta normativa cal concloure que, per tal que sigui viable l'usdefruit a favor de diverses persones amb la facultat de transmissió — com en el cas present—, s'haurà d'haver atorgat així expressament en el títol constitutiu; altrament, la mort del usufructuari determina l'extinció de l'usdefruit, encara que l'usdefruit hagi estat cedit a una altra persona per imposició de l'art. 513 Cc.

Fonamentació jurídica: la Direcció General no accepta l'aplicació de la regulació continguda en el Cc sobre els usdefruits en el seu art. 513, núm. 1 — que estableix el caràcter vitalici de l'usdefruit—, davant l'absència de previsió contractual en contrari.

Com afirma la Sentència del Tribunal Suprem de 8 de maig de 1947, tot i l'antiga confusió dels conceptes d'usdefruit i de servitud personal, en el Codi civil quedaren clarament diferenciades ambdues institucions, de manera que, qualsevol sigui l'opinió sobre la prohibició de la perpetuïtat d'aquesta classe de servituds, o sobre les orientacions doctrinals que advocaven per la llibertat plena de la propietat d'acord amb la tendència desvinculadora de la codificació, el cert és que la qüestió de la durada d'aquestes limitacions del domini es troba consignada en la llei.

En efecte, el text de les disposicions de l'esmentat títol VII, sobre servituds, no permet suposar la prohibició de constitució a perpetuïtat; al contrari, el Codi fa al·lusió a la seva possibilitat a l'art. 596 i també al núm. 4 de l'art. 546 a *contrario sensu*. En establir com a norma general que el títol de la seva institució és el que reglamenta la servitud i que, en les voluntàries, es pot establir lliurement qualsevol pacte, sempre que no contradiguin les lleis o l'interès públic, és evident que la llei no posa cap límit a la possibilitat de perpetuïtat. Per altra banda, en el mateix Codi està previst el remei contra la durada indefinida de la servitud de pastures per mitjà de l'art. 603, que estableix la facultat, atribuïda segons la jurisprudència només a l'amo de la cosa gravada, de reduir tal gravamen i la manera de fer-ho.

Per tot això, el Tribunal Suprem arriba a la conclusió que resulta insostenible la hipòtesi de la temporalitat forçosa de les servituds personals. Així, i atesa l'existència de normes legals aplicables al cas resolt per la Sentència esmentada (les del títol VII Cc), es refusa el recurs governatiu per aplicació analògica de les regles de l'usdefruit.

De tot això cal concloure que no és viable aplicar al contracte documentat en l'escriptura qualificada les normes del Codi sobre l'usdefruit. I això atès el fet que la previsió contractual sobre la durada temporal del dret -fins a l'exhauriment de la pedra existent a la finca i, subsidiàriament, fins a un màxim de cinc-cents anys- allunya clarament la voluntat dels constituents del dret de la figura de l'usdefruit vitalici, i la reconduïx al règim propi de les servituds personals, que no es veuen sotmeses a aquesta limitació temporal (art. 531

Cc). Aquesta conclusió confirma la qualificació jurídica realitzada per la Sentència del Tribunal Suprem de 30 de gener de 1964 d'un dret d'aprofitament, consistent en la «saca de pedra» respecte de determinada finca, com a servitud personal.

Comentari: en aquesta resolució es presenta un cas de transmissió d'aprofitament de la totalitat de la pedra existent en una finca, atorgada pel propietari de la finca a favor de tres persones per terceres parts indivises, i amb una durada contractual fins a l'esgotament de la pedra o fins que transcorrin cinc-cents anys. La posició del registrador va ser entendre que es tracta d'un usdefruit parcial i aplicar el règim de durada legal d'aquest, i la del Centre directiu fou la de considerar que es tracta d'una servitud personal, no sotmesa als terminis dels usdefruits.

La distinció entre usdefruit parcial i servitud personal no és senzilla, però *prima facie* es pot concloure que el dret d'usdefruit no pot consumir la matèria o la substància disminuint-la, llevat de previsió legal expressa, mentre que el dret de servitud suposa la possibilitat d'utilitzar una cosa, però sense esdevenir un dret d'explotació i menys encara si hi ha la possibilitat d'exhauriment de la substància o de la matèria sobre la que recau.

En la meva opinió, el dret d'aprofitament, tal com està constituït i estipulat en el document objecte del present recurs, no permet conèixer la naturalesa del dret transmès, ni el règim jurídic que hi és aplicable en general, ni els seus efectes especials. És a dir, si el dret d'aprofitament s'ha constituït com un dret personal o obligacional, o com un dret real; i en aquest darrer cas no se sap de quin tipus és.

Es sabut que l'art. 7 del Reglament hipotecari admet la inscripció de drets reals no tipificats, els quals, precisament per no tenir una normativa marc o supletòria, reclamen la doctrina de la DGRN que, per a la seva inscripció, obliga a les parts a assenyalar el règim jurídic dels seus elements essencials com a dret real; és a dir, conveni exprés de les parts pel qual confereixin caràcter real al dret constituït, amb les característiques d'immediativitat i

efectivitat *erga omnes*, i estableixin el règim de durada en base al principi de no admissió de càrregues perpètuas irredimibles sobre el domini. Això tenint present que, si les parts constituents es remeten a un dret ja tipificat en l'ordenament jurídic, el contingut de facultats del dret constituït ha de ser compatible i no contradictori amb el d'aquest dret tipificat. Si es tracta d'un dret non tipificat, el règim no pot resultar contrari a les normes imperatives que regeixen els drets reals, com pot succeir, per exemple, si s'elimina la immediativitat o l'efectivitat *erga omnes*, o si s'atribueix la perpetuïtat al dret.

En el cas examinat, res de tot això no aclareixen les parts, les quals es limiten a transmetre un dret innominat d'aprofitament sense més especificacions. La via del recurs governatiu no permet indagar la vertadera intenció de les parts per suplir totes aquestes deficiències de constitució o de configuració de drets en els títols que s'atorguin, doncs no hi ha contradicció entre les parts ni llibertat de prova. La suplència només es pot dur a terme per acord, aclaració, interpretació o rectificació del títol feta pels mateixos atorgants, o per sentència ferma en procediment declaratiu. Mentre, al meu entendre, només és possible suspendre la inscripció a l'espera que les parts aclareixin i completin les deficiències, especialment si poden definir si es tracta d'un dret real o no i, en cas de ser-ho, si correspon a un dels ja tipificats per la llei. Si no està tipificat, les parts hauran de fixar el règim jurídic.

rjib 10

ACTIVITAT NORMATIVA

**Crònica de les normes jurídiques publicades
entre novembre 2010 i octubre 2011**

Lluís Isern Estela

Lletrat oficial major del Parlament de les Illes Balears

I. Illes Balears

1. Lleis i decrets lleis

Les principals característiques d'aquest conjunt de normes jurídiques poden ser resumides, seguint l'ordre de la seva publicació, de la següent manera. En primer lloc, la **Llei 11/2010, de 2 de novembre, d'ordenació del transport marítim de les Illes Balears** (BOIB núm. 165), regula els serveis remunerats de transport marítim, sigui de passatgers, de mercaderies o mixtos, exclusivament entre ports i punts del litoral de les illes. Aquesta regulació s'inspira en el principi bàsic de la lliure prestació d'aquests serveis, raó per la qual el règim general que s'hi estableix és el de la mera comunicació prèvia de l'inici de l'activitat a l'administració competent, per tal que aquesta pugui verificar el compliment de tots els requisits exigits per al seu exercici. No obstant això, i per excepció, la Llei preveu també un règim d'autorització administrativa prèvia i reglada amb la imposició d'obligacions de servei públic o, fins i tot, la subscripció d'un contracte de servei públic, en aquells casos en què es tracti de línies considerades essencials per garantir el transport marítim regular i l'oferta de mercat resulti insuficient per satisfer-les. La Llei declara d'interès estratègic determinades línies de transport marítim i, entre d'altres aspectes, incorpora un conjunt de normes relatives als drets i deures dels passatgers, com també recull uns drets específics per als residents empadronats a l'illa de Formentera.

En segon lloc, la **Llei 12/2010, de 12 de novembre, de modificació de diverses lleis per a la transposició a les Illes Balears de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre, del Parlament Europeu i del Consell, relativa als serveis en el mercat interior** (BOIB núm. 171; correcció d'errades BOIB núm. 111/2011), trasllada a l'àmbit de la nostra Comunitat Autònoma dues llibertats consagrades al Tractat de la Unió Europea, com són la d'establiment i la de prestació de serveis. La finalitat de la directiva és crear un autèntic mercat interior de serveis i, per això, elimina tots els obstacles que

s'oposen a la llibertat d'establiment dels prestadors en els estats membres i a la lliure circulació de serveis entre els estats membres, alhora que obliga a iniciar un procés d'avaluació que permeti modernitzar els sistemes nacionals de regulació de les activitats de serveis, en el sentit de simplificar o substituir tots els tràmits que ho possibiliten per alternatives menys oneroses. Aquesta directiva ha estat transposada parcialment per l'Estat en l'àmbit de les seves competències i també per la Comunitat Autònoma mitjançant la Llei 8/2009, de 16 de desembre, de modificació de la Llei d'ordenació de l'activitat comercial i mitjançant la Llei 12/2010, de la qual ara en donam notícia. Efectivament, són molt nombroses les modificacions legals introduïdes: es modifica la Llei 4/2001, del Govern, la Llei 3/2003, de règim jurídic de l'administració de la Comunitat Autònoma, la Llei 20/2006, municipal i de règim local de les Illes Balears i la Llei 10/1998 de col·legis professionals. Així mateix, es modifica la Llei 2/1999, general turística, la Llei 10/2006, integral de la joventut, la Llei 4/2009, de serveis socials i la Llei 10/2005, de ports de les Illes Balears. També, a la part final de la Llei, a les disposicions transitòries, addicionals, derogatòria i finals en resulten afectades altres normes de l'ordenament jurídic balear. La disparitat de matèries modificades i l'especificitat de la regulació duta a terme, fa impossible donar-ne compte més detallada.

En tercer lloc, ens hem de referir a la **Llei 13/2010, de 9 de desembre, de publicitat institucional de les Illes Balears** (BOIB núm. 183), dictada en compliment d'un manament exprés de l'Estatut d'autonomia, que comporta l'establiment d'un règim jurídic ordenat, sistemàtic i global de la publicitat institucional, fins aleshores inexistent. La Llei considera publicitat institucional tota activitat de comunicació emesa, promoguda, subvencionada, patrocinada o contractada, individualment o conjuntament amb altres entitats públiques o privades, pels subjectes sotmesos a la Llei, que tinguin per objecte difondre un missatge comú a una pluralitat de destinataris mitjançant qualsevol format, suport o mitjà, sigui o no publicitari. Aquesta definició de la publicitat institucional es completa amb la determinació dels subjectes sotmesos, que són tots els poders públics de les Illes Balears, d'una banda; i, d'altra banda, amb una enumeració dels objectius que ha de satisfer (com ara, la informació

als ciutadans dels seus drets i deures, la informació sobre polítiques, programes, serveis i actuacions públics, etc.) i d'aquelles activitats de comunicació pública que en resten excloses o prohibides (com, per exemple, les que tinguin com a finalitat destacar els assoliments en la gestió o els objectius aconseguits pels subjectes sotmesos a la Llei, aquelles a les que no hi concorrin exclusivament raons d'interès públic, etc.). La Llei regula també la llengua que s'ha d'emprar, els principis i criteris de contractació, la garantia d'accés de les persones amb discapacitat, el respecte obligat al medi ambient i l'exercici de la publicitat en període electoral.

La **Llei 14/2010, de 9 de desembre, de mediació familiar de les Illes Balears** (BOIB núm. 183), parteix del concepte de mediació com a mètode de gestió pacífica de conflictes, que pretén evitar que s'obrin processos judicials, posar fi als que s'hagin iniciat o reduir-ne l'abast, amb l'assistència de professionals qualificats, imparcials i neutrals que facin de mediadors entre els subjectes per possibilitar vies de diàleg i obtenir acords justs, duradors i estables. Enfront de la Llei 18/2006, de 22 de novembre, de mediació familiar, que optava per la figura del contracte de mediació i per donar a aquesta un caràcter privat, la Llei 14/2010 entén que el marc idoni en el que s'ha d'encabir la mediació familiar és el dels serveis socials. És per això que la Llei crea l'organització administrativa del Servei de Mediació Familiar de les Illes Balears, sense perjudici de les iniciatives privades que en aquest àmbit puguin sorgir. Poden ser objecte de la mediació familiar els conflictes entre els progenitors i els seus fills, sempre que es tracti de matèries disponibles per les parts d'acord amb el dret de família i susceptibles de ser plantejades judicialment, els conflictes sorgits entre la família biològica i la família adoptant o la família acollidora i els conflictes per raó d'aliments entre parents i l'atenció de persones en situació de dependència. Amb aquesta finalitat la Llei estableix un procediment de mediació familiar, respecte del qual es regulen les causes d'incompatibilitat de les persones mediadores, com també les obligacions d'aquestes i dels subjectes de la part familiar en conflicte. Es regulen així mateix les fases procedimentals i els efectes i contingut dels acords que s'adoptin; per últim, s'estableix el pertinent procediment sancionador.

La Llei 15/2010, de 22 de desembre, de l'Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears (BOIB núm. 2/2011), respon a un mandat estatutari i té, com a objecte principal, definir el model organitzatiu i de gestió del servei públic de comunicació audiovisual de les Illes Balears. Els principis bàsics sobre els quals s'estructura aquest model són: a) la consideració de l'activitat de comunicació audiovisual com un servei essencial de la comunitat; b) l'articulació del model entorn el concepte de servei públic, i c) la previsió de les figures del mandat marc i dels contractes programa com a instruments bàsics que han de guiar l'actuació de l'ens. L'organisme que s'ha d'encarregar de la gestió del servei públic de comunicació audiovisual és l'Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears, entitat de dret públic amb personalitat jurídica pròpia i plena capacitat d'obrar, adscrit formalment a la conselleria competent en matèria audiovisual, que té autonomia de gestió i actua amb independència funcional respecte del Govern i de l'Administració. S'estructura al voltant d'una organització matriu (l'ens pròpiament dit) i de dues societats filials encarregades, respectivament, de la gestió de la ràdio i de la televisió. El sistema organitzatiu de l'Ens pivota sobre tres òrgans: el Consell de Direcció, la Direcció General i el Consell Assessor de Continguts i de Programació. Els nou membres del Consell de Direcció són elegits pel Parlament de les Illes Balears, per majoria de dos terços dels seus diputats, d'entre persones amb qualificació, experiència i mèrits professionals rellevants, amb un mandat de sis anys. Transcorreguts sis mesos a partir de la primera votació, sense que s'hagi pogut obtenir l'esmentada majoria, bastarà la majoria absoluta per a l'elecció. D'entre els membres del Consell de Direcció s'elegeix el director de l'Ens per les mateixes majories esmentades. El Consell de Direcció és el màxim òrgan de govern i administració de l'Ens i el director general exerceix amb caràcter permanent les funcions d'administració i representació de l'Ens, així com la direcció executiva i ordinària. El Consell Assessor de Continguts i de Programació, integrat per quinze membres elegits pel Parlament, per majoria de dos terços dels diputats, es configura com l'òrgan de participació social. D'altra banda, la Llei conté un conjunt de normes relatives a la programació de l'Ens, al qual imposa l'obligació de complir les funcions de servei públic i de

contribuir a la normalització de la llengua i la cultura pròpia de les Illes Balears, establint-se el català com a llengua vehicular de tota la programació. Aquesta Llei ja ha estat objecte de modificació mitjançant el **Decret Llei 2/2011, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 15/2010, de 22 de desembre, de l'Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears** (BOIB núm. 115; validació BOIB núm. 135). Explica la seva exposició de motius que, abans que s'hagi pogut produir la transformació i successió legal d'entitats (de l'antic al nou Ens Públic de Radiotelevisió) pel nomenament del nou Consell de Direcció i del nou director general, l'antic director general va presentar la seva dimissió. Davant aquesta situació, el Decret Llei estableix que, si es produeix vacant en la direcció de l'antic Ens Públic, mentre no es constitueixi el Consell de Direcció les funcions seran assumides, per raó del seu càrrec i de manera transitòria, pel titular de la conselleria a la qual s'adscriu l'Ens.

La darrera de les lleis aprovades l'any 2010 és la **Llei 16/2010, de 28 de desembre, de salut pública de les Illes Balears** (BOIB núm. 2/2011), que té per objecte la regulació de les actuacions, de les prestacions i dels serveis en matèria de salut pública que es desenvolupen a les Illes Balears. La Llei enuncia els principis rectors en la matèria i les funcions de la salut pública, com també la planificació de les polítiques de salut a través del Pla de Salut de les Illes Balears i dels plans i programes que les complementen. Considera com a prestacions en aquesta matèria el conjunt d'actuacions dirigides a fomentar, protegir i promoure la salut de les persones en l'esfera individual i col·lectiva, prevenir la malaltia i tenir cura de la vigilància de la salut, a l'hora que du a terme una enumeració de totes elles. Les prestacions de salut pública previstes a la Llei es fan efectives mitjançant la cartera de serveis corresponent, aprovada per decret de Consell de Govern. D'altra banda, la Llei regula el sistema d'informació en salut pública com un sistema organitzat d'informació sanitària, vigilància i acció en aquest àmbit, la gestió del qual encarrega a l'Agència de Salut Pública de les Illes Balears. Regula, també, el sistema de formació, recerca i innovació en salut pública, les competències que en la matèria corresponen a les administracions de les Illes Balears, la intervenció administrativa i el règim sancionador pertinent. L'Agència de Salut Pública de

les Illes Balears es crea a la Llei com un organisme autònom, adscrit a la conselleria competent en matèria de salut, per al desenvolupament i l'execució de les competències autonòmiques en matèria de salut.

El primer dels textos legals aprovats a l'any 2011 és la **Llei 1/2011, de 24 de febrer, de transformació de fundacions del sector públic sanitari de les Illes Balears i de determinació del règim jurídic de les fundacions sanitàries** (BOIB núm. 30 Ext.), la qual té per finalitat, bàsicament, donar cobertura legal a la decisió del Servei de Salut de les Illes Balears de posar en marxa un procediment d'estatutització del personal funcionari i laboral que prestava servei a les fundacions del sector públic Son Llätzer i Manacor. Efectivament, atès que la relació jurídica d'aquest personal era de caràcter laboral i, per tant, estava sotmesa a l'Estatut dels Treballadors, i atès que no era jurídicament possible adscriure personal estatutari a les fundacions Hospital Son Llätzer i Manacor, la Llei va optar per transformar les dues fundacions del sector públic esmentades en fundacions públiques sanitàries, entitats que sí poden albergar personal estatutari. En conseqüència, la Llei regula també el règim jurídic de les fundacions públiques sanitàries.

D'altra banda, la **Llei 2/2011, de 22 de març, per la qual es regula la participació institucional de les organitzacions empresarials i sindicals més representatives de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 47), té per objecte la regulació del marc de la participació institucional de les organitzacions sindicals i empresarials més representatives en totes les entitats públiques i els organismes públics integrats en el sistema institucional autòmic de les Illes Balears, que tinguin atribuïdes competències en matèria laboral, social o econòmica que afectin els interessos econòmics i socials de la població laboral, de les empreses i de la ciutadania en general. Queda fora de l'àmbit d'aplicació de la Llei la participació en els òrgans sectorials de participació o negociació col·lectiva en l'àmbit de l'ocupació pública, i la participació en el Consell Econòmic i Social de les Illes Balears i en el Consell Social de la Universitat de les Illes Balears. La Llei delimita el contingut de la participació institucional, la forma en què aquesta s'ha d'exercir, els drets i deures dels

subjectes participants i també, per remissió a la legislació estatal, el que s'ha d'entendre per organitzacions sindicals i empresarials més representatives. Per últim, i no per això menys important, la Llei reconeix a aquestes organitzacions el dret que tenen de percebre una subvenció econòmica en concepte de compensació per les despeses derivades de la dita participació, i preveu altres ajudes a aquestes organitzacions.

La Llei 3/2011, de 25 de març, de delegació de competències al Consell Insular de Menorca de les facultats que, com a administració gestora, exerceix ara l'Administració de la CAIB en relació amb el Museu de Menorca i la Biblioteca Pública i l'Arxiu Històric de Maó, institucions culturals de titularitat estatal (BOIB núm. 48), suposa que, a partir de la data d'efectivitat de la delegació (1 de setembre de 2011), aquest Consell Insular ha d'exercir totes les potestats implícites en les competències de gestió de les esmentades institucions culturals sobre les quals, de conformitat amb l'article 32.5 de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, correspon a la Comunitat Autònoma l'execució de la legislació de l'Estat. D'això s'excepcionen les expressament atribuïdes a l'Administració de l'Estat en els convenis subscrits entre el Ministeri de Cultura i l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears sobre gestió de biblioteques de titularitat estatal i sobre la gestió dels arxius i museus de titularitat estatal, ambdós de 24 de setembre de 1984, o en els que els substitueixin en el futur, que necessàriament hauran de ser signats per l'Administració de la Comunitat Autònoma.

Especial atenció mereix la **Llei 4/2011, de 31 de març, de la bona administració i del bon govern de les Illes Balears** (BOIB núm. 53), que té per objecte establir les mesures i les línies d'actuació que permetin al Govern, a l'Administració de la Comunitat Autònoma i als ens del sector públic instrumental de les Illes Balears actuar de conformitat amb els principis i valors de la bona administració i del bon govern, en el context de millora contínua de la qualitat de les organitzacions i dels serveis públics que es presten a la ciutadania i de la qualitat democràtica pel que fa als efectes de les intervencions públiques i a l'acció de govern. Es tracta d'una norma en bona

mesura purament programàtica, inspirada en els següents principis generals: orientació a la ciutadania, participació ciutadana, informació administrativa, transparència, eficàcia i eficiència, qualitat normativa, simplicitat i comprensió, gestió del coneixement, qualitat dels serveis i millora contínua, anticipació i celeritat, integritat, governança, responsabilitat i rendició de comptes, responsabilitat social de l'administració, igualtat de gènere i accessibilitat. La Llei s'organitza en tres grans idees o temes. Sota l'epígraf de «la bona administració», es concreten un conjunt de regles relatives a l'accessibilitat, l'administració electrònica i la simplificació (com ara, la participació ciutadana, l'accés a arxius i registres l'arxiu de l'expedient electrònic i la simplificació de procediments); també es recullen normes relatives a la transparència en la gestió, especialment pel que fa a la contractació pública, la gestió dels serveis públics, els convenis de col·laboració i les subvencions i ajuts. I, finalment, un grapat de previsions sobre els sistemes de gestió i la qualitat de les organitzacions i dels serveis públics, relatives, entre d'altres, als compromisos de servei i les cartes ciutadanes. La segona idea de la Llei és la relativa al «bon govern». Aquesta qüestió s'estructura en tres conceptes: d'una banda, el lideratge ètic i integrador, amb normes concretes sobre els principis del bon govern i els conflictes d'interessos; d'altra banda, les formes de gestió, el marc regulador i la responsabilitat social de l'Administració; i, finalment, l'avaluació de polítiques públiques. Enllaçant amb aquesta darrera qüestió, la Llei enceta el desenvolupament de la seva tercera idea-força que és la creació i regulació d'una Oficina d'Avaluació Pública de les Illes Balears.

La darrera de les lleis aprovades a la VII Legislatura és la **Llei 5/2011, de 31 de març, de modificació de la Llei 1/2003, de 20 de març, de cooperatives de les Illes Balears** (BOIB núm. 53), la qual suposa una actualització del contingut d'aquesta normativa tot recollint diverses novetats socioeconòmiques i legals que s'han anat produint en la matèria. Particularment destacable és l'aparició de noves normes en matèria de comptabilitat, d'origen europeu, que fan necessària una nova regulació del règim econòmic de les societats cooperatives. En aquest sentit, s'introdueix a la Llei la possibilitat de desdoblant les aportacions al capital social entre aquelles que han de ser reemborsables al

soci en tot cas amb motiu de la seva baixa de l'entitat, i aquelles el reemborsament de les quals pot ser refusat incondicionalment pel consell rector; així mateix, s'ha d'esmentar la rectificació que la Llei efectua en relació amb la destinació del romanent de la cooperativa en els casos de dissolució i liquidació o transformació, en què una de les partides fonamentals és la dotació existent en el fons d'educació i promoció.

La nova Legislatura al Parlament de les Illes Balears, la VIII, s'inicià amb la validació d'un grapat de decrets llei. Així, el **Decret llei 1/2011, de 29 de juliol, de modificació de l'article 20.3 de la Llei 7/2010, de 21 de juliol, del sector públic instrumental de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears** (BOIB núm. 115; validació BOIB núm. 135), altera la previsió legal que ordenava que entre els membres del consell d'administració, el patronat, la junta de govern o l'òrgan equivalent dels ens que integren el sector públic autonòmic hi havia d'haver un representant de la Direcció de l'Advocacia de la Comunitat Autònoma, i ho fa en el sentit d'eliminar-ne el caràcter de membre d'aquests òrgans de direcció, establint ara que la seva funció d'assessorament als dits òrgans s'articuli mitjançant l'assistència a les seves sessions amb veu i sense vot. També preveu el Decret llei la possibilitat d'una delegació d'aquestes tasques d'assessorament en membres dels serveis jurídics que tinguin atribuït l'assessorament jurídic dels ens esmentats.

Del Decret llei 2/2011, relatiu a l'organització de l'Ens Públic de Radiotelevisió de les Illes Balears, ja se n'ha donat raó més amunt.

El **Decret llei 3/2011, de 29 de juliol, de modificació dels terminis prevists a l'article 3 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** (BOIB núm. 115; validació BOIB núm. 135), té per objecte prorrogar una normativa transitòria que excepcionava en determinats supòsits de sòl urbà i urbanitzable la necessitat d'implantació del servei de clavegueram per a l'atorgament de llicències, certificats de final d'obra i cèdules d'habitabilitat per a habitatges unifamiliars aïllats. Aquesta pròrroga es justifica a l'exposició de motius del

Decret llei argumentant que, per motius diversos, la majoria dels ajuntaments afectats de les Illes Balears no han aprovat definitivament els projectes d'urbanització o dotació de serveis de clavegueram, incloent-hi les connexions als sistemes generals de depuració, ni, per tant, les obres esmentades es podran trobar executades i en funcionament abans dels terminis inicialment prevists a la Llei 10/2010. Per aquesta raó, i amb la finalitat d'evitar que determinats àmbits de sòl urbà i urbanitzable executats sense el servei de clavegueram restin paralyzats per la impossibilitat d'atorgar noves llicències, certificats de final d'obra o cèdules d'habitabilitat, s'amplien els esmentats terminis.

El Decret llei 4/2011, de 5 d'agost, de modificació de la Llei 7/2000, de 15 de juny, de creació del Servei d'Ocupació de les Illes Balears (BOIB núm. 119; validació BOIB núm. 135), té per objecte, simplement, l'adscripció del SOIB a la conselleria competent en matèria d'Educació, atès que fins aleshores estava adscrit a la conselleria competent en matèria de Treball. Aquest canvi es justifica a l'exposició de motius perquè es vol potenciar un sistema integral de formació professional, qualificacions i acreditacions que respongui amb eficàcia i transparència a les demandes socials i econòmiques a través de les diverses modalitats formatives (reglada, ocupacional i contínua), comptant amb els recursos que ofereix tant la Conselleria d'Educació com el SOIB.

El Decret llei 5/2011, de 29 d'agost, de suport als emprenedors i a la micro, petita i mitjana empresa de les Illes Balears (BOIB núm. 129; validació BOIB núm. 145), pretén promoure l'activitat generadora de riquesa i ocupació a través dels emprenedors i la micro, petita i mitjana empresa de les Illes Balears. Amb aquesta finalitat, d'una banda, s'estableixen normes en l'àmbit de l'educació i la universitat: s'ordena la inclusió dins els decrets de desenvolupament curricular de continguts sobre formació i motivació per a la creació d'empreses; la inclusió a l'àmbit universitari de mòduls pràctics i teòrics adreçats a fomentar la creació d'empreses, i l'establiment de programes destinats a potenciar la capacitat tècnica en gestió empresarial. També es preveuen normes per fomentar el valor de la responsabilitat social empresarial.

D'altra banda, el Decret llei conté previsions sobre simplificació administrativa i coordinació de polítiques de suport a emprenedors i empreses. Per últim, es regulen un conjunt d'actuacions que han de permetre als emprenedors i empresaris acudir al finançament tradicional i no tradicional: així, es crea un fons de capital llavor i un fons de capital de risc; s'estableix una política de foment de captació d'àngels inversors i, finalment, s'habiliten línies d'aval que cobreixin les necessitats no ateses pel sistema financer actual.

Quant a la **Llei 6/2011, de 13 d'octubre, de modificació de la Llei 12/2006, de 20 de setembre, per a la dona** (BOIB núm. 159), es tracta d'una llei d'article únic que suposa la desaparició d'un anacronisme legal. Efectivament, i malgrat que no fos d'aplicació a la pràctica, el cert és que no s'havia derogat expressament una disposició legal segons la qual «les subvencions electorals de la comunitat autònoma reconegudes per la Llei s'han d'incrementar en un 10% per als escons obtinguts per dones. Aquest mateix percentatge s'ha d'aplicar en la subvenció per a cada un dels vots aconseguits per les candidatures amb representació equilibrada de dones i homes». Aquesta norma, que tenia sentit a un sistema de no restricció per raó de sexe en la confecció de llistes electorals, ara, amb la plena vigència del sistema obligatori de llistes paritàries, està mancada de fonamentació, raó per la qual es deroga.

També és tracta d'una llei d'article únic la **Llei 7/2011, de 20 d'octubre, de modificació de la Llei 5/2010, de 16 de juny, del Consell Consultiu de les Illes Balears** (BOIB núm. 159), la qual, no obstant això, incideix en aspectes diversos de la regulació del Consell Consultiu. D'una banda, segons justifica la seva exposició de motius, resulta necessària una primera reforma de la llei a fi d'aconseguir una major estabilitat institucional: aquesta reforma implica la derogació i modificació d'algunes disposicions transitòries de la Llei 5/2010 amb la finalitat de facilitar la renovació dels membres del Consell Consultiu (que arran de l'esmentada Llei 5/2010 varen passar a ser deu en lloc dels set originals). D'altra banda, la llei considera ara convenient que al Ple de la institució existeixi una figura permanent que l'assessori jurídicament i atribueix aquesta missió al lletrat cap del mateix cos de la institució. D'altra banda, la

nova Llei és més permissiva amb la possibilitat que els funcionaris i personal laboral al servei de les administracions públiques puguin ser membres del Consell Consultiu, amb la finalitat d'afavorir el màxim coneixement del dret administratiu dins de la institució. Així mateix, la Llei incorpora determinades regles relatives a la provisió del càrrec de president del Consell Consultiu, tot atribuint la seva designació al president de les Illes Balears.

Per últim, és necessari fer constar dins aquest apartat que fou aprovat, en la sessió del Ple de dia 15 de març de 2011, un nou **Reglament del Parlament de les Illes Balears** (BOIB núm. 68).

2. Decrets

Són ben diverses les matèries que han estat objecte de regulació reglamentària. Pel que fa a afers socials, hem de destacar: el Decret 48/2011, de 13 de maig, pel qual es regulen els principis generals i les directrius de coordinació dels **serveis socials comunitaris bàsics** (BOIB núm. 75); el Decret 56/2011, de 20 de maig, pel qual s'aprova la **Cartera Bàsica de Serveis Socials** de les Illes Balears 2011-2014 (BOIB núm. 79); el Decret 57/2011, de 20 de maig, pel qual s'estableixen els principis generals d'organització i funcionament dels **punts de trobada familiar per derivació judicial** (BOIB núm. 81), i el Decret 26/2011, d'1 d'abril, pel qual es regula la prestació per a persones que han estat sotmeses a **tutela administrativa** (BOIB núm. 53).

En matèria turística, hem d'esmentar el Decret 13/2011, de 25 de febrer, pel qual s'estableixen les disposicions generals necessàries per facilitar la llibertat **d'establiment i de prestació de serveis turístics**, la regulació de la declaració responsable i la simplificació dels procediments administratius en matèria turística (BOIB núm. 32) i el Decret 20/2011, de 18 de març, pel qual s'estableixen les disposicions generals de **classificació de la categoria dels establiments d'allotjament turístic** en hotel, hotel apartament i apartament turístic de les Illes Balears (BOIB núm. 46 Ext.).

Altres decrets que per la seva importància s'han de deixar consignats són: el Decret 11/2011, de 18 de febrer, d'aprovació del Reglament de desplegament i execució de determinats aspectes de la Llei 10/2005, de 21 de juny, de **ports** de les Illes Balears (BOIB núm. 27); el Decret 14/2011, de 25 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament d'intervencions **arqueològiques i paleontològiques** de les Illes Balears (BOIB núm. 37); el Decret 16/2011, de 25 de febrer, d'avaluació i certificació de **coneixements de llengua catalana** (BOIB núm. 37); el Decret 41/2011, de 29 d'abril, regulador dels serveis d'admissió i control d'ambient intern en les **activitats d'espectacles públics i recreatives** (BOIB núm. 67), i el Decret 113/2010, de 5 de novembre, d'**accés electrònic als serveis públics** de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (BOIB núm. 165).

II. Estat

D'entre les normes estatals que han entrat en vigor dins l'àmbit temporal que abasta aquesta crònica, no hi ha cap dubte que la més important és la **reforma de l'article 135 de la Constitució espanyola** (BOE núm. 233), amb la finalitat d'orientar i limitar l'actuació dels poders públics envers l'estabilitat pressupostària.

Dins l'àmbit constitucional, no es pot oblidar tampoc que per primera vegada es va declarar l'estat d'alarma a Espanya mitjançant el RD 1673/2010 (BOE núm. 295), com a conseqüència de la situació desencadenada per l'abandonament de les seves obligacions per part dels controladors civils de trànsit aeri.

D'altra banda, la Llei orgànica del **règim electoral general** ha estat reformada en quatre ocasions: mitjançant la LO 8/2010, de 4 de novembre (BOE núm. 268), bàsicament amb relació a la confecció de la papereta per a l'elecció de senadors; mitjançant la LO 2/2011, de 28 de gener (BOE núm. 25), que recull modificacions d'ordre tècnic en matèria de cens electoral, de campanyes electorals, d'exigència de més requisits per a presentar

candidatures i normes d'antitransfugisme; mitjançant la LO 3/2011, de 28 de gener (BOE núm. 25), relativa a partits, federacions i coalicions que siguin successores de fet de partits polítics il·legalitzats, i mitjançant la LO 7/2011, de 15 de juliol (BOE núm. 170), sobre el Règistre d'Interessos que afecta a diputats i senadors.

Des d'una altra perspectiva, la **crisi econòmica i financera** i el greu problema d'atur que existeix a Espanya han estat objecte d'atenció normativa. Sense ànim d'esser exhaustius, hem d'esmentar: la LO 4/2011, d'11 de març, complementària de la Llei d'economia sostenible (BOE núm. 61); la Llei 2/2011, de 4 de març, d'economia sostenible (BOE núm. 55); la Llei 5/2011, de 29 de març, d'economia social (BOE núm. 76), i, en fi, tot un seguit de reials decrets lleis sobre matèries connexes com el foment de la inversió i la creació d'ocupació (BOE núm. 293), la transició a l'ocupació estable i la requalificació professional de les persones desocupades (BOE núm. 37), millora de l'ocupabilitat i reforma de les polítiques actives d'ocupació (BOE núm. 43), regularització i control de l'ocupació submergida i foment de la rehabilitació d'habitatges (BOE núm. 108), promoció de l'ocupació dels joves, foment de l'estabilitat en l'ocupació i el manteniment del programa de requalificació professional de les persones que esgotin la seva protecció per desocupació (BOE núm. 208) i el reforçament del sistema financer (BOE núm. 43).

Així mateix, tampoc no han estat escasses les normes d'ordre processal o connectades amb l'**Administració de Justícia** que han estat aprovades: la Llei 4/2011, de 24 de març, de modificació de la Llei d'enjudiciament civil per facilitar l'aplicació a Espanya dels processos europeus monitori i de quantia escassa (BOE núm. 72), la Llei 18/2011, de 5 de juliol, reguladora de l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació a l'Administració de justícia (BOE núm. 160), la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil i la LO 8/2011, de 21 de juliol, que la complementa (BOE núm. 175), la Llei 36/2011, de 10 d'octubre, reguladora de la jurisdicció social (BOE núm. 245), la Llei 37/2011, de 10 d'octubre, de mesures d'agilització processal (BOE núm. 245) i la Llei

38/2011, de 10 d'octubre, de reforma de la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal (BOE núm. 245)

Altres normes de matèria diversa que per la seva importància han de quedar, com a mínim, esmentades, són: la Llei 41/2010, de 29 de desembre, de **protecció del medi marí** (BOE núm. 317); el Reial decret legislatiu 2/2011, de 5 de setembre, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei de **Ports de l'Estat i de la Marina Mercant** (BOE núm. 253); la Llei 13/2011, de 27 de maig, de regulació del joc (BOE núm. 127); la Llei 14/2011, d'1 de juny, de **la ciència, la tecnologia i la innovació** (BOE núm. 131); la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, **general de salut pública** (BOE núm. 240), i el Reial decret llei 13/2011, de 16 de setembre, pel qual es restableix l'**impost sobre el patrimoni**, amb caràcter temporal (BOE núm. 224).

rjib 10

LLIBRES

Catalina Moragues Vidal

Jeroni M. Mas i Rigo

EL DRET VISCUT. 50 ANYS DE LA COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL DE LES ILLES BALEARS (1961-2011). MARÍA PILAR FERRER; MIQUEL MASOT; LLUÍS J. SEGURA (coord.). Palma: Lleonard Muntaner, Editor, 2011.

I

La iniciativa d'editar aquest llibre neix del projecte de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears de celebrar el cinquantè aniversari de l'aprovació de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears, idea a la qual se sumaren l'Institut d'Estudis Autonòmics i la Càtedra de Dret Civil de la Universitat de les Illes Balears, per la qual cosa els coordinadors de l'obra són: Miquel Masot, president de l'Acadèmia; María Pilar Ferrer, catedràtica de dret civil de la UIB, i Lluís J. Segura, director de l'Institut d'Estudis Autonòmics. Cal dir que l'obra també ha comptat amb el suport del Col·legi d'Advocats i del Col·legi Notarial de les Illes Balears, a més de la de la Direcció General de Justícia de la Conselleria d'Innovació, Interior i Justícia, així com de la UIB.

L'obra és el resultat de les aportacions de diferents juristes illencs de reconeguda solvència professional, i té una planificació acurada que segueix l'estructura de la Compilació i evita, per una banda, la dispersió, i, per l'altra, la reiteració, de vegades inevitable en aquest tipus d'obres col·lectives. Així, l'obra apareix amb la finalitat d'abastar no només el llarg camí del nostre dret civil des del Decret de 2 de febrer de 1880 fins a l'actualitat, sinó de mostrar també les seves mancances i possibilitats de futur, aspectes aquests últims que són, al meu parer, els més destacats; però, abans de justificar aquesta darrera afirmació, cal fer una breu referència als estudis que conformen l'obra objecte d'aquest comentari per adonar-nos del seu abast.

II

El llibre s'inicia amb el treball de María Pilar FERRER VANRELL, «El iter histórico-legislativo de la Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares. Sus precedentes», estudi que abasta des de la *Memoria de las Instituciones que se debían conservar* redactada el 1880 pel senyor Pedro Ripoll i Palou fins a la celebració de la sessió de les *Cortes Españolas* de 18 de

abril de 1961, en la qual es va aprovar el *Proyecto de Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares*.

L'estudi concret de la Llei 5/1961, de 19 d'abril, per la qual s'aprova la *Compilación del Derecho civil especial de las Islas Baleares* i les innovacions del seu contingut, és l'objecte de l'aportació de Francisca LLODRÀ GRIMALT, professora titular de dret civil de la UIB; aquesta aportació permet introduir-se i entendre amb tot el seu abast els tres treballs. Del primer n'és autor Jaume FERRER PONS, notari, i tracta sobre el Llibre I, dedicat a Mallorca, on exposa detingudament les institucions pròpies de l'Illa de Mallorca, denunciant, de bon començament, l'incompliment de la disposició addicional de la Compilació que estableix la «formulación decenal de una memoria comprensiva de las omisiones, deficiencias, dudas y dificultades que haya originado la aplicación de sus preceptos»; i afegeix: «Conocido es el nulo cumplimiento de este mandato». FERRER fa referència a una qüestió encara no resolta i que, al meu parer, posa de manifest una de les greus mancances del nostre dret civil. Em refereixo a la qüestió relativa als actes de disposició i gravamen de l'habitatge que constitueix la llar familiar, i explica com la comissió redactora de la Llei de reforma va proposar, en la línia del mandat constitucional de protecció de la família, la reforma de l'art. 4 relatiu a «los actos de disposición y gravamen de la vivienda constitutiva del hogar familiar», establint la necessitat del consentiment dels cònjuges i, en cas de donar-ho el cònjuge no titular, d'autorització judicial. El Parlament no va aprovar aquesta proposta i el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears, en Sentència de 3 de setembre de 1998, no va estimar aplicable a Mallorca l'art. 1.320 Cc. La reflexió final de l'autor és una crida a desplegar el nostre dret civil, «ya que lo contrario desembocaría inevitablemente en un anquilosamiento del mismo, como ha señalado parte de la doctrina» (p. 134).

El senyor Josep M. QUINTANA PETRUS, registrador de la Propietat, sota el títol «La Compilació de Dret Civil a Menorca: d'un passat escèptic a un futur integrador», se centra en l'estudi de la normativa aplicable a l'Illa de Menorca, amb una aclaridora anàlisi de la institució característica d'aquest territori: la

Societat Rural menorquina, i finalitza proposant diverses modificacions possibles del dret civil de les Illes Balears pel que fa a Menorca, demanant-se, entre d'altres qüestions, si té sentit mantenir el criteri de la Compilació de 1961 d'excloure l'aplicació a Menorca de les institucions relacionades amb la successió paccionada (definició i donació universal de béns presents i futurs), mostrant-se contrari, en canvi, a l'aplicació a l'illa de Menorca del títol III del llibre I que regula els drets reals, no només perquè els censos i el alous són drets aliens a la realitat jurídica de Menorca, sinó, també i sobretot, «perquè es tracta d'institucions jurídiques que responen a una estructura arcaica de la propietat que no té res a veure amb el món d'avui» (p. 168).

La senyora Olga CARDONA i GUASCH, advocada i vocal de la Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears, ofereix un complet «balanç de l'aplicació de la Compilació a Eivissa i Formentera», des de l'etapa anterior al moviment compilador fins als nostres dies, posant de manifest que «s'ha d'aspirar a qualque cosa més que tenir un Llibre propi on es contemplin les figures més representatives del fet diferencial pitiús» (p. 183). Mereix especial menció l'apartat VI relatiu als problemes que planteja l'aplicació de determinats preceptes del llibre III i que exposa suggeriments i propostes de cara a eventuais reformes legislatives, com ara aquelles relatives als paràgrafs primer i segon de l'art. 84 i la conveniència, entre d'altres qüestions, de regular una legítima vidual en el llibre III, tot coordinant l'art. 79 de la Compilació amb l'art. 84 i suprimint la desafortunada norma del vigent art. 84, paràgraf 2n. La senyora CARDONA acaba la seva aportació posant de manifest que la conservació del nostre dret «s'ha d'entendre avui com a punt de partida cap a objectius més ambiciosos que el de la mera pervivència» (p. 201).

El catedràtic de dret civil de la UIB, Miquel COCA PAYERAS, i la senyora Carme VILA RIBAS, professora titular de dret civil, exposen «El Derecho Civil Balear en el Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro», posant de manifest que, malgrat el marc competencial comú a les comunitats autònomes amb dret civil propi i la generosa interpretació del TC sobre la trilogia *conservar*, *modificar* i *desenvolupar*, existeixen diversos models formals de

desenvolupament del dret civil propi, i que el model escollit per la nostra comunitat autònoma ha estat el més conservador i menys ambiciós, consistint amb el manteniment de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears, amb modificacions (dues) puntuals i, al marge de la Compilació, de la Llei de parelles estables. Es poden identificar dos models alternatius de desenvolupament, els quals es poden concretar en, per una banda, el dictat de lleis especials que de forma integral o parcial van derogant la Compilació, la qual deixa per aquest motiu de ser el cos legal de referència, model adoptat al País Basc, Galícia i Aragó; i, per altra banda, en el model de codificació adoptat a Catalunya i anunciat a la Comunitat Valenciana, malgrat que en aquesta comunitat en el moment d'entrar en vigor la CE no existís ni compilació ni dret legislat propi. Expliquen els professors COCA i VILA que el model fins ara emprat a les Illes Balears en l'exercici competencial del dret civil propi ha estat, com ja s'ha dit, el manteniment de la Compilació, que situa la història com a límit del desenvolupament d'aquest dret propi, tot i que, afirmen, «la historia no justifica ni legitima, en buena técnica legislativa y en buena teoría del Estado de Derecho, la existencia de instituciones. Lo que las justifica es su racionalidad y adaptación a la realidad económica y social del momento, y lo que las legitima es su origen democrático» (p. 211).

«La evolución del Derecho Civil Balear Compilado: el contenido de la Compilación y sus modificaciones», text elaborat pel senyor Tomás MIR DE LA FUENTE sobre els treballs de la Comissió i els projectes de tramitació parlamentària, amb referències a les intervencions dels distints portaveus parlamentaris, la qual cosa permet situar històricament i políticament les modificacions projectades i les definitivament aprovades pel Parlament de les Illes Balears.

El senyor Miquel MASOT MIQUEL exposa «La Compilació del Dret Civil de les Illes Balears a la Jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia». La importància de la jurisprudència de la Sala Civil i Penal del TSJIB, dictada en aplicació de la Compilació, és posada de manifest al mateix pròleg de l'obra pel president de l'Audiència Provincial de Balears i director de la *Revista Jurídica*

de les Illes Balears, Carlos GÓMEZ MARTÍNEZ, tenint en compte que, en la mesura que complementa l'ordenament jurídic balear, forma part del mecanisme d'auto-integració al qual s'ha d'acudir abans de donar pas a la vigència supletòria del Codi civil. La importància teòrica i pràctica de classificar aquesta jurisprudència per les matèries tractades, com ho fa Miquel MASOT, és evident.

De les lleis civils de les Illes Balears no recollides en la Compilació s'ocupen el catedràtic de dret civil de la UIB José Ángel TORRES LANA i el notari José Antonio CARBONELL CRESPI, el primer, amb una mirada molt crítica sobre «La regulación de las parejas estables en las Islas Baleares» i, el segon, sobre la Llei 1/2006, de 3 de març, de voluntats anticipades, així com del seu Registre, la organització i el funcionament del qual regula el Decret 58/2007, de 27 d'abril.

El llibre conclou amb les aportacions del notari Andreu Maria MONSERRAT NOGUERA sobre «El futur del nostre dret successori a Europa», i una completa bibliografia elaborada pel senyor Pedro A. MUNAR BERNAT, la senyora Beatriz VERDERA IZQUIERDO i la senyora Olga CARDONA GUASCH, la qual, seguint l'estructura de la Compilació, permetrà conèixer els antecedents, l'evolució històrica i legislativa i els tractaments doctrinal i jurisprudencial de les institucions que conformen el dret civil de les Illes Balears, això és, tant la Compilació com les lleis civils aprovades pel Parlament i que queden fora de la Compilació: les lleis de parelles estables, de voluntats anticipades i de mediació familiar.

III

Ningú posa en dubte avui en dia que les compilacions varen suposar un pas decisiu per a la conservació dels aleshores anomenats drets forals, sense que el context jurídic i polític de l'època (entre els anys 1959 i 1973) possibilités alguna cosa més que la dita «conservació», però el marc legislatiu vigent permet assolir uns objectius que van molt més enllà. En efecte, la Constitució espanyola va reconèixer competències en matèria de legislació civil a aquelles

comunitats on subsistís un dret foral o especial propi, competències dirigides no sols a la conservació sinó també a la modificació i desenvolupament del seu dret civil (art. 149.1.8a CE), i l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears, aprovat per la Llei orgànica 1/2007, de 28 de febrer, assumeix aquestes competències en els art. 30, núm. 27, i 87.

La Compilació vigent és el resultat de l'addició d'alguns articles a la primitiva Compilació de 1961 i la modificació d'alguns altres per les lleis autonòmiques 3/1985, d'11 d'abril, de modificació de l'article 63 de la Compilació; la Llei 8/1990, de 28 de juny, sobre la Compilació de Dret Civil de Balears que va donar pas al *Tex refós* de la Compilació de Dret Civil de les Illes Balears, aprovat pel Decret legislatiu 79/1990, de 6 de setembre; la Llei 7/1993, de 20 d'octubre, de reforma de l'article 2 del títol preliminar del Decret legislatiu 79/1990, de 6 de setembre; la Llei 3/2009, de 27 d'abril, sobre causes d'indignitat successòria i desheretament en relació amb la violència domèstica, i cal anomenar, també, la Llei 3/2010, de 7 de juny, de constatació de censos i alous i d'extinció dels inactius.

Al marge de la Compilació cal destacar la Llei de parelles estables, aprovada pel Parlament de les Illes Balears el 19 de desembre de 2001, Llei que inicià una via inèdita a les Illes Balears, la de regular institucions connexes amb les ja legislades en virtut del títol competencial de l'art. 149.1.8a CE, al qual ja ens hem referit; aquesta Llei va ser acompanyada pel Decret 112/2002, de 30 d'agost, que creà el Registre de Parelles Estables; la Llei 1/2006, de 3 de març, de voluntats anticipades, i, per últim, la Llei 18/2006, de 22 de novembre, de mediació familiar.

Que la Compilació no respon a les necessitats dels temps actuals és una afirmació compartida per la majoria d'operadors jurídics, per no dir per la seva pràctica totalitat. No té explicació raonable, per exemple, que des de l'any 1990 —ara fa més de 20 anys— en què no es va aprovar la reforma de l'art. 4.2 de la Compilació que havia proposat la Comissió Assessora, el poder legislatiu d'aquesta Comunitat no hagi estat capaç de dur a terme les modificacions necessàries per fer realitat la protecció cabdal de l'habitatge familiar, ni tan sols

després de la coneguda STSJIB 1/1998, de 3 de setembre, de la qual va ser ponent el senyor PERERA MEZQUIDA, mentre que la *protecció de la família* ha estat i segueix essent un dels reclams electorals més utilitzats. De manera que em sembla del tot justificat el dubte relatiu a la capacitat de la Compilació de donar resposta a situacions personals i familiars complexes en consonància amb els valors ètics i socials del segle XXI.

Tot i així, cal reconèixer que la STSJIB 2/2010, de 24 de març, ha obert un camí valent per cobrir determinades *mancances* (sí, som conscient que no és políticament correcte usar aquesta paraula fent referència a la Compilació) en la regulació del règim econòmic del matrimoni, encara que això, pens, no sigui suficient.

C.M.V

LLENGUA, DRET I AUTONOMIA. B. COLOM PASTOR. Palma: Obra Cultural Balear—Lleonard Muntaner, Editor, 2011 (Col·lecció *Terra d'Argensa*; 2).

L'autor del present llibre —professor titular de dret administratiu a la Universitat de les Illes Balears i un dels principals estudiosos de les nostres institucions autonòmiques— ha recopilat una selecció de dotze articles, o capítols de llibres o parts de capítols, que ha publicat durant els darrers trenta anys sobre el règim jurídic de la llengua catalana a les Illes Balears.

En la presentació del llibre, COLOM manifesta la confiança en el fet que la publicació «sigui útil, que faciliti als lectors informació sobre l'evolució del règim jurídic de la llengua catalana a les Illes Balears, i que els ajudi a reflexionar sobre el punt de sortida, el camí que hem fet, la situació actual, les mancances i els camins que podem prendre. A més, crec que és oportú que aquest llibre aparegui ara, en un moment en què alguns dels principis en què es fonamenta el marc legal de la llengua han estat qüestionats pel Tribunal Constitucional i quan el sectors més sensibilitzats per la llengua experimenten una certa impotència per la impressió d'estancament.» I és que, després de gairebé trenta anys de vigència de l'Estatut d'autonomia —que proclama que la llengua pròpia de les Illes Balears és la catalana— i vint-i-cinc de la Llei de normalització lingüística (LNL), que els diputats autonòmics aprovaren per unanimitat, es torna a debatre si el sistema educatiu s'ha de fonamentar en el model de lliure elecció lingüística o de separatisme lingüístic electiu (que s'aplica al País Basc, Navarra o a la Comunitat Valenciana) o en el model del bilingüisme integral o de conjunció lingüística (com és el cas de Catalunya).

Precisament, en relació amb aquesta problemàtica —model lingüístic educatiu en l'ensenyament no universitari— trobam un dels comentaris més interessants del llibre (capítol 3). L'autor, un cop ha analitzat la LNL, assenyala

que «després del primer ensenyament¹⁵⁶ el model lingüístic no és de lliure elecció lingüística, sinó el de bilingüisme integral, o dit d'una altra manera, que la llengua vehicular dels nivells superiors al primer ensenyament no és la que elegeixen els alumnes, sinó la que fixa l'Administració, i l'Administració no és lliure a l'hora de fixar-la, sinó que està vinculada pels objectius que la Llei li imposa, un dels quals és assegurar l'ús progressiu de la llengua pròpia com a llengua vehicular a tots els centres, no separant els alumnes per raó de llengua. Aquest model, que es caracteritza per vehicular l'ensenyament a tots els alumnes en les dues llengües ha estat declarat plenament constitucional [...]». Val a dir que si, en un primer moment, el Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears havia declarat que la LNL havia optat pel model de separació electiva (Sentència del TSJIB de 28 de juny de 1996), posteriorment proclamà que el model educatiu fixat pel legislador és el de conjunció lingüística o bilingüisme integral (sentències del TSJIB de 12 de juny de 1998 i de 22 de novembre de 2011).

Al 1997, es publicaria el Decret 92, de 4 de juliol, pel qual es regula l'ús i l'ensenyament de i en llengua catalana, pròpia de les Illes Balears, en els centres docents no universitaris de les Illes Balears, en virtut del qual com a mínim la meitat de les assignatures de l'ensenyament no universitari s'han d'impartir en català. COLOM ens recorda que la legalitat plena d'aquest Decret fou declarada tant pel TSJIB (Sentència de 12 de maig de 1998) com pel TS (Sentència de 4 d'octubre de 2002). Aquí també podem portar a col·lació la recomanació del Comitè d'Experts sobre la Carta europea de les llengües regionals o minoritàries (2005): «se alienta a las autoridades competentes a

156 Aquest primer ensenyament es regeix per l'Ordre de 13 de setembre de 2004, per la qual es regula el dret dels pares, les mares o els tutors legals a elegir la llengua pròpia del primer ensenyament dels alumnes dels centres sostinguts amb fons públics. Aquesta Ordre, que havia estat derogada pel Decret 67/2008, de 6 de juny, ha reviscolat arran de la Sentència del TSJIB de 22 de novembre de 2011. Convé recordar que el primer ensenyament compren l'educació infantil i el primer cicle de l'educació primària.

establecer modelos educativos esencialmente en catalán para la enseñanza preescolar, primaria y secundaria en las Islas Baleares, de conformidad con los compromisos específicos contraídos en estos ámbitos.»

L'autor del llibre reconeix els avanços que s'han donat en els àmbits educatiu, oficial i administratiu, però considera que s'hauria d'haver aprofitat la reforma estatutària de l'any 2007 per millorar la regulació de la llengua pròpia en dos aspectes: d'una banda, per equiparar-la a la llengua castellana i, de l'altra, per fer-ne efectiva l'oficialitat i, per tant, donar-li contingut. En aquest sentit, COLOM —que va formar part de la Comissió Assessora per a la Reforma de l'Estatut— ens diu que les novetats de la reforma són escasses (val a dir que el motiu primordial, i gairebé únic, de la reforma de l'Estatut va ser blindar la Llei de consells insulars de l'any 2000 davant el recurs d'inconstitucionalitat que va interposar el Govern de l'Estat, i que encara està pendent de resolució). Així, retreu el que no s'ha fet: l'Estatut no defineix llengua pròpia, ni llengua oficial, ni assenyala les conseqüències que se'n deriven; l'Estatut no preveu un conjunt de drets i deures lingüístics o principis rectors en matèria de llengua; no inclou cap conquesta duta a terme per la Llei de normalització o els reglaments que la despleguen; no avança en l'equiparació perquè no es proclama el deure de conèixer el català, i no regula la projecció exterior de la llengua, ni cap normativa per pal·liar els incompliments de l'Estat en matèria de llengua pròpia a l'Administració de Justícia i a l'Administració perifèrica, ni tampoc per facilitar la utilització de la llengua a les institucions centrals de l'Estat (p. 272-273).

En el darrer capítol del llibre recull unes anotacions politicojurídiques a la Sentència 31/2010 del Tribunal constitucional, de 28 de juny, per la qual es resol el recurs contra l'Estatut de Catalunya. Segons l'autor, després de la Sentència, «la llengua catalana està més subordinada a la castellana. Ens allunyam del mateix estatus, de la paritat lingüística, dels mateixos drets lingüístics, del reconeixement de la diversitat i del principi de recuperació de les llengües que no són la castellana.» I és que el Tribunal interpreta que: a) no hi

ha un deure generalitzat de conèixer el català equivalent al deure de conèixer el castellà; b) el català no pot ser llengua d'ús preferent (si bé pot ser llengua vehicular en l'ensenyament, però conjuntament amb el castellà, encara que accepta que el català pugui ser el «centre de gravetat» per raons de normalització lingüística; c) s'han d'arbitrar mecanismes perquè el dret dels ciutadans a rebre les comunicacions i les notificacions en castellà pugui fer-se efectiu sense formalitats ni condicions, i d) el dret dels ciutadans a ser atesos en llengua catalana només pot ser exigible de manera immediata i directa en les relacions entre aquells i els poders públics, no en les relacions privades.

El llibre acaba amb una cronologia (capítol 13) i set annexos (p. 287-384), d'entre els quals destacam: el 5è i el 6è, dedicats, respectivament, als informes del Comitè General d'Experts sobre la Carta i recomanacions del Comitè de Ministres i als treballs parlamentaris sobre la reforma de l'Estatut d'autonomia de 2007 referits a la llengua.

Per concloure, podem asseverar que estam davant d'un conjunt de treballs escrits per un autèntic especialista en la matèria jurídica lingüística —i gairebé únic a la nostra comunitat autònoma, crec que amb la sola excepció de Lluís SEGURA GINARD, exdirector de l'Institut d'Estudis Autònoms—. Això no obstant, i aquí rau un fet interessant, el llibre, sense perdre mai el rigor tècnic que cal esperar d'un professor universitari, també té un abast divulgatiu, que fa que sigui de fàcil lectura, circumstància aquesta poc freqüent, desgraciadament, en les obres de caire jurídic.

J.M.M.R.