

BOLETÍN DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACIÓN DE LAS
ILLES BALEARS

XV

PALMA DE MALLORCA, 2014

Con la colaboración de:



Parlament de les Illes Balears

Impreso en IMPRENTA MALLORQUINA
Santo Cristo, 10 - Teléfono 971 72 22 51
07001 Palma de Mallorca

Depósito Legal: P.M. 981 - 1989
ISSN: 2254-2515

SUMARIO

I.-	JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA	pág.	7
II.-	RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD, DE HONOR Y FALLECIDOS	pág.	9
III.-	MEMORIA DEL CURSO ACADÉMICO 2012-2013	pág.	11
IV.-	DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2013-2014	pág.	27
	<i>Cláusulas abusivas en la contratación de los préstamos hipotecarios, de Don CARLOS JIMÉNEZ GALLEGO.</i>	pág.	29
V.-	SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA DE DON ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA	pág.	89
	1. Discurso de ingreso: <i>Competencia sobre las cuestiones prejudiciales del proceso penal (sustrato material y límites constitucionales)</i>	pág.	91
	2. Contestación, en nombre de la Academia: <i>Reflexionando sobre la prejudicialidad, de Don MIQUEL MASOT MIQUEL</i>	pág.	119
VI.-	LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, de Doña ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ	pág.	129
VII.-	MESA REDONDA SOBRE ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS	pág.	149
	1. <i>La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada, conforme a la Ley del Turismo de las Islas Baleares tras la reforma de la Ley de Arrendamientos Urbanos, de Don ANSELMO MARTÍNEZ CAÑELLAS</i>	pág.	151

	2. <i>Arrendamientos urbanos: de la ley estatal 4/2013 a la Ley General Turística</i> , de Don BERNARDO FELIU AMENGUAL.	pág. 177
VIII.-	XI PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ	pág. 189
	1. <i>Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013</i> , de Don PEDRO A. MUNAR BERNAT. Trabajo ganador del Premio	pág. 191
	2. <i>Elegía a nuestro Derecho civil. Intervención de Don MIGUEL COCA PAYERAS en el acto de entrega</i>	pág. 279
IX.-	MESA REDONDA SOBRE CENSOS Y ALODIOS	pág. 285
	1. <i>Censos y alodios o alous</i> , de Don ANTONIO MONSERRAT QUINTANA	pág. 289
	2. <i>La normativa reguladora dels censos i alous en l'actualitat</i> , de Don MIQUEL MASOT MIQUEL	pág. 303
	3. <i>Reflexions sobre els alous, la seva abolició i el dret civil balear</i> , de Don MIQUEL ÀNGEL MAS I COLOM	pág. 319
	4. <i>Censos y alodios: futuro</i> , de Don PEDRO A. AGUILÓ MONJO	pág. 327
X.-	COLEGIOS PROFESIONALES, de Don LORENZO ROS SÁNCHEZ	pág. 333
XI.-	MESA REDONDA SOBRE “LA JUSTICIA PENAL EN EL BANQUILLO”	pág. 341
	1. <i>La Justicia Penal en el banquillo</i> , de Don RAFAEL PERERA MEZQUIDA	pág. 343
	2. <i>Apuntes sobre ideas manifestadas en una mesa redonda</i> , de Don GABRIEL GARCÍAS PLANAS	pág. 349
XII.-	COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO. ESTUDIOS SOBRE EL LENGUAJE JURÍDICO	pág. 355
	1. <i>El lenguaje de las leyes (destinadas al ciudadano medio)</i> , de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.	pág. 357

2.	<i>La mayúscula inicial en las palabras de las leyes, particularmente, en estado y derecho,</i> de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE.	pág. 371
3.	<i>Algunes consideracions sobre el llenguatge de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears,</i> de Don MIQUEL MASOT MIQUEL	pág. 385
4.	<i>Alternativas terminológicas a la condición de imputado,</i> de Don ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA.	pág. 399
XIII.-	COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ESTUDIO SOBRE LA DEFINICIÓN Y EL FINIQUITO DE LEGÍTIMA	pág. 419
1.	<i>Ponencia sobre la Diffinitio (arts. 50 y 51 y 77 CDCIB) y propuesta de resolución de las cuestiones que plantea,</i> de Doña MARÍA PILAR FERRER VANRELL	pág. 421
2.	Comunicación del Académico Don JAIME FERRER PONS	pág. 461
3.	Comunicación del Académico Don JOSÉ CERDÁ GIMENO	pág. 465
4.	Comunicación del Académico Don MIQUEL MASOT MIQUEL	pág. 477
5.	Acta de la sesión de la Comisión Académica de Derecho Privado celebrada el 28 de Abril de 2014 . .	pág. 481
XIV.-	ÍNDICES DE LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN LOS BOLETINES DE LA ACADEMIA NÚMEROS X A XIV Y RELACIÓN DE LAS COLABORACIONES DE LOS ACADÉMICOS EN LA REVISTA MISSÈR DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS ILLES BALEARS, de Don TOMÁS MIR DE LA FUENTE . .	pág. 489
1.	Índice por autores	pág. 491
2.	Índice por actividades académicas	pág. 497
3.	Índice por materias tratadas	pág. 505
4.	Índice de artículos de la revista Missèr desde el nº 83 (Octubre de 2009)	pág. 511

XV.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS
PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN pág. 513

I.- JUNTA DE GOBIERNO DE LA ACADEMIA.

Presidente

Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel

Vicepresidente

Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo

Censor

Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana

Tesorero

Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera

Secretario

Ilma. Sra. D^a. María Pilar Ferrer Vanrell

Vicesecretario

Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons

II.- RELACIÓN DE ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD, DE HONOR Y FALLECIDOS.

ACADÉMICOS DE NÚMERO POR ORDEN DE ANTIGÜEDAD

Ilmo. Sr. D. Bernardo Cardona Escandell
Ilmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas
Ilmo. Sr. D. Miquel Masot Miquel
Ilmo. Sr. D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés
Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente
Ilmo. Sr. D. José Zaforteza Calvet
Ilmo. Sr. D. Jaime Ferrer Pons
Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez Ramos
Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida
Ilmo. Sr. D. Miguel Suau Rosselló
Ilmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera
Ilmo. Sr. D. José Cerdá Gimeno
Ilma. Sra. D^a Isabel Tapia Fernández
Ilmo. Sr. D. Antonio Monserrat Quintana
Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo
Ilmo. Sr. D. Josep Maria Quintana Petrus
Ilma. Sra. D^a María Pilar Ferrer Vanrell
Ilmo. Sr. D. Miguel Coca Payeras
Ilmo. Sr. D. Carlos Jiménez Gallego
Ilmo. Sr. D. Antonio J. Terrasa García

ACADÉMICO DE HONOR

Ilmo. Sr. D. Angel Reigosa Reigosa

ACADÉMICOS FALLECIDOS

Ilmo. Sr. D. Juan Blascos Serra

Ilmo. Sr. D. Raimundo Clar Garau

Ilmo. Sr. D. Miguel Coll Carreras

Ilmo. Sr. D. Rafael Gil Mendoza

Ilmo. Sr. D. Francisco Noguera Roig

Ilmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal

Ilmo. Sr. D. Antonio Puerto Planas

Ilmo. Sr. D. Andrés Rullán Castañer

Ilmo. Sr. D. Francisco Téllez Miguélez

Ilmo. Sr. D. Juan Vidal Perelló

EX-ACADÉMICOS

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez (*por renuncia*)

III.- MEMORIA DEL CURSO 2012-2013.

Los estatutos de la Corporación imponen, en su artículo 38, la publicación de las memorias anuales. Y, sin dudas de ninguna clase, es una prescripción sumamente sabia y acertada, pues, de esta manera, son objeto de una merecida divulgación las actividades de la Academia y de sus Académicos, las cuales, dentro del contexto de nuestra Comunidad Autónoma, tienen indudablemente una importancia superior a los escasos medios personales y materiales con los que cuenta nuestra Corporación.

Al iniciarse el curso 2013/2014 la Secretaria de la Academia Doctora María Pilar Ferrer Vanrell dio lectura a la Memoria del curso anterior, detallada y prolija, en la que se reseñan todas las actividades de nuestra Corporación durante el curso 2012/2013, exponiendo las sesiones académicas, las Comisiones de estudio, las elecciones celebradas en el seno de la Academia y las actividades de proyección externa (jornadas académicas, Premio Luis Pascual González, publicaciones y artículos de los Académicos en la Revista Missèr), con detalle final de los actos culturales a los que el Presidente o un representante de la Academia asistieron respondiendo a invitaciones cursadas a nuestra Corporación.

La Memoria finaliza haciendo una referencia al 25 aniversario del otorgamiento de la escritura fundacional de la Academia, señalando que la creación de la misma la acometieron, hace 25 años, un grupo de relevantes juristas para hacer posibles los grandes objetivos de la Academia proclamados por nuestros Estatutos: el

estudio e investigación del Derecho, el fomento de la cultura jurídica y la colaboración en las reformas legislativas, de acuerdo con la máxima de Platón según la cual “la inteligencia consiste no sólo en el conocimiento, sino también en la destreza de aplicar los conocimientos en la práctica”.

MEMORIA DE LAS ACTIVIDADES DE LA ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS DURANTE EL CURSO 2012-2013.

María Pilar Ferrer Vanrell

SUMARIO.

Introducción.

I.- El nuevo curso académico.

II.- La celebración del XXV Aniversario del otorgamiento de la escritura pública de fundación de la Academia.

III.- Las Sesiones de la Academia y su actividad interna.

a) La Junta General.

b) La Junta de Gobierno.

c) Las Comisiones de Estudio: de Derecho Público y Derecho Privado.

d) Los nuevos Académicos.

e) Las Elecciones para cubrir los cargos de la Junta de Gobierno.

IV.- Las Actividades de proyección externa.

a) Jornadas: *La Nostra Mar*.

b) Entrega del Premio Pascual González en su X convocatoria.

c) Las Publicaciones de la Academia.

d) Otras Actividades de proyección externa.

e) La página Web de la Academia.

Epílogo.

Introducción.

Cumpliendo lo preceptuado en el art. 38 de los Estatutos de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, esta Memoria pretende resumir toda la actividad académica desarrollada durante el Curso 2012-2013, tanto en su ámbito interno como en su proyección exterior.

En el curso que finaliza, la Academia, para el cumplimiento de sus fines, ha desarrollado diversas actividades de carácter interno y de proyección externa conducentes a dar cumplimiento a lo preceptuado en el art. 2 de sus Estatutos, mediante la realización de actividades diversas, de las que se darán cuenta en esta Memoria, dirigidas al estudio y la investigación del Derecho, la colaboración en la reforma de la legislación y el fomento de la cultura jurídica.

I.- El nuevo curso académico.

De acuerdo con el art. 36 de sus Estatutos, el 22 de octubre de 2012 se celebró, en sesión pública y solemne, el acto inaugural del nuevo curso 2012-2013. Abrió el Acto el Exmo Sr. D. Miquel Masot Miquel, Presidente de la Academia, y dio la palabra al Secretario de la Corporación Ilmo. Sr. D. Tomás Mir de la Fuente para que procediera a dar lectura a la Memoria de las actividades correspondientes al curso 2011-2012, que se publicó en el Boletín nº XIV de la Academia. Seguidamente, el Presidente impartió la lección inaugural con el título “*Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni*” ilustrando a los asistentes sobre las principales novedades del Anteproyecto de Ley de Relaciones Patrimoniales del Matrimonio, redactado por la Comisión Asesora de Dret Civil de les Illes Balears; que también se publicará en el citado Boletín.

El curso Académico que finaliza estuvo marcado por la celebración de la sesión conmemorativa del 25 Aniversario del otorgamiento de la escritura pública de fundación de la Academia.

II.- La celebración del 25 aniversario del otorgamiento de la escritura pública de fundación de la Academia.

Merece capítulo separado el acto público y solemne que se celebró a las 19 horas del día 25 de marzo de 2013 en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de las Illes Balears, de conmemoración del XXV Aniversario del

otorgamiento de la escritura pública de fundación de la Academia que tuvo lugar el 24 de marzo de 1988 ante el notario de Palma y Académico de número D. Rafael Gil Mendoza.

El Acto conmemorativo fue presidido por el Presidente D. Miquel Masot Miquel. Intervinieron los Académicos de número, D. Gabriel García Planas; D. Bartolomé Sitjar Burguesa, como Académicos fundadores de esta Corporación, que explicaron los prolegómenos de la constitución de la Academia en Corporación. Intervinieron también, el ex Presidente de la Academia D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés informando sobre los ocho años que representó a la Corporación y, seguidamente, disertó el Presidente, D. Miquel Masot Miquel. Cerró el Acto, D. Rafael Gil March, Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados.

III.- Las Sesiones de la Academia y su actividad interna.

La Academia se reunió en su sede, el Colegio de Abogados, en Junta General; en Junta de Gobierno; y en Comisión: la Comisión de Derecho Público y la de Derecho Privado.

a) La Junta General.

La Academia se reunió, en una primera sesión ordinaria y preparatoria del nuevo curso académico, el 24 de septiembre de 2012, para tratar y acordar, entre otros extremos, la fijación de la fecha de la sesión inaugural del curso 2012-2013, que quedó acordada para el día 22 de octubre. Se acordó, también, la fecha de 19 de noviembre de 2012 para la solemne sesión de ingreso del académico electo D. Carlos Jiménez Gallego, para cubrir la vacante dejada por D. Rafael Gil Mendoza. Se aprobó el Presupuesto, presentado por el Presidente, según propuesta del Tesorero D. Bernardo Cardona Escandell, para el curso 2012-2013. Se acordó la programación de los estudios a realizar por las Comisiones: de Derecho Público y de Derecho Privado. Finalmente, el Presidente recordó que en el mes de diciembre de 2012 se cumplen los cuatro años del mandato de los cargos de la Junta de Gobierno, elegidos en 2008, por lo que procedía convocar nuevas elecciones. Se señaló como fecha para la presentación de candidaturas el mes de noviembre de 2012, fijando el 17 de diciembre a las 18 horas para la celebración de las votaciones.

Las siguientes sesiones ordinarias se celebraron el 22 de octubre de 2012, en sesión previa a la sesión solemne inaugural del nuevo curso académico; el 17 de diciembre de 2012; el 27 de febrero de 2013; y el 13 de mayo de 2013 como última y de cierre del curso académico 2012-2013.

b) La Junta de Gobierno.

Por su parte, la Junta de Gobierno se reunió en diversas ocasiones para tratar las cuestiones propias de su competencia.

c) Las Comisiones de Estudio: de Derecho Público y de Derecho Privado.

Una de los principales objetivos de la Academia, en el ámbito de su actividad interna, es el trabajo en Comisión elaborando estudios y propuestas legislativas, especialmente en materia de Derecho Civil balear, en cumplimiento de los fines que debe perseguir la Academia de acuerdo con los artículos 2 y 3 de sus Estatutos.

Las Comisiones de Derecho Público y de Derecho Privado se reunieron en trabajo conjunto, en varias sesiones, a lo largo de este curso, para proceder al estudio de la regulación de la Sucesión Intestada en la Compilación de las Illes Balears, con el fin de presentarlo a la Molt Hble. Sra. President del Parlament de las Illes Balears para una posible reforma de la Compilación de Derecho civil en ejercicio de la competencia legislativa que le atribuye el art. 149.1.8 de la Constitución Española y art. 30.27 del Estatut d'Autonomia de les Illes Balears. Con esta propuesta, la Academia da cumplimiento a la finalidad de colaborar en la reforma de la legislación civil propia, prevista en el art. 3.3 de sus Estatutos y aplica los conocimientos en la práctica.

La ponencia presentada en el seno de la Comisión de Derecho Privado corrió a cargo del Presidente D. Miquel Masot Miquel. El estudio analiza la aplicación de la regulación del Código civil en materia de sucesión intestada teniendo en cuenta las particularidades propias de cada uno de los Libros de la Compilación; y con especial referencia a la legítima viudal, a la posición de los descendientes definidos y la exclusión del indigno.

El Académico D. Carlos Jiménez Gallego presentó otro estudio titulado “Sucesión intestada. Examen de Derecho Comparado”; y D. Jaime Ferrer Pons unas notas aclaratorias al texto presentado con el título “Abintestato y la Compilación. Notas de Urgencia”.

La Comisión de Derecho Público, por su parte, también centró su actividad doctrinal sobre la Sucesión Intestada desde la perspectiva de la Sucesión del Estado. Se presentaron dos ponencias; una redactada por el Académico D. Pedro A. Aguiló Monjo con el título “Las Comunidades Autónomas como herederos abintestato: Primera aproximación”, en la que analiza el mantenimiento de la remisión al art. 956 del Código civil que hace la vigente Compilación, a diferencia de la regulación normativa establecida en los otros ordenamientos civiles territoriales y finaliza presentando una propuesta de redacción modificadora del art. 53 de la Compilación de Derecho Civil de las

Illes Balears. La segunda ponencia corrió a cargo del Académico, D. Tomás Mir de la Fuente, con el título “Notas para una reforma de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears realizable en el acto” en la que también presenta una propuesta de modificación normativa a fin de que la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sea la Heredera *abintestato*, legítima o legal, en sustitución del Estado. El estudio aborda el análisis del artículo 956 y siguientes del Código civil, actualmente aplicables a Baleares; así como un estudio comparado con la normativa de otros derechos civiles autonómicos. Todos los estudios fueron objeto de debate por los miembros de las dos Comisiones.

d) Los nuevos Académicos.

El curso que finaliza estuvo marcado por el acto más importante que se celebra en la Academia, el discurso de ingreso de un nuevo Académico de número.

Dos Académicos electos, D. Carlos Jiménez Gallego y el Dr. D. Miguel Coca Payeras, ingresaron en la Academia en acto público y solemne celebrado en la Sala de Actos del Colegio de Abogados, presidido por su Presidente, D. Miquel Masot Miquel, con la asistencia de Autoridades de la Comunidad Autónoma.

El discurso de ingreso pronunciado por D. Carlos Jiménez Gallego, en sesión celebrada a las 19.30 h del 19 de noviembre de 2012, llevaba por título *Instituciones de confianza en el ordenamiento de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro*. En nombre de la Academia contestó el Académico de número D. Antonio Monserrat Quintana. El discurso de ingreso y la contestación se publicarán en el Boletín nº XIV de la Academia.

También en sesión solemne, celebrada el 17 de diciembre de 2012 a las 19.30 h, D. Miguel Coca Payeras pronunció el discurso de ingreso en la Academia con el título *Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de instituciones fundamentales*. La contestación en nombre de la Academia estuvo a cargo del Académico de número D. Josep Maria Quintana Petrus; se publicarán en el Boletín nº XIV de la Academia.

Especial impacto causó tanto al Sr. Presidente como a los Sres. Académicos la renuncia presentada por D. Javier Muñoz Jiménez por motivos de salud. El Sr. Presidente le comunicó el sentimiento de pesar, expresado por la Junta General, por no poder seguir contando entre los Académicos numerarios con un jurista cuyo prestigio y público reconocimiento es de todos conocido; a la vez que le agradecía la inestimable y docta actividad llevada a cabo en el seno de la Academia a lo largo de los años que ha permanecido en esta Corporación como numerario.

El Presidente aceptó, con pesar, la renuncia y declaró la correspondiente vacante que se procedería a cubrir de acuerdo con los Estatutos. El 1 de marzo se abrió la convocatoria para presentar candidaturas con la finalidad de cubrir la vacante producida, cerrándose el plazo el 15 de abril. La Junta General, en la sesión ordinaria de 13 de mayo de 2013, procedió a la votación, resultando electo Académico D. Antonio José Terrasa García a propuesta de los Sres Académicos: D. Rafael Perera Mezquida, D. José Zaforteza Calvet y Dña. María Pilar Ferrer Vanrell; a la propuesta se adjuntaron las adhesiones de los Sres. Académicos, Dña. Isabel Tapia Fernández, D. Miguel Suau Rosselló y D. Jaime Ferrer Pons.

e) Elecciones para cubrir los cargos de la Junta de Gobierno.

Finalizado el mandato de la Junta de Gobierno, el 17 de diciembre de 2012 se procedió a la elección de los nuevos cargos. La única candidatura presentada se registró oficialmente el 30 de noviembre de 2012. El resultado de las votaciones fue el siguiente:

Quedó reelegido D. Miquel Masot Miquel, como Presidente; D. Pedro Antonio Aguiló Monjo, Vicepresidente, sustituyendo a D. Bartolomé Sitjar que no se presentó a la reelección; D. Antonio Monserrat Quintana, fue reelegido Censor; D. Bartolomé Sitjar Burguera como Tesorero en sustitución de D. Bernardo Cardona, que no se presentaba a la reelección; Dña. María Pilar Ferrer Vanrell como Secretario, en sustitución a D. Tomás Mir de la Fuente que no se presentaba a la reelección y D. Jaime Ferrer Pons en el cargo de Vicesecretario en sustitución del Sr. Aguiló Monjo que no se presentaba a la reelección.

La nueva Junta tomó posesión en la Junta General celebrada el 27 de febrero de 2013.

El reelegido Presidente, D. Miquel Masot Miquel, agradeció el trabajo realizado a los Señores Académicos salientes e informó que había comunicado a las autoridades del territorio autonómico la composición de la nueva Junta de Gobierno.

IV.- Las Actividades de Proyección externa.

a) Jornadas: *La Nostra Mar*.

En primer lugar haremos referencia a las Jornadas organizadas por la *Conselleria de Presidència* y las cuatro Academias de Baleares, en el marco del Convenio firmado entre ambas partes, celebradas los días 15,16, 22 y 23 de abril en la Sala de Actos de la Conselleria de Salut, Família i Benestar

Social de Can Campaner, bajo el título *La Nostra mar: art, salut, història i dret. Una aproximació de les quatre Acadèmies de la Comunitat Autònoma a la mar de les Illes Balears*.

Abrió las Jornadas, el día 15, la Reial Acadèmia de Belles Arts de Sant Sebastià. El día 16 correspondió a la Reial Acadèmia de Medicina; el día 22 a la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Històrics, Genealògics i Heràldics; y, finalmente, el día 23, a las 19 horas, cerró las Jornadas esta Academia con el título *Del mar territorial al territorio marítimo de las Illes Balears*, en esta sesión disertaron los Sres Académicos D. Tomás Mir de la Fuente, con la ponencia que llevaba por título *La propiedad de (y en) las Islas Baleares* y D. Pedro A. Aguiló Monjo, bajo el título *La mar balear desde la perspectiva competencial*. La tercera y última ponencia la impartió D. Joan David Janer Torrens, Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universitat de les Illes Balears y titular de la Càtedra Jean Monet de Derecho Comunitario Europeo, con el título *La projecció del dret internacional en la delimitació dels espais marítims de les Illes Balears*.

b) Entrega del Premio Pascual González en su X convocatoria.

El 27 de febrero de 2013 tuvo lugar el solemne Acto de entrega del Premio Pascual González, en su X convocatoria, obtenido por la Dra. Beatriz Verdura Izquierdo, Profesora Titular de Derecho Civil de la UIB, con el título *La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencia*. El acto fue presidido por la Molt Hble Sra. President del Parlament. La contestación, por parte de la Academia, estuvo a cargo del Académico D. Miguel Coca Payeras.

c) Las publicaciones de la Academia.

La actividad doctrinal de los Sres Académicos se ha manifestado en dos publicaciones periódicas: 1) el Boletín, que se edita anualmente y, además, se puede consultar en la página web de la Academia; 2) y las páginas que la Revista *Missèr* reserva a esta Corporación.

1. El Boletín de la Academia número XIII.

En este año académico que finaliza se publicó el número XIII del Boletín de la Academia y el 11 de diciembre de 2012 fue presentado a la Molt Hble. Sra Margalida Durán i Cladera, President del Parlament de las Illes Balears.

La materia contenida en el citado número XIII es la que sigue:

- La Memoria del Curso Académico 2010-2011 redactada por el Sr. Secretario D. Tomás Mir de la Fuente.

- El discurso de apertura del curso académico 2011-2012 que lleva por título *Los refranes jurídicos castellanos y mallorquines*, que pronunció el Sr. Académico D. Tomás Mir de la Fuente.

- El discurso de ingreso en la Academia, como Académico de número, de Dña. María Pilar Ferrer Vanrell, titulado *La codificación civil y la llamada "cuestión foral" en Baleares*.

- La contestación en nombre de la Academia, por la Sra. Académica, Dña. Isabel Tapia Fernández, con el título *La distribución de competencias legislativas entre el Estado y las CCAA en la Administración de Justicia*.

- La sesión necrológica en recuerdo del Académico de número y notario de Palma D. Rafael Gil Mendoza, en la que intervinieron el Sr. Presidente, D. Miguel Masot Miquel y el Sr. Académico D. Bartolomé Sitjar Burguesa.

- Las intervenciones en la Mesa Redonda sobre *Instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal* a cargo de D. Carlos Gómez Martínez; D. Ladislao Roig Bustos y D. Gabriel Garcías Planas.

- El estudio ganador del Premio Pascual González, en su IX convocatoria, obra de D. Jaime Suau Morey, con el título *Tribunales Superiores de Justicia. Derecho propio y otras competencias*.

- La contestación por parte de la Academia al trabajo premiado a cargo del Sr. Académico, D. Antonio Monserrat Quintana sobre la *Naturaleza Jurídica de los Tribunales Superiores de Justicia desde una perspectiva constitucional*.

- Las sesiones de 25 de marzo y de 30 de abril de 2012 de la Comisión Académica de Derecho Privado que trabajó sobre la ponencia y el proyecto de modificación legislativa a cargo de D. Carlos Jiménez Gallego *Reservas hereditarias y Derecho civil Balear*; y la Comisión Académica de Derecho Público, centró sus estudios sobre dos ponencias, a cargo de D. Tomás Mir de la Fuente, tituladas *Islas en venta y Las Islas Baleares en la historia del constitucionalismo*.

2. Las páginas de la Academia en la Revista Missèr.

En las páginas que la Revista del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares reserva a la Academia se incluyen las contribuciones doctrinales de los Señores Académicos y algunos actos de relieve de la vida de esta Corporación, de las que daremos cuenta.

- **Missèr n° 95**, octubre-diciembre 2012. incluye los artículos doctrinales titulados:

- *El artículo 10 de la LTRHA versus la Instrucción de la DGRN de 6 de octubre de 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución*, su autor Dña. María Pilar Ferrer Vanrell.

- *Por una redefinición del Consell Insular de Menorca en el marco de la reforma del régimen local*, aportación doctrinal a cargo de D. Josep M^a Quintana Petrus.

- Además se publicitan las Bases del XI Premio Pascual González.

- **Missèr n° 96** enero-marzo 2013. Contiene:

- *Nota sobre la supuesta obligación de colacionar del cónyuge viudo*. Su autor, D. Carlos Jiménez Gallego

En este número se incluyen dos reseñas de dos solemnes sesiones de la Academia:

- La inauguración del curso académico 2012-2013 con un resumen del discurso inaugural pronunciado por el Presidente, D. Miquel Masot Miquel, con el título *Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni*.

- El acto solemne de ingreso en la Academia como Académico de número de D. Carlos Jiménez Gallego con el resumen del discurso de ingreso que pronunció bajo el título *Instituciones de confianza en la ordenación de la sucesión y ejecución de últimas voluntades: evolución comparada y perspectivas de futuro*. Así como la contestación en nombre de la Academia pronunciada por D. Antonio Monserrat Quintana que tituló *Fundamentos de la Confianza*.

Incluye, también, una reseña sobre el VIII Congreso Iberoamericano de Academias, redactada por el Académico D. Josep M^a Quintana Petrus con el título, “*VIII Congreso de Academias Jurídicas y Sociales de Iberoamérica. El Chile que acabo de conocer*”.

Finalizan las páginas de la Academia con una breve nota sobre la sesión de ingreso como Académico de número de D. Miguel Coca Payeras, celebrada el 17 de diciembre de 2012, una reseña sobre las elecciones a la Junta de Gobierno de la Academia que se celebraron el 17 de diciembre de 2012, en las que resultó reelegido Presidente D. Miquel Masot Miquel y la publicación de las Bases del XI Premio Pascual González.

- **Missèr n° 97**, abril-junio 2013, el último número de este curso académico que finaliza, incluye:

- El artículo doctrinal titulado *¿Quo Vadis?* (I) a cargo de D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. (La segunda parte se publicará en el número 98).

- La sesión solemne de ingreso del catedrático y abogado D. Miguel Coca Payeras, como Académico de número, que incluye una reseña del discurso pronunciado bajo el título *Propiedad, contrato y familia. 123 años de evolución de instituciones civiles fundamentales*. Así como la contestación, en nombre de la Academia, a cargo del Sr. Académico D. Josep Maria Quintana Petrus con el título *De la propietat entesa com un dret subjectiu al Registre de la Propietat com a mecanisme de seguretat en el tràfic jurídic immobiliari*.

Estas páginas finalizan con dos reseñas:

La presentación a la Molt Hble Sra. President del Parlament de les Illes Balears del Boletín nº XIII de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 10 de enero de 2013.

Los discursos en el Acto de entrega del Premio Pascual González, en su X convocatoria, obtenido por la Dra. Beatriz Verdera Izquierdo con el título *La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencias*. El discurso de contestación por parte de la Academia que estuvo a cargo del Académico D. Miguel Coca Payeras.

Incluye, finalmente, la nota publicitaria de las Bases del XI Premio Pascual González.

d) Otras Actividades de proyección externa.

En su actividad de proyección externa se debe dar cuenta tanto de las conferencias organizadas y pronunciadas en el seno de la Academia, como la actividad de asistencia a conferencias, actos y demás eventos culturales por parte de su Presidente o Académicos en quienes haya delegado.

1. Otras Conferencias pronunciadas en el seno de la Academia.

La Academia ha organizado distintos actos en relación al estudio del derecho y a la difusión de la cultura jurídica. Además de las múltiples actividades enumeradas y reseñadas en apartados anteriores, de los que se ha dado cumplida cuenta, no podemos dejar de hacer mención a los que siguen:

- Mesa redonda sobre “La reforma del Código Penal” celebrada el 23 de mayo de 2013, a las 19 horas en el Salón de Actos del Ilustre Colegio de

Abogados, en la que intervinieron los Sres. Académicos, Exmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida; Ilmo. Sr. D. Gabriel Garcías Planas, y el Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia y Abogado Dr. D. Javier Boix Roig. Tras la disertación de sus ponentes, se abrió un interesante coloquio.

- Presentación de las cuatro Academias de Baleares a las Entidades culturales y científicas de Eivissa, en el marco de la Jornada *“La nostra mar: art, salut, història i dret. Una aproximació de les Quatre Acadèmies de la Comunitat Autònoma a la mar de les Illes balears”*, que se celebró en la sede del Consell Insular de Eivissa el 25 de junio de 2013.

- El Sr. Vicepresidente de la Academia, D. Pedro A. Aguiló Monjo, disertó sobre *“La mar balear des de la perspectiva competencial. El cas d’Eivissa”*, en acto celebrado el 25 de junio de 2013 a las 16.30 h., en la Sala de Actos de la sede del Consell Insular de Eivissa.

- En el marco del III Congreso Internacional de Derecho del Turismo, el Académico Sr. Aguiló Monjo, actuó de moderador en una de las Mesas que se presentaron.

2. Asistencia a diversas actividades culturales.

La Academia ha estado presente en las actividades jurídico-culturales celebradas en la Comunidad Autónoma, representada por su Presidente o por los Sres. Académicos en quien haya delegado. Podemos destacar por orden temporal:

- Acto solemne de Apertura de los Tribunales en el Superior de Justicia. El Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia y el Sr. Fiscal Superior leyeron las Memorias del año anterior de cada Institución.

- Presentación del libro facsímil *“Escuela de Anatomía y Cirugía de Mallorca (1790-1827)”*.

- Asistencia por parte del Sr. Académico, D. Josep Maria Quintana Petrus, al Congreso de Academias Jurídicas y Sociales Iberoamericanas, celebrado en Santiago de Chile.

- Invitado por la Academia de Bellas Artes, a la Conferencia pronunciada por D. Rafael Perelló Paradelo sobre el pintor Josep Coll Bardolet. Así como a una charla sobre John Cage y las nuevas tecnologías musicales.

- Jornadas sobre Ciencia y Terminología *“Nous reptes en el marc europeu d’educació superior”*, invitado por la Universitat de les Illes Balears.

- Asistencia a la representación del Grupo de Teatro del Colegio de Abogados, de la obra *“Angelina o el honor de un brigadier”*

- Conferencia pronunciada por D. Luis Alexandre, sobre *El General Prim: un catalán liderando España*, que fue pronunciada en la Reial Acadèmia Mallorquina d'Estudis Històrics.

- Concierto de la Inmaculada, Patrona de Infantería y del Cuerpo Jurídico Militar, interpretado por la Banda Municipal de Música y la Música del Cuartel General de la Comandancia Militar de Baleares.

- A la sesión solemne de ingreso de la Académica Dña. Elvira González Gonzalo, en la Academia Mallorquina de Estudios Históricos, Genelógicos y Heráldicos, por invitación de su Presidente D. Román Piña Homs.

- Sesión Inaugural del año 2013 de la Real Academia de Medicina de las Illes balears.

- Las Comisiones de Seguimiento del Convenio firmado entre la Consellería de Presidencia y las Academias y Reales Academias de la Comunidad Autónoma.

- A la conferencia pronunciada por el Exmo. Sr. D. Rafael Navarro en el marco de los Actos conmemorativos del 180 Aniversario de la creación de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, celebrados los días 31 de enero y 1 de febrero de 2013 en las Cortes Valencianas bajo la presidencia de su Presidente el Exmo. Sr. D. Juan Cotino, por invitación del Presidente de la Academia D. Mariano Durán Lalaguna.

- Conferencia titulada “El siglo XVIII mallorquín, escenario del nacimiento y educación de Junipero Serra” pronunciada por el Sr. Vicepresidente de la Real Academia Mallorquina de Estudios Históricos, Genelógicos y Heráldicos, D. Pedro de Montaner y Alonso en el Ciclo de conferencias conmemorativas del III centenario de Junipero Serra.

- Mesa redonda celebrada el 5 de Febrero de 2013 sobre “Els reptes del control extern en el X aniversari de la Sindicatura de Comptes” con la participación del Exmo Sr. D. Ramón Álvarez de Miranda García, por invitación de la Molt Hble Sra. President del Parlament de les Illes Balears i el Sr. Sindic Major de la Sindicatura de Comptes de les Illes Balears.

- Acto solemne de recepción como Académico Numerario de la Reial Acadèmia de Medicina de les Illes Balears del Ilustre Sr. D. Jordi Ibáñez Juvé, con el discurso titulado “Cuarenta Años de Medicina Intensiva”, celebrado el 22 de febrero de 2013. Le contestó por la Academia la Ilustre Académica de número Dra. Román Piñana.

- Al Acto conmemorativo del Día de les Illes Balears, el 1 de marzo de 2013, por invitación de la Sra. Presidente del Parlamento.

- El 22 de marzo de 2013 a la sesión solemne de ingreso, como Académico

Numerario, de D. Joan March Noguera, en la Reial Academia de medicina de les Illes Balears, cuyo discurso llevaba por título *Joan Gamundí, Apotacari i Naturalista*, por invitación de su Presidente.

- Por invitación del Presidente de la Real Academia Mallorquina de Estudios Históricos, Genelógicos y Heráldicos, a la conferencia titulada “El largo camino del padre Serra (1712-1784) y la colonización de California” pronunciada por el Ingeniero Jochen Kromberg.

- El 25 de abril de 2013 a la toma de posesión de D. Pedro Aguiló Crespí, como miembro del Consell Consultiu,

- Sesión solemne de ingreso como Académico de número en la Real Academia de Medicina, de D. Ángel Arturo López González, que pronunció el discurso titulado “La promoció de la salut cardiovascular en llocs de treball”, pòr invitación de su Presidente.

- Carta de adhesión de la Academia al acuerdo tomado por unanimidad por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares, dirigida al Consejo General de la Abogacía Española, proponiendo a Dña. María Luisa Cava de Llano Carrió para la Medalla del Mérito en el servicio de la Abogacía.

- Asistencia a las Jornadas de Derecho Constitucional, dirigidas por el Dr. D. Juan Oliver Araujo, Catedrático de Derecho Constitucional, sobre “El Futuro Territorial del Estado Español:¿Centralización, Autonomía, Federalismo, Confederación o Secesión?” celebradas en la UIB el 23 y 24 de mayo de 2013.

- Asistencia a la celebración del patrón San Juan Evangelista “Ante Portam Latinam”, por invitación conjunta de la Sra. Decana Autonómica de los Registradores de la Propiedad de las Islas Baleares y del Sr. Decano del Ilustre Colegio Notarial de las Islas Baleares, celebrado el 29 de mayo de 2013.

- Asistencia al Funeral en Memoria de la Rectora Magnífica de la Universitat de les Illes Balears, Dra. Dña. Monserrat Casas i Ametller, en la Seo de Mallorca.

- Petición dirigida al Exmo. Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Palma para la concesión del título de Hijo Ilustre de la Ciudad de Palma para el Exmo. Sr. D. Félix Pons Irazazábal, que se presentó conjuntamente por el Presidente de la Academia y el Decano del Ilustre Colegio de Abogados, el 4 de julio de 2013, de acuerdo con el art. 4 b) del Reglament d'honors i distincions del Ajuntament de Palma (BOIB n° 85, de 4 de juny de 2005 n° 9798).

- El 20 de junio de 2013, a las 20 h., en la Cámara de Comercio al acto de presentación pública de la Institución de Mediación de les Illes Balears, realizado conjuntamente por el Sr. Presidente de la Cámara de Comercio y el Sr. Decano del Ilustre Colegio de Abogados.

Por último, sólo añadir que la Academia, a través de su Presidente, ha recibido diversas invitaciones para asistir a actos de otras Academias del territorio nacional que no se han podido atender. Como también publicaciones que se han donado a esta Corporación, incorporándose a su Biblioteca.

e) La página web de la Academia.

Por último, en su labor divulgadora de conocimientos jurídicos y como elemento de proyección externa de la actividad académica, la Academia ha procedido a la creación una página web (www.ajlib.es). El impulso se debe a su Presidente, D. Miguel Masot Miquel y ha colaborado en la información introducida quien era, hasta hace pocas fechas, Secretario de la Academia, D. Tomás Mir de la Fuente, a quienes se les debe agradecer el trabajo realizado, ya que permite la consulta de todo lo relativo a esta Corporación, como es la historia de la Institución, la Junta Directiva, las actividades que lleva a cabo y las publicaciones de la Academia.

Epílogo.

La Memoria del curso Académico 2012-2013 pretende reflejar la actividad interna que los Señores Académicos han ido desarrollado para la consecución de sus fines: el estudio y la investigación del derecho para poder hacer partícipe a la sociedad, en su proyección externa, fomentando así la cultura jurídica y colaborando en las propuestas de adecuación de la legislación a las necesidades requeridas por la actual sociedad, porque, como decía Platón *“La inteligencia consiste no sólo en el conocimiento, sino también en la destreza de aplicar los conocimientos en la práctica”*.

Estos fines estatutarios fueron los que motivaron a un grupo de relevantes juristas, hace 25 años, la creación de esta Corporación cuyo aniversario se ha celebrado en este curso académico que ha finalizado.

IV.- DISCURSO DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO 2013-2014.

Es costumbre en nuestra Academia dar el debido realce a la inauguración del curso académico. Ésta tuvo lugar el día 21 de Octubre de 2013, comenzando con la lectura de la Memoria del curso pasado, y dictando después la lección inaugural el Académico y Notario de Palma Carlos Jiménez Gallego, sobre un tema de verdadera actualidad como es el de las cláusulas abusivas en la contratación de los préstamos hipotecarios.

En el amplio y detallado discurso –que se inserta a continuación– se comienza haciendo una exposición de la normativa general, para pasar después a la aplicación de la misma por parte de los Tribunales, reseñando las sentencias dictadas sobre numerosas cláusulas de los préstamos hipotecarios, como son las relativas a la imposición de ciertos gastos al cliente, de renuncia del deudor a la notificación de la cesión del contrato, de la imposición de un determinado fuero judicial, de compensación de saldos, de prohibición de enajenar el bien hipotecado y de redondeo del interés al alza con especial consideración de la cláusula suelo de interés variable; en especial, se refirió a las cláusulas de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias, por disminución de la solvencia del deudor, por imposibilidad de registrar la hipoteca por cualquier causa y por arriendo de la finca hipotecada.

Expuso también las cláusulas abusivas que podrían derivar

de la infracción de la normativa bancaria y se refirió muy especialmente a las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en especial la de 14 de Marzo de 2013, apuntándose, al final de la brillante disertación, hacia la posible y deseable existencia de un control no exclusivamente judicial de las cláusulas abusivas, cual sería el notarial y el registral, así como el administrativo en base a la ley 26/1988 de 29 de Julio de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN DE PRÉSTAMOS HIPOTECARIOS.

Carlos Jiménez Gallego

El objeto de esta disertación es reseñar y comentar las cláusulas de contratos de préstamos y créditos hipotecarios que han sido judicialmente declaradas abusivas, así como otras que podrían serlo. Por razones de tiempo, no podemos comentar las cláusulas de otros tipos de contratos bancarios ni referirnos a la abusividad en la aplicación del contrato ni en la ejecución por incumplimiento del deudor.

Se examina en primer lugar la normativa de carácter general y después las principales sentencias recaídas hasta hoy que, con base en dicha normativa, han resuelto casos sobre la materia que nos ocupa. A continuación, otras cláusulas que podrían resultar abusivas, teniendo en cuenta lo anterior así como las normas de contenido mucho más específico que se han dado para aumentar la transparencia en la contratación y/o para prohibir determinadas cláusulas o prácticas, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Normativa de carácter general

Nos referimos en primer lugar a la normativa de protección –en general– de consumidores y usuarios y a la regulación de las condiciones generales de la contratación. Ambas están estrechamente unidas.

La protección de consumidores y usuarios

La protección de consumidores y usuarios tiene rango constitucional; en concreto, en el art. 51.1, situado en el capítulo de “principios rectores de la política social y económica”: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de

los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.”

La protección de consumidores está asimismo reconocida en la Unión Europea por la Directiva 13/93/CEE, de 5 de abril, promulgada para aproximar las normativas de los Estados miembros sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, entendiéndose por “consumidor” a toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional y por “profesional” a toda persona física o jurídica que actúe en el marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Esta Directiva sigue vigente y tan sólo ha experimentado una leve modificación por la Directiva 83/2011, de 25 de octubre, en una materia que ahora no interesa tratar.

De la Directiva 13/1993 destacamos lo siguiente:

Los conceptos de abuso y de condición general se dan por el art. 3: “Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato. Se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir en su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”

La apreciación de la abusividad se regula por el art. 4: “el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa. La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible.”

La consecuencia de la apreciación de abusividad se da por el art. 6: “Los Estados miembros dispondrán....que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.”

Y por último el art. 7 dispone: “Los Estados miembros velarán para que ... existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”

A nivel de legislación ordinaria interna española, el texto principal es la LGDCU, cuya redacción inicial fue la de la Ley de 19 de julio de 1984 y que

posteriormente se refundió con otras en lo que vino a ser el T.R. de la LGDCU, publicado por el R.D. legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, hoy vigente. Destacamos los artículos 82 a 90, que recogen el elenco de cláusulas abusivas –influido por la enumeración de cláusulas que hace la Directiva 13/1993– ya contenido en los antiguos artículos 10, 10 bis y la disposición adicional 1ª de la LGDCU de 1984. El art. 82 considera cláusulas abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. El carácter abusivo se apreciará, al igual que dispone la Directiva, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración. Y se desciende a un nivel de concreción mayor cuando se dice que en todo caso son abusivas las cláusulas que vinculen el contrato a la voluntad del empresario, limiten los derechos del consumidor y usuario, determinen la falta de reciprocidad en el contrato, impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas, le impongan indebidamente la carga de la prueba o resulten desproporcionadas en relación con el perfeccionamiento y ejecución del contrato. En los arts. 85 a 90 la Ley enumera supuestos particulares de cláusulas, que ahora no viene al caso citar.

La consecuencia es que las cláusulas abusivas serán “nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas” según el art. 83, que añade: la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará conforme al 1258 CC (conforme a “las consecuencias que conforme a su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley”) y al principio de buena fe objetiva. La integración la debe realizar el Juez que declare la nulidad. Se ha cuestionado por la jurisprudencia del TJUE que el Juez pueda realizar esta integración, como luego veremos.

En el campo de la seguridad jurídica preventiva, respecto de Notarios y Registradores, el art. 84 dice que “no autorizarán ni inscribirán aquellos contratos o negocios jurídicos en que se pretenda la inclusión de cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación”. La LGDCU, como se ve, optó por el control judicial, no administrativo, a diferencia de lo que ocurre en otros países de Europa, y tampoco encomendó a Notarios y Registradores esa tarea, que por lo demás los colocaría en la situación de un Juez. La función del Notario se refiere a la transparencia en la formación del contrato, como luego veremos, y al rechazo de las cláusulas que los Jueces hayan declarado nulas. Luego volveremos también sobre esto, que quizá precise alguna matización.

Visto el concepto de abuso y sus consecuencias sustantivas, pasamos a comentar la regulación de las condiciones generales de la contratación, que son el “suelo” sobre el que se edifican las cláusulas abusivas.

La Ley de condiciones generales de la contratación

Las condiciones generales de la contratación se regulan por la ley 7/1998, de 13 de julio y por el R.D. 1828/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento del Registro. La Ley incorpora al Ordenamiento jurídico español la Directiva 13/93, aunque el plazo máximo de transposición concluyó el 31 de diciembre de 1994. En todo caso, su ámbito de aplicación objetivo es mayor que el de la Directiva, ya que no sólo se refiere a contratos con consumidores. Fue levemente modificada por la LEC de 7 de enero de 2000 y por alguna otra: Ley 24/2001, de 27 de diciembre, Ley 39/2002 de 29 de diciembre, Ley 44/2006 de 29 de diciembre y por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre.

El Reglamento hoy vigente es sólo una parte del que se promulgó. Fueron impugnados casi todos sus artículos. El TS resolvió las impugnaciones en sentencias de 12 de febrero de 2002 (en general, estimatoria) y 6 de junio de 2003 (desestimatoria). La primera de éstas declaró la nulidad de todo o parte de los artículos 2, 5, 9, 15, 17, 18, 19, 21, 22, 23 y 24.

Ambito de aplicación.

La Ley se aplica a contratos que contengan condiciones generales y hayan sido celebrados entre un profesional (“predisponente”) y cualquier persona física o jurídica (“adherente”). Es profesional toda persona física o jurídica que actúe “dentro del marco de su actividad profesional o empresarial”. Es adherente cualquier persona física o jurídica, tanto si actúa como si no actúa en el ámbito de su actividad profesional o empresarial.

Se entiende por “condiciones generales” toda cláusula predispuesta, o sea, redactada previamente por una de las partes para una generalidad de contratos, cuya incorporación al contrato sea impuesta por quien la ha redactado.

La Ley se aplica (art. 3) a todos los contratos sujetos a la Ley española, y a los sujetos a Ley extranjera “cuando el adherente haya emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual”. Tienen que darse por tanto los dos requisitos. Es decir, si el adherente no es consumidor, la Ley de condiciones generales no se aplica a contratos sujetos al Derecho extranjero en los que el adherente es no residente (ya sea español o extranjero), tanto si emiten su declaración de voluntad en España como en el extranjero.

Hay dos matizaciones: la primera es que la no aplicación se entiende sin perjuicio de lo establecido en tratados y convenios internacionales, y la segunda es que en los casos en que el adherente es consumidor, se aplicará la normativa de protección de consumidores conforme a lo dispuesto por ésta (la entonces vigente LGDCU). El art. 10.bis LGDCU remitía al art. 5 del Convenio de Roma. Hoy hay que estar a lo dispuesto por el art. 67 del R.D.Leg. 1/2007, que ahora citaremos. Entendemos que esta remisión a la normativa de protección de consumidores lo es también a las reglas que fijan su ámbito de aplicación, porque no se hace salvedad y porque la finalidad del citado art. 67 (antes, el conocido 10 bis) es que la normativa de consumidores se aplique a todos los casos en que la propia normativa pretende ser aplicada.

Por tanto, se hace necesaria una reseña de cuál es el ámbito de aplicación de la normativa de consumidores.

Sobre esto, hay que tener en cuenta que según el Derecho español, hoy representado por el R.D.Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, son consumidores o usuarios “las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional” y es empresario “toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional”. Es decir, el ámbito de aplicación de la normativa de defensa de consumidores y usuarios es también amplio, aunque no tan amplio como el de la Ley de condiciones generales. El concepto de “empresario” coincide con el “predisponente” de la Ley de condiciones generales, por lo que en esto no se plantearán disonancias. Pero el concepto de consumidor es más restringido, pues aunque se aplique a personas físicas y jurídicas, se exige que no actúen en ejercicio de su actividad.

En los supuestos de Derecho internacional, hay un punto importante a retener: la normativa de consumidores relativa a cláusulas abusivas (que está recogida en los arts. 82 a 91 del citado RDL) se aplica, según el art. 67 del citado R.D.L., a todo contrato “cualquiera que sea la ley elegida por las partes para regir el contrato, cuando éste mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el empresario ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del EEE, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades. En los contratos relativos a inmuebles se entenderá, asimismo, que existe un vínculo estrecho cuando se encuentren situados en el territorio de un Estado miembro.”

Según esto, si el contrato tiene que cumplirse en España, aunque sea parcialmente, y se refiere a inmuebles en España, parece que se aplicará

la normativa española sobre cláusulas abusivas. Es decir, en materia de Derecho internacional privado, la eficacia de la normativa de protección de consumidores sobre cláusulas abusivas se extiende más que la normativa de condiciones generales.

Esto puede dar lugar a algún problema de determinación del Derecho aplicable:

La normativa sobre cláusulas abusivas contenida en la legislación española de consumidores contiene la prohibición dirigida a los Notarios, como hemos visto (art. 84 del TR de la LGDCU) de autorizar escrituras en las que se contengan cláusulas declaradas nulas por abusivas en sentencia inscrita en el RCGC. Esta norma es plausible pero su colocación en la normativa de consumidores plantea un problema en casos “internacionales”: la normativa de condiciones generales no se aplica a no residentes en casos en los que sí se les aplica la normativa de protección de consumidores. Habrá que entender que la norma forma parte de los dos bloques normativos (¡precisamente se introdujo en la normativa de consumidores por la Ley de condiciones generales!) y aplicarla siempre que haya un consumidor en cuanto sea necesario para aplicar la normativa española de protección de éste, aunque no procediera la aplicación de la normativa de condiciones generales. No parece que pueda defenderse que esta norma (el art. 84) sólo pertenece a la materia de “condiciones generales” y no a la de “consumo” pues uno de sus fines es la protección y no casa bien con ello que determinados contratos con consumidores, a los cuales se extiende la protección de la normativa de consumidores, queden excluidos.

En resumen: si el contrato lo celebra un consumidor, se aplica la normativa del R.D.L. 1/2007. Si el consumidor es no residente (español o extranjero) se aplica al menos la normativa sobre cláusulas abusivas si el contrato tiene algún vínculo estrecho con España o con cualquier otro país del EEE. Si ninguna de las partes es un consumidor, se aplica sólo la normativa de condiciones generales, que se aplica también a contratos regidos por Derecho extranjero si el adherente reside en España y ha emitido su declaración en España.

Contenido de la Ley.

La Ley contiene normas sobre la incorporación de las condiciones generales al contrato, sobre la exigencia de claridad en la redacción, alguna regla de interpretación como por ejemplo las que disponen que las cláusulas particulares prevalecen sobre las generales y que la interpretación de las cláusulas oscuras se realizará a favor del adherente, sobre el Registro de Condiciones Generales, y sobre procedimientos judiciales.

La incorporación es requisito imprescindible para su validez. Las condiciones generales sólo vinculan al adherente si pasan a formar parte del contrato. Esto se deduce del art. 5, aunque no está dicho con tanta claridad. El párrafo 1º dice “Las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas.” Parece que pueden constar físicamente en documento separado, pues el párrafo 2º exige, para que se entiendan aceptadas por el adherente, que el predisponente le haya informado expresamente de su existencia y le haya facilitado un ejemplar de las mismas.

Dado que la incorporación de las condiciones generales al contrato puede resultar en algunos casos dudosa, la Ley dice (art. 7) que no se entienden incorporadas las condiciones generales que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer “de manera completa al tiempo de celebración del contrato o cuando no hayan sido firmadas”, así como tampoco las “ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles” salvo que éstas últimas se ajusten a alguna normativa específica.

Los procedimientos judiciales regulados son cinco, según la finalidad pretendida: la declaración de no incorporación, la declaración de nulidad y la cesación, retractación o declaración de la naturaleza de condición general de una cláusula. Los dos primeros son acciones a ejercitar por el adherente y los tres últimos son acciones colectivas que pueden ser ejercitadas por ciertas entidades enumeradas en el art. 12 de la Ley.

La no incorporación pretende la constancia de que una/determinada/s cláusula/s no forma parte del contrato, ya sea por no haber podido ser conocida por el adherente de manera completa o por ser ilegible, ambigua, oscura o incomprensible.

La cesación pretende condenar al demandado a eliminar de sus condiciones generales las cláusulas nulas y a abstenerse de utilizarlas en el futuro.

La retractación pretende condenar al demandado a retractarse de la recomendación ya hecha de utilizar las condiciones generales que se consideren nulas y de abstenerse de seguir recomendándolas en el futuro.

La acción declarativa pretende el reconocimiento de que una cláusula es condición general de la contratación y que se inscriba en el Registro cuando sea obligatorio según el art. 11.2 de la Ley; o sea, cuando el Gobierno haya impuesto la inscripción obligatoria.

En materia de nulidad, la Ley se remite principalmente a la LGDCU. Es fundamental el art. 8: “Serán nulas de pleno derecho las condiciones

generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención. En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales las definidas en el art. 10 bis y disp. Adic. 1ª L. 26/1984, de 19 de julio General para la Defensa de Consumidores y Usuarios.” Hoy son los artículos del TR 1/2007 antes citados.

Por poco que nos fijemos, la eficacia de la Ley depende en gran medida de este artículo; o dicho de otra forma, la eficacia de la Ley depende de la normativa de consumidores, porque los casos de nulidad se van a dar principalmente por aplicación de ésta, ya que la Ley de condiciones generales no contiene en realidad causas de nulidad; lo que en realidad “añade” a la normativa de consumidores son los casos de no incorporación al contrato. Por ello, la aplicación de la Ley 7/1998 exige conocer la normativa de protección de consumidores.

Eficacia de las sentencias.

Las normas sobre esta materia las encontramos en la vigente LEC de 7 de enero de 2000, que derogó los artículos correspondientes de la Ley de condiciones generales. El art. 221.1º LEC dispone, en su redacción vigente, respecto de las acciones ejercitadas por asociaciones de consumidores o usuarios, que “la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente”. Es decir, no deja en manos del Juez la eficacia de la sentencia, sino que obliga al Juez a atenerse a los efectos que disponga para cada tipo de acción la normativa de consumidores. Creemos que no debe cuestionarse que esta normativa se integra también por la Ley de condiciones generales, que es la que en realidad precisa la eficacia de las sentencias que declaren las nulidades por abuso.

Lo dicho no es aplicable a procedimientos no incoados por las citadas asociaciones, sin perjuicio de la inscripción registral de la sentencia, que no obstante da siempre a ésta una eficacia que va mucho más allá de las partes litigantes.

Y es que la sentencia recaída en cualquiera de los procedimientos, ya en ejercicio de acciones individuales o colectivas, o sea, nulidad, no incorporación, cesación, retractación y acción declarativa, tiene que inscribirse en el Registro de Condiciones Generales de forma obligatoria (art. 22) y una vez inscrita, los Notarios no pueden autorizar escritura que contenga “cláusulas declaradas

nulas por abusivas. Es decir, literalmente, no cualquier nulidad, sino sólo la nulidad por “abusiva”. Esta frase es desafortunada, porque resulta chocante que Notarios y Registradores puedan autorizar e inscribir contratos con cláusulas declaradas judicialmente nulas –por causa distinta de abuso–. De todas formas, en la práctica el problema quedará diluido porque la nulidad se basará prácticamente siempre en el carácter abusivo.

También se plantea la cuestión, dado que las cláusulas que Notarios y Registradores no pueden aceptar, son las declaradas nulas por abusivas (e inscritas), es decir, aquellas que han sido declaradas nulas en aplicación de la normativa de consumidores, de qué ocurre cuando el deudor no tiene la calificación jurídica de consumidor. La respuesta no es sencilla. Tal como está redactada la norma, da la impresión de que se aplica con independencia de quién sea el deudor. Sin embargo, nos inclinamos por no rechazar estas cláusulas en estos supuestos, ya que rechazarlas implicaría aplicar la normativa de protección de consumidores a no consumidores.

Por otro lado, el art. 22 parece que se refiere a todos los casos en que reproduzca esa cláusula, ya sea por el mismo predisponente o por otro, siempre que sea idéntica. El problema aparece en los casos en que haya una sustancial identidad, aunque no se usen literalmente las mismas palabras, o más difícil todavía, en los casos en que se consiga el mismo o similar efecto aunque con una redacción distinta a la declarada nula. Esto, de todas formas, sólo puede irse resolviendo caso por caso.

El Registro de condiciones generales de la contratación.

El Registro es público y gratuito y puede ser conocido por cualquier persona. La Ley no puso ninguna limitación. El Reglamento estableció que la publicidad se haría por nota simple o por certificación, pero la STS de 12.02.2002 anuló esta norma por entender que limitaba el derecho a conocer el contenido del Registro. A consecuencia de esta sentencia, el contenido del Registro puede conocerse por cualquier persona, sin alegar ningún interés, sin ninguna otra limitación, de forma gratuita e inmediata y por Internet en la página www.registradores.org.

El Registro se configuró como una sección (la sexta) del Registro de bienes muebles. Ha tardado muchos años en llegar a existir realmente (hasta el año 2011).

Examinada la normativa de la LGDCU y de la Ley de condiciones generales, nos referimos a continuación a las resoluciones judiciales que, con base en dichas normas, han declarado la nulidad de determinadas cláusulas de contratos de préstamos y créditos hipotecarios.

Aplicación de la normativa general por los Tribunales

Cláusulas declaradas nulas por abusivas que ya han sido inscritas

Tras el examen realizado por consulta telemática en el Registro de condiciones generales, comentamos las sentencias que han sido inscritas. Nos referimos a las siguientes: una de la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005 y otras dos, del TS; una es la conocida sentencia 792/2009 del TS de 16 de diciembre y otra es una sentencia de 29 de diciembre de 2010. La inscripción de las dos primeras sentencias es de fecha 12 de mayo de 2011. La inscripción de la tercera, el 27 de junio de 2011. La sentencia de la AP de Madrid es la que fue recurrida en casación, recurso que concluyó por la sentencia 792/2009 del TS; no obstante, la sentencia de la AP devino firme respecto de algunos pronunciamientos que no fueron recurridos en casación.

Las consultas al Registro han puesto de relieve algunos problemas.

Uno es la falta de seguridad que inspira –para una consulta por cualquier profesional en ejercicio de su actividad– el acceso al contenido del Registro. Otro es la falta de buenos índices del Registro, que obliga a buscar por titular o por conceptos aún más generales, no por algo que identifique el contenido de las cláusulas, con lo cual es fácil tener dudas sobre si lo que se ha consultado es “todo lo que hay” sobre esa materia. Otro, que se apreciará mejor al reseñar las cláusulas inscritas, es que hay casos en que los textos declarados nulos por la sentencia correspondiente no coinciden con la cláusula que el Registro publica, lo que obliga a buscar en la sentencia qué es exactamente lo que se declaró nulo (a veces, menos de lo publicado), pues lo que no ha sido judicialmente declarado nulo no se puede considerar nulo porque el Registro lo publique; y por tanto se plantea la cuestión: ¿verdaderamente puede decirse que tal cláusula nula ha sido inscrita en el Registro?

A continuación se transcriben las cláusulas inscritas (de contratos de préstamos/créditos hipotecarios), si bien no se puede garantizar por completo, debido a lo que acabamos de decir, que la reseña lo sea de toda la materia inscrita.

1. Imposición de ciertos gastos al cliente.

Se trata de una cláusula que impone al cliente todos los gastos derivados de la eventual litigiosidad del contrato: “La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato.” El supuesto es la minuta del BBVA.

También se declaró nula la siguiente cláusula, de la minuta de BANKINTER: “Correrán por cuenta del prestatario los gastos derivados de los siguientes conceptos:.... Costas judiciales ocasionadas a Bankinter como consecuencia del incumplimiento de la obligación de pago por parte del prestatario.”

Y la siguiente cláusula, de la minuta de CAJAMADRID: “... en caso de incumplimiento satisfará las costas procesales que se originen, incluso las de cualquier tercería, y los honorarios y derechos de letrado y procurador que intervengan en los procedimientos correspondientes.”

La sentencia firme que confirmó la nulidad de todas estas cláusulas fue la de la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005. Este punto del fallo no fue recurrido en casación por los Bancos demandados. La AP sentenció que el pacto es contrario al criterio objetivo que en materia de costas impone el art. 394 LEC, sustituye la aplicación que de este art. tiene que hacer el Tribunal por la aplicación que hace unilateralmente el Banco, y pretende impedir apreciar al Juez la posibilidad de que ninguna de las partes tenga que pagar las costas que se ocasionen si concurren serias dudas de hecho o de derecho que justifiquen su no imposición. La nulidad se predica, por la sentencia, respecto de la imposición de gastos judiciales, no de los gastos extrajudiciales. Obsérvese que esto no siempre consta en el asiento registral, ya que a veces ha transcrito todo el texto de la cláusula; sin embargo, la nulidad no puede entenderse referida a los gastos extrajudiciales.

Lo dicho no afecta a que la hipoteca garantice cantidades por costas judiciales y por gastos extrajudiciales. Esto fue expresamente declarado válido por la sentencia.

Todavía vemos, a día de hoy, minutas de algún Banco en que sigue apareciendo esta cláusula, lo que obliga al Notario a hacer que se corrija la redacción.

2. Imposición al cliente de fuero judicial.

Se han inscrito las siguientes cláusulas declaradas nulas:

“Las partes contratantes se someten a los Juzgados y Tribunales de, renunciando al fuero particular que pudiera corresponderles” (préstamo hipotecario de CAJAMADRID).

“Los comparecientes, según actúan, se someten para el cumplimiento, interpretación, ejecución y para cuantas cuestiones se deriven de la presente escritura, a la competencia de los Juzgados y Tribunales correspondientes del partido en que radique la finca hipotecada” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

“Las partes contratantes se someten al fuero de los Juzgados y Tribunales del último domicilio del/de los titular/es notificado, según Cláusula Cuarta, para cuantas acciones o reclamaciones puedan derivarse del contrato” (préstamo hipotecario de BBVA).

La sentencia firme que confirmó la nulidad de estas tres cláusulas fue la de la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005. Tampoco fue recurrida en casación por los Bancos demandados. Frente a las alegaciones de Bankinter y BBVA en el sentido de que sus cláusulas respectivas no violaban ninguna norma imperativa, por acoger el fuero del lugar de situación de la finca o el del domicilio del deudor, la sentencia recuerda el art. 54.2 LEC: “No será válida la sumisión expresa contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios.” Se declara nula, por tanto, toda cláusula de sumisión a cualquier fuero, incluso al de situación de la finca hipotecada.

Todavía vemos, a día de hoy, minutas de algún Banco en que sigue apareciendo esta cláusula, aunque en menos supuestos que la cláusula de costas judiciales. También el Notario tiene obligación en este caso de hacer que se corrija la redacción.

3. Vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones (accesorias).

Este apartado es uno de los más problemáticos. Hay inscritas cláusulas de cuatro Bancos, que se refieren a un grupo heterogéneo de supuestos:

“Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura. Con respecto a la falta de pago, bastará la de una cuota cualquiera de amortización, incluidos todos los conceptos que la integran, de un recibo de contribución o impuesto que grave la finca o fincas, aun cuando el recibo de contribución haya sido pagado por la Caja, adelantando las cantidades precisas, teniendo la Entidad Prestadora la facultad para exigir el reembolso de las cantidades anticipadas y sus intereses, al tipo pactado en este contrato, más el correspondiente recargo por demora previsto en el mismo. Igualmente se producirán los mismo efectos cuando se trate del impago de una prima de seguro de incendios o de todo riesgo a la construcción.” (préstamo hipotecario de CAJAMADRID)

La sentencia de la AP de Madrid, confirmada por el TS, dice textualmente, respecto de esta cláusula: “sin perjuicio de que en casos concretos –en los que resulte notoriamente importante el incumplimiento contractual– pueda aceptarse el vencimiento anticipado por el incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesoria, no ha lugar a declarar la validez de dicha cláusula en los términos genéricos que aparece redactada.”

¿Qué es exactamente lo que se ha declarado nulo? Parece claro que la frase “incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura” ha sido declarada nula, por los términos genéricos en que aparece redactada. Pero la duda subsiste respecto del resto de la cláusula: vencimiento anticipado por impago de una cuota de amortización, o de un impuesto que grave la finca o de una prima de seguro. La validez del vencimiento anticipado por impago de una cuota ha sido expresamente admitida por la propia STS 792/2009. Respecto de los otros dos casos, parece deducirse de la sentencia que podrían ser declarados nulos si se califican de prestación accesoria, pero la propia sentencia no hace esta calificación. Parece que la sentencia sólo declara la nulidad del vencimiento anticipado con base en términos genéricos, o sea, el inciso “Incumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas en la presente escritura”, y que no se pronuncia (desafortunadamente) sobre el carácter accesorio de ningún supuesto. Por ello, la calificación de accesoriedad de supuestos concretos no puede entenderse que ha accedido al Registro de condiciones generales.

Otra cláusula inscrita es la siguiente:

“El Banco podrá exigir anticipadamente, total o parcialmente, la devolución del capital con los intereses y gastos hasta el día de la completa solvencia, en los casos determinados en la Ley y disposiciones aplicables, y en el de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las cláusulas 1º, 1ªbis, 2ª, 3ª, 3ªbis, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 11ª y 12ª. La misma facultad de declarar vencido anticipadamente el préstamo tendrá el Banco cuando resulten cargas preferentes a la hipoteca que aquí se constituye distintas de las reseñadas en el apartado cargas de esta escritura, y en el caso de que el deudor solicite ser declarado en suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, o lo sea a instancia de éstos, o cuando cualquiera de sus bienes o derechos resulten embargados.” (préstamo hipotecario de BBVA).

La sentencia de la AP, confirmada por el TS, dice “procede declarar la nulidad de dicha cláusula genérica, insistimos, sin perjuicio de que en algún caso concreto procede el vencimiento anticipado”. La sentencia de primera instancia dijo: “la redacción genérica dada a dicha cláusula en la que no se concreta la obligación que se incumple y se hace extensiva a las accesorias, no es una causa suficientemente justificada ni objetivada”.

Aquí surge de nuevo la dificultad en delimitar qué inciso de la cláusula es lo que se ha declarado nulo. Parece que sólo lo siguiente: “y en el de incumplirse cualquiera de las obligaciones establecidas en las cláusulas 1ª, 1ª bis, 2ª, 3ª, 3ª bis, 4ª, 5ª, 6ª, 7ª, 8ª, 11ª y 12ª.”

Pero ello no obstará a que el Banco pueda declarar el vencimiento anticipado por alguno de estos incumplimientos, ya que la nulidad se

predica de los términos genéricos de la cláusula. La situación creada por la sentencia (¿o por el Registro?) es, en este punto, como se ve, de una gran inseguridad jurídica.

Otras cláusulas inscritas son las siguientes:

“El incumplimiento por el prestatario del plan de amortización del capital o del pago de los intereses establecido en esta escritura y de cualquiera de las obligaciones de reembolso contraídas. El incumplimiento por parte del prestatario de cualesquiera de las obligaciones asumidas con terceros o con Bankinter, o el protesto o declaración equivalente de cualquier efecto en el que el prestatario figure como aceptante. El incumplimiento de cualquiera de las demás obligaciones que los deudores asumen en la presente escritura.” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

“El incumplimiento por parte del titular de cualquiera de las amortizaciones establecidas o del pago de cualquier cantidad adeudada por intereses, comisiones o gastos en las fechas previstas en este contrato. El incumplimiento por parte del prestatario de cualesquiera de las obligaciones asumidas con terceros o con Bankinter, o el protesto o declaración equivalente de cualquier efecto en el que el prestatario figure como aceptante.” (préstamo personal de BANKINTER).

“El Banco podrá dar por vencida la operación y exigir a la parte prestataria la devolución anticipada de la suma total adeudada: cuando incumpla cualquiera de las obligaciones contraídas en el presente contrato.” (préstamo hipotecario de BANCO SANTANDER).

Si dejamos de lado el tema de la disminución de la solvencia, que se trata por separado, habrá que entender, por lo dicho respecto de las otras cláusulas comentadas, que lo declarado nulo son los incisos redactados en términos genéricos. En concreto, los siguientes:

“El incumplimiento por parte del prestatario de cualesquiera de las obligaciones asumidas con terceros o con Bankinter”, “El incumplimiento de cualquiera de las demás obligaciones que los deudores asumen en la presente escritura”, “El incumplimiento por parte del prestatario de cualesquiera de las obligaciones asumidas con terceros o con Bankinter” y la cláusula del Banco Santander.

La sentencia firme que confirmó la nulidad de todas estas cláusulas fue la AP de Madrid de 11 de mayo de 2005, excepto la de Cajamadrid, cuya nulidad fue confirmada por la STS de 16 de diciembre de 2009.

En todos los casos de este apartado 3 se plantea en toda su crudeza el problema que más arriba comentábamos de que la inscripción registral ha

recogido más de los incisos declarados nulos, por lo que hay que acudir al texto de la sentencia para interpretar, o mejor, limitar la inscripción.

En nuestra opinión, no se ha declarado la nulidad de ninguna cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de prestaciones accesorias concretas. Simplemente se ha dicho que el vencimiento anticipado no procede en caso de incumplimiento de prestaciones accesorias, pero como no se ha fijado ninguna en particular, el Notario no puede negarse a aceptar cláusulas que las determinen. Lo que no sería aceptable es la cláusula que permitiera el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias, sin concretar éstas.

Nos basamos en que el fundamento del fallo es el siguiente:

“La resolución recurrida razona con acierto en el sentido de que, además de que de la cláusula se deduce que únicamente se encuentra orientada al incumplimiento del consumidor, la misma resulta desproporcionada por atribuir carácter resolutorio a cualquier incumplimiento, pues solo cabe cuando se trata del incumplimiento de una obligación de especial relevancia y en ningún caso accesorias, teniendo que examinarse cada caso en particular para determinar la relevancia de la obligación incumplida.

La argumentación de la resolución recurrida resulta conforme con la doctrina jurisprudencial más reciente –SS. 9 de marzo de 2001, 4 de julio y 12 de diciembre de 2008–, que solo admite la validez de las cláusulas de vencimiento anticipado cuando concurra justa causa, consistente en verdadera y manifiesta dejación de las obligaciones de carácter esencial, pero no cuando se trata de obligaciones accesorias, o incumplimientos irrelevantes.

Además, de entender de otro modo la cláusula, prácticamente se dejaría la resolución del contrato a la discrecionalidad de la Entidad Financiera, con manifiesto desequilibrio para el prestatario, usuario del servicio.”

En la práctica, los Bancos han corregido la redacción de sus minutas para eliminar la cláusula de vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias, o al menos han precisado, cuando se dice que se podrá declarar el vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones por el deudor, que tales obligaciones han de ser esenciales. En cambio, no han desaparecido de las minutas los supuestos de vencimiento anticipado por incumplir obligaciones específicas, como pago del IBI o de la prima del seguro de incendios. Por lo dicho antes, entendemos que el Notario no puede rechazar estas cláusulas, hasta tanto no se declaren nulas por los Tribunales.

4. Vencimiento anticipado por disminución de la solvencia del deudor.

Aparte de la anterior cláusula del BBVA, en lo que se refiere a “el caso de que el deudor solicite ser declarado en suspensión de pagos, quiebra o

concurso de acreedores, o lo sea a instancia de éstos, o cuando cualquiera de sus bienes o derechos resulten embargados” se han declarado nulas varias cláusulas similares de préstamos personales y también:

“El incumplimiento por parte del prestatario de cualquiera de las obligaciones contraídas con terceros o con Bankinter, o el protesto o declaración equivalente de cualquier efecto en el que el prestatario figure como aceptante, la iniciación de procedimientos judiciales o extrajudiciales que pudieran acarrear el embargo o subasta de sus bienes, la petición de quita y espera, la simple solicitud de suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del prestatario por cualquier causa o procedimiento.” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

La sentencia firme que declaró la nulidad de todas estas cláusulas fue la STS de 16 de diciembre de 2009. La AP de Madrid las había declarado válidas, pero el TS mantuvo criterio opuesto. Se basó el TS en que estas cláusulas dan al Banco una facultad resolutoria desproporcionada —obsérvese que no es por insolvencia propiamente dicha—, que podrían usar ante cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual.

El fundamento del fallo es el siguiente:

“El art. 1.129 CC establece que perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo:

1º. Cuando, después de contraída la obligación, resulta insolvente, salvo que garantice la deuda.

2º. Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviere comprometido.

3º. Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras.

La previsión legal, de carácter objetivo y para eventualidades posteriores al contrato, sería perfectamente aplicable como cláusula de vencimiento anticipado, pero la cláusula va más allá, pues no se refiere a insolvencia, sino a que se haya “acordado un embargo o resulte disminuida la solvencia”, y ello supone atribuir a la entidad financiera una facultad discrecional de resolución del contrato por vencimiento anticipado desproporcionada, tanto más que ni siquiera se prevé la posibilidad para el prestatario de constitución de nuevas garantías. Por consiguiente, no se trata de excluir que la Entidad Financiera mantenga las garantías adecuadas, sino de evitar que cualquier incidencia negativa en el patrimonio del prestatario, efectiva o eventual, pueda

servir de excusa al profesional –predisponente– para ejercitar la facultad resolutoria contractual.

Por ello, la cláusula tal y como está redactada produce un manifiesto desequilibrio contractual, y resulta ilícita por abusiva.”

Esta nulidad va a plantear el problema de “calificar” cláusulas que persiguen lo mismo pero emplean un texto diferente. En la práctica, las minutas de todas las entidades bancarias siguen incluyendo cláusulas de vencimiento anticipado por disminución de solvencia. Incluso podemos decir que en los dos últimos años han aumentado los supuestos, pero la redacción de estas cláusulas no es exactamente la misma que las cláusulas inscritas.

5. Vencimiento anticipado por imposibilidad de registrar la hipoteca por cualquier causa.

Constan inscritas las cláusulas de dos entidades, si bien de la sentencia resulta claramente que la nulidad de la cláusula es por no decir que la falta de inscripción sea imputable al deudor, lo que no resulta de la inscripción registral:

“Que la inscripción de la hipoteca objeto de este documento fuese denegada por el Registro de la Propiedad” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

“La no inscripción de la presente escritura de préstamo en el Registro de la Propiedad, en el supuesto de que se aprecien en ella defectos subsanables o insubsanables y en todo caso y cualquiera que sea su causa en el plazo de seis meses a partir del presente otorgamiento” (préstamo hipotecario de CAJAMADRID).

La nulidad de ambas cláusulas fue confirmada por la sentencia de la AP de Madrid de 11.05.2005. La de Cajamadrid, también por la STS 792/2009. La razón es que traslada al consumidor un riesgo de la entidad financiera. El fundamento del fallo es el siguiente:

“El motivo se desestima porque la cláusula no distingue a quien sea imputable la imposible constitución de la hipoteca. Es cierto que la hipoteca como garantía de la devolución del préstamo puede ser condicionante de la concesión de éste, pero no cabe hacer recaer exclusivamente sobre el prestatario la circunstancia de que la hipoteca prevista no se pueda constituir. Como señala la parte recurrida, el problema de la cláusula es que “recoge la facultad del banco de resolver el préstamo si no pudiera registrarse el documento de hipoteca por cualquier motivo, incluso los ajenos al cliente”, y que no tiene en cuenta que es “suya (de la Entidad Financiera) la carga o diligencia de hacer las comprobaciones pertinentes en el Registro antes de suscribirlo” (el préstamo). En definitiva “lo que se deduce de la cláusula es

que la prestamista no responde en ningún caso, ni siquiera cuando el error deriva de la actuación de sus agentes”, y esto es ciertamente desproporcionado, y, por ende, abusivo.”

La práctica ha mostrado que los Bancos han adaptado sus minutas a lo dispuesto por la sentencia.

6. Vencimiento anticipado por arriendo de la finca hipotecada.

Constan inscritas las tres siguientes cláusulas:

La parte prestataria queda obligada “a no celebrar, sin consentimiento del Banco, contrato alguno de arriendo en que se anticipen rentas o se pacte una renta anual neta inferior al 5% del tipo de subasta (...) ni en caso de arrendamiento de vivienda, por plazo superior al mínimo legal de cinco años.” (BBVA). Hacemos notar que la inscripción es literalmente como acabamos de transcribir, es decir, con: “(...)”

“En caso de arrendar la finca hipotecada durante la vigencia del préstamo, el prestatario se compromete a realizarlo según el artículo 219.2 del Reglamento Hipotecario. Es decir, se deberá arrendar por renta anual, que capitalizada al 6%, cubra la responsabilidad total asegurada. De no ser así, dicho arrendamiento requerirá la autorización explícita de Bankinter” (BANKINTER).

“(El préstamo se considerará vencido por) Arrendamiento de la finca o fincas que se hipotecan por renta que no cubra la cuota de amortización más los gastos o impuestos que la graven y la percepción de rentas anticipadas sin expresa autorización de la Entidad prestataria” (CAJAMADRID).

La sentencia firme que declaró la nulidad de estas tres cláusulas fue la STS de 16 de diciembre de 2009. La AP de Madrid las había declarado válidas, pero el TS mantuvo criterio opuesto.

Hay que examinar con cuidado qué es lo que se declaró nulo. Los arrendamientos que no son de vivienda están sometidos a purga en caso de ejecución de hipoteca, por lo que no afectan a ésta. El problema se plantea en los arrendamientos de vivienda, en los que no opera la purga, debido al plazo legal mínimo de 5 años de duración (a fecha de hoy este plazo se ha reducido por la Ley 4/2013). La STS declara la nulidad de la cláusula en cuanto se refieren a arrendamientos no de vivienda. Respecto de los arrendamientos de vivienda, exige que se concrete un baremo que corrija la disminución de valor que el arriendo puede ocasionar, si bien reconoce que no hay una regla única “para baremizar la cuantía de la renta, y la posible desproporción depende de las circunstancias del caso”. Expresamente afirma que la regla del 219 RH no puede considerarse per se desproporcionada.

Por tanto, no es nula la facultad resolutoria si el objeto de la hipoteca es una vivienda y se fija un baremo, y es nula en todos los demás casos.

La sentencia dice, entre otras cosas interesantes: “al no operar el principio de purga en la realización forzosa, el eventual adjudicatario o rematante tiene que soportar el arrendamiento durante un plazo. Ello, a su vez, acarrea un perjuicio para el acreedor hipotecario al reducirse los licitadores y las posturas, resultando completamente razonable imaginar que se produzca un inferior precio del remate en los casos en que no estando libre la finca los licitadores conocen el arrendamiento no purgable del inmueble que se ejecuta. Esta minusvaloración del bien derivada del arrendamiento de vivienda disminuye generalmente la garantía de la hipoteca, de ahí que sea razonable la inclusión de cláusulas que mantengan la integridad de la garantía, sin que ello suponga que se crea un desequilibrio para el hipotecante (aquí prestatario consumidor), salvo que la garantía resulte desproporcionada conforme al apartado 18 de la DA 1ª LGDCU –imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido–. Y tras citar el art. 219 del Reglamento Hipotecario, que recoge una modalidad específica de la acción de devastación del art. 117 de la Ley Hipotecaria, y algunas Resoluciones de la DGRN que han venido admitiendo diversas cláusulas relacionadas con el tema, concluye: “En principio el 6% previsto en el art. 219 RH no puede considerarse “per se” desproporcionado a efectos de declarar abusiva la cláusula de referencia, sin que el Tribunal disponga de datos o informes técnicos para fundamentar una solución diferente. En el caso se declaran abusivas las cláusulas porque no limitan su aplicación a los arrendamientos de vivienda excluidos del principio de purga en la ejecución forzosa (art. 13 LAU), siendo por lo demás exigible que, en su caso, las cláusulas que se redacten concreten el baremo –coeficiente– que corrija la disminución de valor que el gravamen arrendaticio puede ocasionar.”

En la práctica, muchos bancos han limitado esta cláusula al supuesto en que la finca hipotecada sea vivienda, lo cual hace que la cláusula sea admisible. En los casos en que no sea así el Notario, para poder autorizar la escritura, debe hacer que se corrija la redacción, de forma que la cláusula quede limitada al supuesto de vivienda.

7. Renuncia del deudor a la notificación de la cesión del contrato.

Se trata de cláusulas relativas a la exoneración del deber del Banco de comunicar la cesión del préstamo a tercero:

“En caso de cesión del préstamo por la entidad, el prestatario renuncia expresamente al derecho de notificación que le asiste” (préstamo hipotecario de BBVA).

Y: (la entidad podrá transferir) “todos los derechos, acciones y obligaciones dimanantes de este contrato, sin necesidad de tener que notificar la cesión o transferencia al deudor, quien renuncia al derecho que, al efecto, le concede el art. 149 de la vigente Ley Hipotecaria” (préstamo hipotecario de CAJAMADRID).

La sentencia firme que confirmó la nulidad de ambas cláusulas fue la STS de 16 de diciembre de 2009. En ella se dice que “no cabe duda que se trata de cesión del contrato, en cuanto supone la transmisión de la relación contractual en su integridad, es decir, en su totalidad unitaria, como conjunto de derechos y obligaciones (SS., entre otras, de 29 de junio y 6 de noviembre de 2006, 8 de junio de 2007, 3 de noviembre de 2008, 30 de marzo de 2009). Por consiguiente, como la cesión de contrato exige el consentimiento del cedido (SS., entre otras, 19 de septiembre de 2002, 28 de abril y 5 de noviembre de 2003, 19 de febrero de 2004, 16 de marzo de 2005, 29 de junio de 2006, 8 de junio de 2007, 3 de noviembre de 2008), no cabe una cláusula que anticipe un consentimiento para una eventual cesión, aparte de que en cualquier caso su carácter abusivo resulta incuestionable, tanto por aplicación de la normativa especial de la DA 1ª, en el caso apartados 2ª –reserva a favor del profesional de facultades de modificación unilateral del contrato sin motivos válidos especificados en el mismo–, 10 (liberación de responsabilidad por cesión de contrato a tercero, sin consentimiento del deudor, si puede engendrar merma de las garantías de éste), y 14 –imposición de renunciaciones o limitación de los derechos del consumidor–, como de la normativa general de los arts. 10.1,c) y 10 bis,1, párrafo primero, de la LGDCU.”

No admite la sentencia que la cláusula citada se refiera a una cesión de crédito, en lugar de a una cesión de contrato, y añade: “La renuncia anticipada a la notificación, en tanto que priva de las posibilidades jurídicas anteriores a la misma (conocimiento), merma los derechos y facultades del deudor cedido, y muy concretamente el apartado 11 de la DA 1ª LGDCU que considera abusiva la privación o restricción al consumidor de las facultades de compensación de créditos. La limitación al principio de autonomía de la voluntad ex art. 1.255 CC se justifica por la imposición, es decir, cláusula no negociada individualmente.”

Finalmente, “El art. 149 LH admite que puede cederse, siempre que se haga en escritura pública y se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro. La falta de notificación no afecta a la validez, pero conforme al art. 151 LH si se omite dar conocimiento al deudor de la cesión (en los casos en que deba hacerse) será el cedente responsable de los perjuicios que pueda sufrir el cesionario por consecuencia de esta falta. Es cierto que el art. 242 RH admite que el deudor renuncie a que se le dé conocimiento del contrato de cesión del crédito hipotecario, pero dicho precepto no prevalece sobre la normativa especial en sede de contratos sujetos a la LGDCU que

sanciona como abusivas “Todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato.”

En la práctica, hemos visto que los Bancos han corregido sus minutas.

8. Compensación de saldos.

Se declaró nula la siguiente cláusula relativa al derecho del Banco a compensar los saldos deudores del cliente con cualquier otro saldo que a su favor mantuviera en la entidad el propio cliente o los cotitulares del propio contrato:

“Todas las cuentas o depósitos de efectivo o valores que el titular tenga o pueda tener en el Banco en las que figure como titular único o indistinto, quedan afectas al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este contrato, pudiendo el banco compensar y garantizar entre sí dichas cuentas y depósitos” (BANCO SANTANDER).

La sentencia firme que confirmó la nulidad fue la STS de 16 de diciembre de 2009. Aquí también conviene precisar qué es lo declarado nulo, ya que no fue la compensación en sí, sino la falta de claridad que añade la palabra “indistinto”.

Téngase en cuenta que el TS declaró válidas, en la misma sentencia, las dos siguientes cláusulas:

“La deuda que resulta contra los Titulares por razón de este contrato, podrá ser compensada por el Banco con cualquier otra que los Titulares pudieran tener a su favor, cualquiera que sea la forma y documentos en que esté representada, la fecha de su vencimiento, que a este efecto podrá anticipar el Banco, y el título de su derecho, incluido el de depósito. Los contratantes pactan expresamente que la compensación aquí establecida tendrá lugar con independencia de que el crédito a compensar con la deuda sea atribuible a uno, a algunos o a todos los titulares” (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria).

“Las posiciones acreedores que el Cliente mantenga con el Banco, cualquiera que sea su naturaleza, garantizan a aquellas deudoras, abarcando esta garantía a todos los titulares del contrato y a todas las posiciones de los mismos, incluso las que puedan tener mancomunada o solidariamente con terceros” (Bankinter).

La razón de anular la del Banco Santander fue que “la cláusula contractual correspondiente ha de ser transparente, clara, concreta y sencilla, es decir, como señala la Sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1999, ha de ser legible, físicamente, y comprensible, intelectualmente. Y aplicando dicha

doctrina a las cláusulas expresadas anteriormente, cabe decir que reúnen los requisitos exigibles las número 1 (Banco Bilbao Vizcaya Argentaria) y 2 (Bankinter), y no los reúne la número 3 (Banco Santander Central Hispano) pues no es suficiente la mera referencia a “indistinto”.

9. Prohibición de enajenar el bien hipotecado.

Se ha declarado nula la siguiente cláusula: “La parte prestataria podrá enajenar la finca hipotecada en cualquier momento, excepto si la enajenación conlleva la subrogación del presente préstamo que deberá ser autorizada expresamente por Bankinter” (préstamo hipotecario de BANKINTER).

La sentencia firme que confirmó la nulidad fue la STS de 16 de diciembre de 2009. Lo que se declaró nulo fue la necesidad de que el Banco tuviera que dar la autorización para la enajenación en los casos de subrogación de deudor.

Es decir, se sancionó más bien una redacción lamentable y no el objetivo propuesto realmente por el Banco, que es mantener la libertad para autorizar o no la subrogación de deudor. Sostenemos esto porque el fundamento del fallo es el siguiente:

“No cabe condicionar a un hipotecante con una prohibición de enajenar, ni la transmisión de la finca convierte al adquirente (tercer poseedor en la terminología al uso) en deudor –prestatario–. Solo es responsable con el bien hipotecado, y, además, en la medida de la hipoteca. Y por otra parte, el deudor prestatario no puede liberarse de la deuda mediante su transmisión a un tercero –que la asume– sin el consentimiento del prestamista acreedor. Que la autorización de éste es necesaria para la sustitución del deudor en el préstamo hipotecario no ofrece duda, pero no se debe confundir con la responsabilidad, que no deuda –se insiste–, que por la hipoteca adquiere el que compra una finca hipotecada. Por otra parte, el distinto tratamiento jurídico de la cesión de crédito y de la asunción de deuda liberatoria se explica por la diferente trascendencia que pueden tener las condiciones de solvencia del “adquirens”.

La amalgama de las dos partes de la cláusula crea confusión, en detrimento de la “concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa” que se exige en la materia (art. 10.1, a LGDCyU).”

Es decir, la cláusula empieza hablando de prohibición de enajenar y luego se mezcla el asunto de la subrogación. De ahí la confusión.

Como en la inscripción sólo aparece esta cláusula concreta, no puede decirse, por desgracia, que haya sido inscrita una cláusula relativa, en general, a la prohibición de enajenar la finca hipoteca sin consentimiento del Banco.

De pasada, diremos que es doctrina consolidada de la DGRN que la prohibición de disponer de la finca hipotecada sin consentimiento del Banco no es inscribible, sin perjuicio de que la obligación que asuma el hipotecante de no disponer pueda ser válida. Es decir, el art. 27 LH impide una eficacia frente a terceros de un pacto de no disposición, pero no regula nada más. En todo caso, podría discutirse la validez de la obligación personal de no disponer cuando el hipotecante sea consumidor. Parece que la sentencia se inclina por la invalidez. Pero no estamos en presencia de una cláusula nula inscrita en el RCGC.

10. Redondeo del interés al alza.

Esta es la cláusula inscrita en virtud de la STS de 29.12.2010, referida a una minuta de Caixa d'estalvis de Tarragona de un préstamo hipotecario a tipo de interés variable; en concreto, al tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones.

Se declara nulo el inciso “redondeando por exceso al cuarto de punto superior”. Consta inscrito que también se declara nula “cualquier otra análoga que tenga el mismo efecto de redondear al alza el tipo de interés que se toma de referencia para las revisiones del tipo de interés aplicable a los préstamos hipotecarios a tipo variable.”

Esta sentencia recayó en un procedimiento de ejercicio de acción colectiva de cesación. Respecto de la declaración de nulidad de la cláusula, el TS aceptó plenamente, sin entrar de nuevo a fundamentarlo, el fallo de la STS de 4 de noviembre de 2010. Esta última confirmó la sentencia de la AP (de Jaén) que se basó en un apartado del art. 10bis de la entonces vigente LGDCU de 1984, igual a otro de la Directiva 13/1993: afirmó la AP que se trataba de una estipulación “no negociada individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causaban, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”.

Entendemos que se trata de los casos en que haya redondeo sólo al alza, no al alza o a la baja. De todas formas, hemos visto en la práctica que la aplicación de cualquier redondeo apenas se utiliza, ni en los casos en que sería válido, como por ejemplo: redondeo al alza o a la baja al cuarto (u octavo, u otros) de punto más próximo.

Una vez vistas las cláusulas inscritas, así como los problemas de interpretación que se derivan de las inscripciones, pasamos a referirnos al

caso más reciente de declaración firme de nulidad:

La cláusula “suelo” del interés variable: una cláusula declarada válida pero cuya redacción en los casos concretos enjuiciados ha sido declarada nula por sentencia firme.

La reciente STS de 9 de mayo de 2013 se ha pronunciado sobre las cláusulas suelo del interés variable. El supuesto de hecho eran varias cláusulas de minutas de varias escrituras de préstamo hipotecario y de novación de tres entidades: BBVA, Cajamar y NovaCaixaGalicia Banco. Para la adecuada comprensión del fallo haría falta leer las cláusulas enteras, que se copiaron en el texto de la sentencia, y que no podemos transcribir aquí. Sólo citaremos algún párrafo de alguna. En una de ellas se pactó un interés variable cada seis meses según el euribor a 6 meses más un diferencial de 1,25, y se añadió que el tipo de interés “no podrá ser en ningún caso superior al 12% ni inferior al 2,50% nominal anual”. En otras se dispuso que “aunque el valor del índice de referencia que resulte de aplicación sea inferior al 2,50%, éste valor, adicionado con los puntos porcentuales expresados anteriormente para cada supuestos, determinará el tipo de interés vigente”.

En primera Instancia (Juzgado de lo mercantil nº 2 de Sevilla) se declaró la nulidad de tales cláusulas. La AP de Sevilla revocó dicha sentencia y las declaró válidas. El TS casó la sentencia de la Audiencia, pero no porque la cláusula suelo sea nula por sí misma, sino por falta de transparencia.

La fundamentación del fallo es larga. Comienza citando la jurisprudencia del TJUE que ha sentado el principio de que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual, porque ha quedado demostrada de una forma clara y contundente, si bien si hay motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva se debe acordar la práctica de la prueba (06.10.2009, caso Asturcom Telecomunicaciones, 14.06.2012 caso Banesto y 21.02.2013 caso Banif Plus Bank). A continuación, explica que una cláusula puede ser calificada como “condición general de la contratación” aunque se refiera al objeto principal del contrato, pues tales cláusulas se definen por el proceso seguido para su inclusión en el mismo; también explica que el cumplimiento por el empresario de los deberes de información exigidos por la legislación sectorial tampoco excluyen que una cláusula tenga tal naturaleza. A continuación declara que la prestación del consentimiento a una cláusula predispuesta debe calificarse como impuesta por el empresario cuando el consumidor no puede influir en su supresión o en su contenido, de tal forma que o se adhiere o debe renunciar a contratar (la AP había mantenido que cabía una negociación efectiva respecto de estas cláusulas suelo). La existencia de regulación normativa sobre contratos de préstamo hipotecario y transparencia y protección de los consumidores no

impide que la LGDCU sea aplicable a los contratos de préstamo. Las cláusulas suelo forman parte del objeto principal del contrato y, por ello, como regla no cabe el control de su equilibrio, pero eso no quiere decir que el sistema no las someta a un doble control: el control de su inclusión en el contrato y el control de claridad exigible en su redacción o, dicho con otras palabras “el control de comprensibilidad real de su importancia en el desarrollo razonable del contrato”. El primer control sí lo superan, pero el segundo no: el contrato, teóricamente a interés variable, “se convierte en préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza”. Entiende que no hay transparencia, pues: falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se insertan de forma conjunta con las cláusulas techo y como aparente contraprestación de las mismas, no existen simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés, no hay información previa clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad o advertencia de que no se le oferta ninguna otra, y en algún caso, se ubican entre una abrumadora cantidad de datos entre los que quedan enmascaradas y que diluyen la atención del consumidor.

No obstante, señala que la imposición de condiciones generales por el empresario a los consumidores no comporta su ilicitud y que las cláusulas suelo son lícitas “siempre que su transparencia permita al consumidor identificar la cláusula como definidora del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos. Pero es necesario que el consumidor esté perfectamente informado del comportamiento previsible del índice de referencia cuando menos a corto plazo de tal forma que cuando el suelo estipulado lo haga previsible, esté informado de que lo estipulado es un préstamo a interés fijo mínimo, en el que las variaciones del tipo de interés a la baja probablemente no repercutirán o harán de forma imperceptible en su beneficio.” Por otro lado, dice que no hace falta que haya equidistancia entre el suelo y el techo y ni siquiera es preciso que la cláusula suelo coexista con una cláusula techo.

El fallo ordena a las demandadas a eliminar de sus contratos las cláusulas examinadas y abstenerse de utilizarlas en lo sucesivo, pero los contratos siguen en vigor en todo lo demás.

La sentencia no afecta a otros casos ya decididos por sentencia firme ni a los pagos realizados con anterioridad a la fecha de publicación de la sentencia, pues la condena no se basa en la ilicitud intrínseca de sus efectos, “en cuyo caso procedería la nulidad sin más” sino en la falta de transparencia, y la falta de transparencia no deriva de su oscuridad interna sino de la insuficiencia de la información.

Es decir, la abusividad no se predica de la cláusula en sí. Por tanto, habrá que admitir las cláusulas suelo si van acompañadas de un suficiente suministro de información al deudor. Esta “suficiencia” consiste, según la sentencia, en que se la señale como perteneciente al objeto principal del contrato a interés variable (de forma que el préstamo se convierte en un préstamo a interés fijo variable exclusivamente al alza) y que cubra los siguientes puntos: redacción separada de la cláusula techo, información de varios ejemplos de evolución del tipo de interés, advertencia de que no se le oferta ninguna otra modalidad de préstamo, y no ubicar la cláusula suelo entre una abrumadora cantidad de datos que la hagan parecer “enmascarada”.

Todo esto, como se ve, provoca inseguridad: por un lado se dice que la cláusula suelo es válida, pero a continuación se dice que, según esté redactada, puede ser declarada nula. La inseguridad es mayor que la provocada por la disparidad de calificaciones registrales sobre inscripción de cláusulas de los préstamos hipotecarios, que provocó la reforma del art. 12 LH por la Ley 41/2007. Ello puede motivar que los Bancos prefieran eliminar de sus minutas la cláusula suelo, para evitar pleitos de resultado incierto. De hecho, es lo que está ocurriendo, aunque también ha influido la insistencia del Banco de España en su eliminación. La sentencia no considera suficiente que se hayan cumplido correctamente los deberes de transparencia impuestos al Banco en la fase de formación contractual (a que después nos referiremos). Se podría reflexionar sobre si seguir este camino jurisprudencial no es favorecer a los deudores de hoy a cambio de perjudicar a los de mañana. Téngase en cuenta que la inseguridad que provoca esta sentencia es muy difícil de atajar con normas, incluso legales, pues, aparte la dificultad de proponer o imponer una redacción legal de cláusula que evite dudas sobre la “suficiente claridad”, la alegación de falta de transparencia en la redacción podrá siempre alegarse al amparo de la Directiva de la UE.

A fecha de hoy, en pocos préstamos se sigue utilizando la cláusula suelo, si bien en los casos en que se hace, han modificado la redacción intentando seguir los criterios de la sentencia, lo que determina que la cláusula no deba ser rechazada por los Notarios ni por el Registro si se han cumplido, tanto en la redacción de la cláusula como en la información previa, los requisitos que enumera la sentencia.

¿Qué ocurre a la hora de formalizar contratos con cláusulas que han sido declaradas nulas por abusivas por sentencia firme pero todavía no inscrita en el RCGC?

La tardanza en la inscripción en el RCGC hace surgir esta pregunta.

Lo mejor hubiera sido que la norma de la LGDCU estableciera la imposibilidad de admitir estas cláusulas ya declaradas nulas desde el momento en que se hubiera recibido la notificación de la sentencia firme por el

órgano corporativo adecuado, o sea el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores. Ello no plantearía ninguna duda sobre el momento a quo, pues una vez recibida, el traslado a todos los Notarios o Registradores es inmediato, gracias a los medios telemáticos. Sería de desear una modificación de la Ley en este sentido.

Mientras tanto, se puede producir una situación incómoda, pues parece que la LGDCU impide rechazar la cláusula de la escritura. En este sentido, se puede sostener (y así lo hemos sostenido alguna vez en el pasado) que la actuación notarial tiene que ajustarse a las normas que la regulan: el ejercicio de la función es obligatorio, salvo las excepciones contempladas en las propias Leyes y reglamentos, y una de estas excepciones es el art. 84 del TR de la LGDCU, antes visto, que exige la inscripción. En todo caso, si se admite esta tesis, debería hacerse constar en el texto de la propia escritura una advertencia acerca de la nulidad declarada.

No obstante, creemos que la Directiva europea de 1993, antes reseñada, tal como ha sido interpretada por el TJUE impide sostener que la protección de los consumidores pueda quedar pendiente de un requisito como es la inscripción en el Registro de CGC una vez que hay una sentencia firme y el contenido de ésta puede ser conocido con seguridad. Por tanto, creo que una cláusula declarada nula por sentencia firme no debe ser admitida en ninguna escritura ni acceder al Registro. No es que haya que entender derogado el art. 84 del TR, sino que hay que entender que no contempla todos los supuestos en que debe rechazarse una cláusula abusiva.

Otras posibles cláusulas abusivas

Para valorar la abusividad y sus efectos hay que tener presente, además de los casos resueltos que acabamos de comentar, las normas que prevén supuestos específicos y algunas sentencias recientes del TJUE. Comenzamos por las primeras.

Normas que cuyo objeto es regular la transparencia en la contratación y/o impedir cláusulas abusivas en particular

Hasta aquí hemos comentado una serie de supuestos que han sido judicialmente declarados abusivos al amparo de las normas generales contenidas en la LGDCU y la Ley de condiciones generales de la contratación. Ahora nos referiremos a una serie de supuestos que han sido específicamente regulados, y cuya aplicación no necesita ninguna declaración judicial ni inscripción en el Registro citado.

Para ello, hay que referirse en primer lugar a la OM de 28 de octubre de 2011.

La principal norma que regula hoy la transparencia en la contratación de préstamos hipotecarios es la OM de 28 de octubre de 2011, que derogó la OM de 5 de mayo de 1994 y la también muy conocida OM de 12 de diciembre de 1989 sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito. La OM de 1994 tuvo como principal finalidad la transparencia, pero también contenía algunas normas para evitar cláusulas abusivas, en especial en cuanto a la fijación del tipo de interés, para evitar influencias de la propia entidad acreedora en la formación de éste.

Esta normativa, como se ve, era y sigue siendo de rango normativo muy bajo, pero su legalidad ha estado siempre fuera de toda duda, por entroncar con el art. 51.1 de la Constitución y por tener apoyo en el art.48 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito, y la OM vigente, además, en el art. 29.2 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, que faculta al MEH para, en el plazo de seis meses, aprobar las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros. La regulación de los tipos de interés oficiales se basa en el art. 48.2 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito.

Se aplica sólo a deudores que sean personas físicas, lo cual no casa bien con la definición legal de consumidor, que incluye a las personas jurídicas, y siempre que la hipoteca recaiga sobre vivienda o la finalidad del préstamo (o crédito) sea “adquirir o conservar derechos de propiedad sobre terrenos o edificios construidos o por construir”. Por el contrario, tanto en la OM de 1994 como en la nueva OM da igual, en lo que se refiere a préstamos hipotecarios, que el prestatario actúe o no en el ámbito de su actividad empresarial o profesional, lo que supone otra diferencia con el concepto legal de consumidor.

Ha desaparecido el límite cuantitativo de la OM de 1994 (25 millones de pesetas). La nueva OM se aplica con independencia de la cuantía. Esto es más acorde con la protección del consumidor y elimina las críticas que recibió la OM de 1994 por este motivo.

La OM se dedica principalmente a regular el proceso de formación contractual, con la finalidad de que se ofrezca al consumidor información suficiente y clara acerca de las condiciones financieras del contrato. Se trata de compensar la falta de información que tiene el deudor, en comparación con la que posee el acreedor. En esta actividad igualatoria tiene una función importante el Notario que va a autorizar la escritura.

El iter de la formación contractual se ha vuelto más complejo que bajo la OM de 1994:

El esquema en la OM de 1994 era: folleto informativo, oferta vinculante y regulación de las cláusulas financieras de las escrituras.

El esquema de la nueva OM es: Guía de acceso al préstamo hipotecario, FIPRE (ficha de información precontractual), FIPER (ficha de información personalizada), oferta vinculante y regulación de las cláusulas financieras de los contratos.

La guía de acceso es elaborada por el Banco de España con el fin de dar a los clientes “información adecuada para adoptar sus decisiones de financiación”. Se tratará de un documento de contenido genérico. Estará disponible en la web del Banco de España, así como en la web de las entidades de crédito y (en papel) en todos los establecimientos comerciales de las entidades de crédito. Su entrega es gratuita.

La FIPRE es más o menos lo que antes era el folleto informativo. Es información orientativa, gratuita y la entidad de crédito tiene que facilitarla a todos los clientes que la soliciten. Tiene que ajustar su contenido al Anexo I de la OM.

La FIPER es una información personalizada a la solicitud del cliente, una vez obtenida de éste toda la información necesaria. No es vinculante para la entidad que la entrega ni para el cliente que la recibe. Sólo tiene carácter informativo. Su entrega es gratuita. Pero debe ajustar su contenido al Anexo II de la OM, que regula prolijamente lo que también será después el contenido de las cláusulas financieras de la escritura. Los notarios tienen obligación (art. 30) de denegar su función cuando no se cumpla lo previsto en la OM; por ejemplo, cuando las cláusulas no contengan toda la información que debe aparecer en la FIPER. Y entre las advertencias finales que tienen que constar en la FIPER, según el modelo de dicho anexo II, aparece el derecho del cliente de examinar en la Notaría el proyecto de escritura durante al menos los tres días hábiles anteriores al otorgamiento.

La Oferta vinculante es un documento con el contenido de la FIPER, pero ha de ser suscrita por apoderado y tiene carácter vinculante para la entidad de crédito en un plazo que no podrá ser inferior a 14 días desde la fecha de entrega.

No corresponde ahora examinar esta materia. Lo que sí importa es reseñar que la OM también contiene normas destinadas a evitar cláusulas que podrían ser calificadas de abusivas:

- Hay regulación imperativa sobre los tipos de interés. Las instrucciones dicen que el tipo de interés variable y variable limitado “se expresará como un índice de referencia más un diferencial, si fuera el caso”. Parece que no hay más posibilidades. En la OM del año 94 había un numerus apertus

de sistemas, “siempre que resulte claro, concreto y comprensible por el prestatario y sea conforme a Derecho”.

- Se exige mencionar la “clase de tipo interés aplicable”. Aquí hay que tener en cuenta los artículos 26 y 27 de la nueva OM: sólo pueden usarse tipos que cumplan las dos siguientes condiciones: que se hayan calculado a coste de mercado y no sean susceptibles de influencia por la propia entidad en virtud de acuerdos o prácticas conscientemente paralelas con otras entidades, y que los datos que sirvan de base sean agregados de acuerdo con un procedimiento matemático objetivo. Estos requisitos ya se exigían por la OM de 1994, salvo lo relativo al cálculo a coste de mercado, que es novedad de la nueva OM decirlo expresamente.

- Se regulan los tipos de interés oficiales. A ello se dedica el art. 27. Tienen esta cualidad porque la forma de cálculo de los mismos se determinará mediante Circular del Banco de España. Hay tres tipos de interés cuyo uso ha sido hasta ahora muy frecuente, y que continúan teniendo la cualidad de tipos oficiales: el IRPH “conjunto de entidades”, el Euribor a 1 año y el Tipo de rendimiento interno en el mercado secundario de la deuda pública de plazo entre 2 y 6 años. Hay dos tipos de interés que son nuevos como tipos oficiales: IRPH “conjunto de entidades de crédito en la zona euro” y el Interest Rate Swap (IRS) a plazo de 5 años. Se mantiene el MIBOR (a 1 año, hay que entender) para los préstamos formalizados antes del 1 de enero de 2000. Obsérvese que sólo para éstos. Desaparecen el IRPH de “bancos”, el IRPH “de cajas” y el “tipo activo de referencia de las cajas de ahorro”.

La entidad de crédito no está obligada a escoger uno de los tipos de interés oficiales. Puede escoger libremente cualquier otro, siempre que cumpla los requisitos antes reseñados del art. 26. La diferencia está en que si no utiliza uno de los tipos de interés oficiales, el Notario está obligado (por el art. 30.3.b) a advertir expresamente que “el tipo de interés de referencia pactado no es uno de los oficiales a los que se refiere el art. 27”. En la OM de 1994, la utilización de los tipos de referencia oficiales tenía además otra consecuencia: dispensaba a la entidad de crédito de notificar a cada cliente la variación del tipo de interés, siempre que además el sistema de cálculo del interés fuera el resultado de sumar un diferencial al tipo de referencia o fuera un cierto porcentaje de un tipo de referencia.

- Hay que especificar “de forma destacada” la existencia de límites a la baja o al alza del tipo de interés o de cualquier otro tipo de instrumento que limite la variabilidad del tipo de interés. En la FIPER la “forma destacada” consiste en “negrita, sombreado o caracteres de mayor tamaño”. No creo que esto sea aplicable a la escritura, aunque no habría problema en hacerlo así. Una de las advertencias finales de la FIPER es la siguiente: “Debe tener en

cuenta el hecho de que el tipo de interés de este préstamo, a pesar de ser variable, nunca se beneficiará de descensos del tipo de interés de referencia por debajo del límite mínimo.” Además, se impone al Notario la obligación de informar especialmente al deudor sobre las cláusulas suelo y techo y los efectos de éstas. Y finalmente se exige (art. 25) un anexo a la FIPER que recoja el tipo mínimo y máximo (si los hay) y la cuota de amortización mínima y máxima.

- El nuevo art. 29, en su inciso final, impone a la entidad de crédito la obligación de notificar siempre al cliente las variaciones del tipo de interés. Ha desaparecido en la nueva OM la dispensa de notificación de las variaciones que permitía el art. 6.3 de la OM derogada. Ya no parece posible, por tanto, una notificación no individualizada, por ejemplo, por medio de la publicación de los tipos oficiales en un periódico, que es lo que se decía en muchas minutas bancarias de fecha anterior a la OM vigente.

- Finalmente, y por otro lado, si el préstamo es en divisa, hay que informar sobre “la fórmula utilizada para calcular los diferenciales de tipo de cambio y la periodicidad de su ajuste”.

Otra materia sobre la que se han dado normas para evitar abusos es la referida a comisiones.

Normativa sobre comisiones bancarias en préstamos y créditos

a) En general

La libertad en el cobro de comisiones fue establecida por una O.M. de 17 de enero de 1981, a la que sustituyó otra de 3 de marzo de 1987 (BOE 5 de marzo de 1987), que fue desarrollada por una Circular del Banco de España de 7 de mayo de 1987. En ellas no se establecía la necesidad de que las comisiones fueran pactadas de forma expresa. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España, no obstante, entendió que ello no daba pie para que los Bancos pudieran aplicar libremente cualquier comisión a relaciones jurídicas ya nacidas o nacidas con posterioridad si no mediaba pacto expreso. En todo caso, la OM de 1987 exigía la entrega al cliente de las tarifas de comisiones y gastos repercutibles en préstamos y créditos (y otras operaciones) cuyo importe fuera inferior a 10 millones de pesetas, y aunque se superara dicho límite, siempre que el cliente lo exigiera

Una OM de 16 de junio de 1988 exigió que en los contratos se recogiera de forma explícita y clara las comisiones y gastos que fueran de aplicación,

no siendo admisibles las remisiones genéricas a las tarifas. Esta OM entró en vigor el 1 de marzo de 1989.

A los pocos meses se dictó una OM más extensa, la conocida OM de 12 de diciembre de 1989, que se aplicaba a todas las entidades de crédito y no sólo a las entidades de depósito. Su cobertura legal se encontraba en el art. 48.2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, que facultó al Ministro de Economía y Hacienda para establecer obligaciones específicas aplicables a las relaciones contractuales entre entidades y clientes, exigir la comunicación a las autoridades administrativas de las condiciones básicas de las operaciones y regular determinados aspectos de su publicidad.

Esta OM reiteró, en su n° 5, que las comisiones serán fijadas libremente por la entidad de crédito, pero deberán hacer públicas, previo registro en el Banco de España, las tarifas de comisiones y gastos repercutibles, no pudiendo cargar cantidades superiores a las mismas o por conceptos no mencionados en ellas. Y añadió: “En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.” Y exigió, como medida de protección a la clientela (en su n° 7), que los contratos recogieran, entre otros extremos, “las comisiones o gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como en general cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos. No serán admisibles a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden”. También exigió la mención de los derechos que contractualmente correspondieran a las entidades de crédito en cuanto a la modificación de tales comisiones y gastos y el procedimiento a que deberían ajustarse tales modificaciones, que en todo caso deberían ser comunicadas a la clientela con antelación razonable a su aplicación.

Esta OM fue desarrollada por la Circular 8/1990 del Banco de España, que dispuso en su norma 28ª que los criterios de dicha nueva normativa aplicables a comisiones y demás condiciones de las relaciones contractuales quedaran expresamente recogidos en los documentos contractuales, y señaló la fecha máxima del 1 de enero de 1993 para que las entidades pusieran a disposición de sus clientes un ejemplar del documento contractual adaptado a la nueva normativa, siempre que la relación contractual fuera de duración indeterminada.

El Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha insistido con posterioridad en varias ocasiones que hay tres requisitos que deben

cumplirse siempre por las entidades para poder cobrar comisiones: la existencia de un servicio efectivo al cliente, que dicho servicio haya sido solicitado por el cliente o aceptado por éste en firme, y que el importe de la comisión no exceda del máximo que la entidad tenga incluido en su folleto de tarifas de comisiones debidamente comunicado al Banco de España.

También ha señalado reiteradamente que la libertad en la fijación de comisiones no permite que los máximos que el Banco haya fijado puedan aplicarse indiscriminadamente a todos los supuestos, sino que es de la particular responsabilidad de cada entidad aplicar las comisiones de forma que se adecuen al servicio efectivamente prestado y se apliquen en términos no automáticos, sino de equidad, de forma que se eviten desproporciones con el servicio remunerado.

La STS de 16 de diciembre de 2009 declaró nula la cláusula de un préstamo personal que, referida a comisiones, decía “cuya cuantía figurará en cada momento en el libro de tarifas y comisiones, y cualquier otra permitida por la ley vigente y también publicada en dicho libro”. El fundamento fue la falta de transparencia en la información.

La OM de 12 de diciembre de 1989 ha sido derogada por la OM de 28 de octubre de 2011.

Su art. 3 reitera la regla de libertad en la fijación de comisiones. La entidad tiene obligación de tener a disposición de los clientes (en cada establecimiento, en sus páginas electrónicas y en la página electrónica del Banco de España) las comisiones percibidas por los servicios que prestan con más frecuencia, en formato unificado conforme determinará el Banco de España.

No se dice, aunque hubiera sido de agradecer: “En ningún caso podrán cargarse comisiones o gastos por servicios no aceptados o solicitados en firme por el cliente. Las comisiones o gastos repercutidos deberán responder a servicios efectivamente prestados o a gastos habidos.” De todas formas, creo que esto se deduce de principios generales y que la mención en la OM derogada era a los efectos de reforzar su aplicación.

La nueva OM sí exige que conste, dentro del contenido contractual (art 7.3.c) “las comisiones y gastos repercutibles que sean de aplicación, con indicación concreta de su concepto, cuantía, fechas de devengo y liquidación, así como, en general, cualquier otro dato necesario para el cálculo del importe absoluto de tales conceptos.” En cambio no aparece la frase “ No serán admisibles a estos efectos, las remisiones genéricas a las tarifas a que se refiere el número quinto de esta Orden”. Creo que no se dice porque está claro que no se admite tal remisión genérica: si no consta en el contrato, el

cobro de la comisión sólo será posible cuando el servicio haya sido solicitado por el cliente o aceptado por éste; y tampoco podrá entenderse, por aplicación de las reglas generales, que hay consentimiento del cliente si éste no ha aceptado el coste o al menos el sometimiento a las tarifas del Banco. Tampoco se exige ahora la mención de los derechos que contractualmente pudieran corresponder a las entidades de crédito en cuanto a la modificación de tales comisiones y gastos y el procedimiento a que deberían ajustarse tales modificaciones. Creo que la falta de mención se debe a que esto no se considera posible.

En todo caso, no parece posible que la aplicación de estas normas pueda excluirse cuando se trate de persona física que actúe en el ámbito de su actividad empresarial o profesional o cuando se trate de persona jurídica, a pesar de la dicción literal del art. 2 de la OM de 2011, que entiendo se refiere a la regulación de la información y contenido de los contratos, pero no a normas que afectan a la actuación de las entidades de créditos. La ejecución y concreción del art. 48.2 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito no creo que pueda limitarse sólo a personas físicas y excluirse respecto de personas jurídicas.

Estos retrocesos en la protección de la clientela merecerían mayor comentario, que no podemos realizar ahora.

b) Casos particulares

Hay regulación específica de las siguientes comisiones:

- Modificación de condiciones: no hay límite, salvo en el siguiente caso: el R.D. Ley 2/2003, de 25 de abril de 2003, de medidas de reforma económica, fijó un límite máximo del 0,10% de la cifra de capital pendiente de amortizar “en las novaciones modificativas que tengan por objeto la ampliación del plazo del préstamo”. Esta norma se contiene en un artículo (art. 10) que el citado R.D.Ley 2/2003 añadió al texto de la Ley 2/1994. Es aplicable a los préstamos hipotecarios vigentes a la entrada en vigor de esta norma, según la disposición transitoria única de este R.D. Ley.

- Pagos anticipados por el deudor y subrogación de acreedor: La conocida Ley 2/94 dispuso que la entidad acreedora inicial no podría percibir una comisión, en caso de subrogación de otro acreedor, superior al 1 por 100 y además dispuso, con carácter general, que no se podría cobrar una comisión superior al 1% por amortización anticipada no subrogatoria, aunque estuviese pactada una comisión mayor, en todos los casos de operaciones a interés variable, tanto si la fecha de formalización fue anterior o posterior a la Ley y si el deudor era persona física o jurídica o si era o no consumidor. No había regla, en cambio, sobre los préstamos concertados a interés fijo.

El R.D.Ley 2/2003, de 25 de abril, de medidas de reforma económica rebajó el límite del 1% al 0,50% para las subrogaciones de acreedor en “los préstamos hipotecarios a interés variable concertados a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-Ley”.

La Ley 41/21007, de 7 diciembre, que entró en vigor el 9 de diciembre de 2007, estableció una regulación sobre comisiones a la que dio un ámbito de aplicación distinto que la Ley 2/1994, pues se aplicaba a todos los préstamos y créditos hipotecarios (aquí se dijo expresamente “créditos o préstamos”), pero sólo cuando la hipoteca recaía sobre vivienda y el deudor era persona física o persona jurídica que tribute por el régimen fiscal de empresas de reducida dimensión en el IS, y siempre que el contrato se hubiera celebrado con posterioridad a la entrada en vigor de la propia Ley 41/2007. Prohibió cobrar comisión por amortización anticipada total o parcial, pero permitió una comisión por desistimiento (que en realidad es lo mismo) con estos máximos: 0,50 en los cinco primeros años de vida del crédito o préstamo y 0,25 a partir de dicho momento. Estos límites se aplicaban tanto a las cancelaciones subrogatorias y no subrogatorias y a cualquier amortización parcial.

Desde entonces no ha vuelto a haber normativa sobre este tipo de comisiones.

No hay regulación específica de prohibición ni limitación de las siguientes, si bien quedan sujetas a las reglas generales y, en su caso, al control judicial:

Comisión de apertura y comisión de gastos de estudio. Son libres y compatibles entre sí. Eran incompatibles bajo la OM de 5 de mayo de 1994, pero esta incompatibilidad ha desaparecido en la OM de 28 de octubre de 2011.

Comisión por resolución anticipada por incumplimiento por el prestatario de alguna de sus obligaciones. Es muy poco usual, en todo caso; sólo la hemos visto, en lo que se refiere a préstamos hipotecarios, en minutas que utilizaba hasta hace dos años el Banco de Santander.

Comisiones por preparación de escrituras de cancelación.

Comisión por emisión de certificado de débito pendiente.

Comisión de excedido en crédito.

A la comisión por reclamación de cuotas impagadas nos referimos más adelante.

Una norma reciente destinada a evitar algunas cláusulas abusivas:

Finalmente, hay que tener en cuenta algunas normas contenidas en la Ley 1/2013 de 14 de mayo “de medidas para reforzar la protección a los

deudores hipotecarios”, referidas a los casos en que el objeto de hipoteca es la vivienda habitual del deudor, mención ésta que se exige que conste en la escritura por las consecuencias favorables al deudor que tal declaración va a tener, como son las siguientes:

- Se ha puesto un límite máximo al interés de demora aplicable en préstamos o créditos para adquirir la vivienda habitual siempre que la hipoteca recaiga sobre la misma vivienda: tres veces el interés legal del dinero. Esto se aplica a las hipotecas constituidas con posterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, pero también a los préstamos anteriores en cuanto a los intereses de demora que se devenguen desde el 15 de mayo de 2013 y también en cuanto a los intereses de demora que se hayan devengado antes pero que no hubieran sido satisfechos.

Además, se establece que sólo podrán devengarse sobre el capital pendiente de pago y se prohíbe su capitalización.

- El vencimiento anticipado por impago de cuotas exige un mínimo de 3 cuotas impagadas, en lugar de una sola cuota, como ha sido habitual reseñar en las minutas bancarias.

- El valor de subasta, a efectos de los procedimientos especiales judicial y extrajudicial de ejecución, no puede ser inferior al 75% del valor de tasación, lo cual es importante para el deudor pues en caso de ejecución la adjudicación a favor del acreedor ejecutante tiene que ser por un valor mínimo del 70% del valor de tasación.

Dado el interés de la materia se están realizando en los últimos meses propuestas de regulación futura por profesores, jueces y juristas de todo tipo, especialmente en materia de procedimiento. Citamos algunas: reconducir la ejecución hipotecaria a las normas generales de la ejecución para que el deudor disponga de un catálogo de motivos de oposición a la ejecución, atribución al Juez de de facultad para acordar moratorias de pago en circunstancias excepcionales (algo que ya permite el art. 11 de la Ley 28/1998 de 13 de julio de venta a plazos de bienes muebles), revisión legal del concepto de fuerza mayor para permitir suspender el cumplimiento de obligaciones cuando el cambio de circunstancias impida al deudor el cumplimiento momentáneo por motivos ajenos a su voluntad, modificación del régimen de tasación de viviendas para que sean realizador por expertos independientes, elevación del porcentaje de adjudicación al acreedor del art. 671 LEC al 100% de una nueva tasación realizada por expertos independientes, establecer períodos de carencia de amortización, ampliación del plazo de amortización, reducción provisional del tipo de interés y quitas en determinadas circunstancias, centralización de subastas electrónicas por internet, regulación de un procedimiento concursal específico para personas

físicas que permitiera la paralización en determinadas circunstancias de ciertas ejecuciones, la mediación obligatoria en la ejecución hipotecaria...

Nada de esto se ha plasmado hoy por hoy en ningún proyecto normativo “en curso”.

Jurisprudencia del TJUE

Citaremos tres sentencias recientes referidas a la materia que comentamos.

Sentencia de 14 de junio de 2012 (caso “Banesto”): el juez nacional ha de poder examinar de oficio las posibles cláusulas abusivas y si entiende que lo son, las tiene que dejar sin aplicación sin darles redacción alternativa.

El punto de partida es un Auto recaído en un juicio monitorio, en el que el Juez, de oficio, declaró nula por abusiva la cláusula que fijaba los intereses moratorios en el 29% y los fijó en el 19%. Apelado este Auto, la AP de Barcelona planteó al TJUE varias cuestiones prejudiciales, entre ellas, si la normativa procesal española, que no permite a los jueces declarar de oficio la nulidad de cláusulas abusivas (para eso hay que instar un procedimiento declarativo) es contraria al Derecho comunitario y qué alcance tiene el art. 6 de la Directiva 13/1993 cuando dice que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. El TJUE resuelve que la normativa procesal española no es conforme al Derecho comunitario en cuanto impide o hace excesivamente difícil aplicar a los consumidores la protección que la Directiva 13/1993 les pretende conferir, de forma que el Juez ha de poder examinar de oficio la nulidad de una cláusula, si dispone de los elementos de hecho y de Derecho necesarios. Recordamos que, sobre este punto, una Sentencia 4 de junio de 2009 había declarado que el art. 6.1 de la Directiva 13/93 debe interpretarse en el sentido de que no es necesario que el consumidor haya impugnado previamente la cláusula abusiva para que el Tribunal la enjuicie.

Y respecto de la segunda cuestión, resuelve que la Directiva 13/93 se opone a una norma como la del art. 83 del TR de la LGDCU antes citado, que atribuye al Juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva, la facultad de integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula. El art. 6 de la Directiva, en su tenor literal, dispone que los jueces nacionales están obligados únicamente a dejar sin aplicación la cláusula contractual abusiva, sin estar facultados para modificar el contenido de la misma: el contrato debe subsistir sin otra modificación que la supresión de tal cláusula, en la medida en que tal persistencia del contrato sea jurídicamente posible. La razón de esto radica en el interés público en que descansa la protección que se pretende garantizar a los consumidores: la

facultad de integración judicial del contrato podría poner en peligro la consecución del objetivo previsto por la Directiva, pues elimina el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales, que podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, declarada la nulidad, el contrato podría ser integrado por el Juez y quedaría así garantizado el interés de dichos profesionales.

Sentencia de 21.02.2103 (caso referido a la entidad húngara “Banif Plus Bank”), sobre el modo de proceder del Juez a la hora de enjuiciar una cláusula abusiva: no puede declarar la abusividad sin haber dado a las partes la posibilidad de pronunciarse sobre la cuestión.

Esta sentencia desarrolla la doctrina del caso Banesto: parte de que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula, pero no es una actuación meramente pasiva, sino activa: debe examinar de oficio esta cuestión tan pronto disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, incluso debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula contractual está dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 13/93. Una vez comprobado el carácter abusivo de una cláusula debe extraer de ello todas las consecuencias, sin esperar a que el consumidor pida que se anule dicha cláusula. Pero esto tiene que cohererarse con el principio de tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE) que lleva implícito el principio de contradicción, que exige no sólo poder conocer los documentos y alegaciones de la parte contraria, sino también los elementos examinados de oficio por el Juez sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión. Así, el Juez está obligado a informar a las partes y a instarles a que debatan de forma contradictoria sobre ello en la forma prevista por cada Derecho nacional. También resuelve que para apreciar la abusividad de una cláusula, el Juez debe tener en cuenta el resto de las cláusulas del contrato, sin limitarse a las cláusulas en las que se base la demanda.

Sentencia de 14 de marzo de 2013, caso Catalunya Caixa: los Derechos nacionales deben permitir que el deudor formule oposición –a la ejecución hipotecaria– basada en el carácter abusivo de la cláusula que fundamenta tal ejecución, ya sea en el propio procedimiento o bien en otro que permita al Juez adoptar medidas cautelares para asegurar la plena eficacia de su decisión final. Además, suministra criterios para apreciar el carácter abusivo de determinadas cláusulas.

El supuesto de hecho es el siguiente: el 19 de julio de 2007 un particular suscribió con Catalunya Caixa un préstamo hipotecario de importe 138.000 euros sobre su vivienda habitual, que había comprado el año 2003, por plazo de 33 años. Hay tres cláusulas que interesan especialmente: la

relativa al interés de demora, que se fijó en el 18,75%, aplicable de forma automática (cláusula 6^a), la posibilidad de vencimiento anticipado por impago de cualquiera de los plazos pactados (cláusula 6^abis), y la fijación del saldo reclamable por certificación expedida por la entidad acreedora (cláusula 15^a).

El deudor dejó de pagar las cuotas en mayo de 2008. El 11 de marzo de 2009 se inició un procedimiento judicial de ejecución de la hipoteca. La acreedora se adjudicó el inmueble, ante la falta de postores, por el 50% de su valor y el 20 de enero de 2011 se produjo el lanzamiento del deudor.

El 11 de enero de 2011 el deudor interpuso demanda de juicio declarativo contra la Caja ante el Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona pidiendo la nulidad, por abusiva, de la cláusula 15^a así como la nulidad de la ejecución de la hipoteca. El Juzgado suspendió el procedimiento y planteó al TJUE dos cuestiones prejudiciales:

1^a- Si el sistema de ejecución de los arts. 695 y ss LEC con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición a la ejecución, que impiden a un consumidor alegar que la ejecución se basa en una cláusula abusiva, no sería una limitación clara de la tutela del consumidor contraria a la normativa europea, por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos.

2^a- Y además pidió al TJUE que diera contenido al concepto de “desproporción” acerca de: la posibilidad de vencimiento anticipado en contratos a largo plazo por incumplimientos en un período muy limitado y concreto, la fijación de unos intereses de demora que en otros ámbitos de la contratación podrían entenderse abusivos, y la fijación de mecanismos de liquidación y de fijación de los intereses variables realizados unilateralmente por el acreedor vinculados a la ejecución hipotecaria que no permiten al deudor oponerse a la cuantificación de la deuda en el propio procedimiento de ejecución sino que le remiten a un nuevo procedimiento cuya sentencia recaerá cuando el deudor habrá perdido el bien hipotecado.

El TJUE resuelve, en cuanto a la 1^a cuestión, que los motivos de oposición admisibles en un procedimiento de ejecución de hipoteca y las facultades conferidas al Juez en un procedimiento declarativo, aunque pueden ser configurados por el Derecho de cada Estado, no pueden ser menos favorables que lo que rige en situaciones similares de carácter interno y no pueden hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio por los consumidores de los derechos que les confiere el Ordenamiento de la UE. Y que la Directiva 93/13/CEE se opone al Derecho español que, al tiempo que no permite en el procedimiento de ejecución formular oposición basada en el carácter abusivo de la cláusula que

fundamenta tal ejecución, tampoco permite que el Juez que conoce de un proceso declarativo pueda adoptar medidas cautelares para asegurar la plena eficacia de su decisión final (en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria). Entiende que el Derecho español hace imposible o excesivamente difícil aplicar la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores.

A la segunda cuestión el TJUE señala que, en general, para determinar el carácter abusivo de una cláusula debe tenerse en cuenta:

- Las normas del Derecho nacional que resulten aplicables en defecto de pacto entre las partes

- Los medios jurídicos de que dispone el consumidor para que cese el uso de cláusulas abusivas

- Si el profesional podía razonablemente estimar que tratando de manera leal y equitativa con el consumidor éste aceptaría una cláusula de este tipo en el marco de una negociación individual

- La naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato y todas las circunstancias que concurran en su celebración, al tiempo de ésta.

Y da al Juez nacional los siguientes criterios:

- Respecto del vencimiento anticipado: si el incumplimiento por el deudor se refiere a una obligación que revista carácter esencial en el marco de la relación contractual, si el incumplimiento es suficientemente grave con respecto a la duración y cuantía del préstamo, si la facultad de resolución es una excepción respecto de las normas aplicables a la materia y si el Derecho nacional ofrece al consumidor medios adecuados y eficaces para poner remedio a los efectos del vencimiento anticipado.

- Respecto de la fijación de los intereses de demora: debe tener en cuenta las normas aplicables en defecto de pacto para contratos de ese tipo celebrados con consumidores y el tipo de interés legal. Con ello ha de verificar que el tipo es adecuado para “garantizar la realización de los objetivos que éste persigue” y que no va más allá de lo necesario para alcanzarlos.

- Respecto de la liquidación unilateral por el Banco: debe determinarse si, y en qué medida, esta cláusula supone una excepción a las normas aplicables en defecto de pacto, de manera que a la vista de los medios procesales de que el consumidor dispone, dificulta el acceso a la justicia y el ejercicio de su derecho de defensa.

Tras la sentencia y hasta la entrada en vigor de la Ley 1/2013 (lo que tuvo lugar el 15 de mayo) recayeron bastantes resoluciones que han paralizado y, en algún caso, impedido ejecuciones hipotecarias y han

declarado el carácter abusivo de intereses de demora. Sobre esto último, recordamos que la legislación de consumidores declara nula por abusiva la “indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla con sus obligaciones”. La abusividad de los intereses moratorios se venía declarando, no obstante, por muchas sentencias anteriores a marzo de 2013, rompiendo una tendencia que se fijaba más bien en lo que era habitual (en lo referente a interés de demora) para operaciones similares en el mercado, que había llevado a aceptar en algunas resoluciones judiciales un tipo del 25%.

En algún caso se ha rechazado la fijación del saldo realizada unilateralmente por el acreedor. Sin embargo, no conocemos resoluciones que se hayan pronunciado en este período de tiempo sobre abusividad de otros tipos de cláusulas.

Reseñamos algunas sentencias:

- Auto del Juzgado de 1ª Instancia nº 13 de Madrid de 15 de marzo de 2013: dispone la paralización de una ejecución hipotecaria que se estaba tramitando ante el Juzgado de 1ª instancia nº 4 de Alicante, por entender que hay una posible cláusula abusiva (cláusula multidivisa). Se trata de una suspensión cautelar, mientras se decide si la cláusula en cuestión es o no abusiva. Se considera que puede ser abusiva por implicar riesgos financieros superiores a los de un préstamo ordinario, y no se conoce a priori cuál fue la información suministrada al deudor, que tiene la condición de consumidor.

Nos parece una buena aplicación de la doctrina de la sentencia del TJUE.

- Sentencia de la AP de Baleares de 26 de marzo de 2013: declara abusivo el interés de demora del 20,50% que aplicó La Caixa. Fija los siguientes criterios a tener en cuenta: 1º Si ha habido o no garantías en el contrato, pues la hipoteca hace disminuir el riesgo de impago “lo que ha de tener una repercusión en los tipos de intereses que, lógicamente han de ser más bajos que si dicha garantía real no existiese”. 2ºCuál es la relación entre el interés remuneratorio y el moratorio: si la el primero es contraprestación por la puesta a disposición al deudor de una cantidad de dinero y si el segundo es la indemnización por incumplimiento de la obligación de devolverlo, ha de existir una cierta proporción entre uno y otro dado que ambos parten de una base común: el coste para el prestamista de no disponer de la cantidad de dinero cedida al prestatario. 3º Debe tenerse en cuenta otras referencias, como el tipo de interés interbancario, el interés legal del dinero o el euríbor, dado que dichos índices son reveladores del coste que hubiese acarreado para la entidad crediticia reponer la cantidad que el deudor no ha devuelto. 4º Deben tenerse en cuenta los criterios de los tribunales en la apreciación del carácter abusivo. Concluye que el 20,50% es

abusivo porque hay garantía hipotecaria, el interés remuneratorio fijado vigente al ocurrir la demora era el 3,90%, el interés legal del dinero en el momento del incumplimiento era del 4%, el euribor el 3,30%. Y cita otras resoluciones de Audiencias estimatorias de la abusividad: 29,84% (La Coruña 14 septiembre 2012), 24% (Alicante, 7 septiembre 2012), cualquiera superior al 19% (Alicante, 26 julio 2012), 20,50% (Baleares, 28 noviembre 2012). Cita también el acuerdo de la Junta de Jueces de Valencia de 4 de diciembre de 2012 que fijó “con el fin de establecer una pauta orientativa” que procederá declarar la nulidad de oficio cuando establezcan intereses superiores al cuádruplo del interés legal del dinero vigente al tiempo del contrato.” Y un Auto de la AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2012: admite un interés de demora de hasta 2,5 veces el TAE de la operación cuando no se supera el doble del interés legal del dinero; si ese TAE se sitúa entre el doble y el triple del interés legal del dinero, el interés moratorio no debería rebasar dos veces dicho TAE; si el TAE excede del triple del interés legal del dinero, no debería rebasar el 0,5% de ese TAE.

La declaración de nulidad de la cláusula se realiza sin fijar las consecuencias (¿se aplica el interés fijado por el 1108 CC? ¿Se devengan durante la mora sólo los intereses remuneratorios?).

En esta apelación, también se pidió la declaración de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado por impago de una cuota mensual cuando la duración del préstamo se fijó en 30 años. La AP lo rechaza. Cita la doctrina del TS favorable a la validez de dicha cláusula y los criterios de la sentencia del TJUE que acabamos de reseñar más arriba y concluye que la cláusula no se puede calificar de abusiva en abstracto, “dependiendo del uso que de la misma se haga por la entidad bancaria en cada caso concreto”.

- Sentencia de la AP de Alicante de 27 de marzo 2013: comienza señalando la diferencia entre interés remuneratorio y moratorio, pues éste tiene como fin la indemnización de los perjuicios causados por la defectuosa o imperfecta ejecución de la obligación principal, rechaza (frente a un cierto sector doctrinal) que a los intereses de demora no les pueda ser de aplicación la Ley de la usura de 23 de julio de 1908 y cita una sentencia de la AP de Madrid de 7 de febrero de 2005 que sostuvo la compatibilidad entre la legislación protectora de consumidores y la Ley de 1908, por entender que ésta sirve para interpretar aquélla. Fija como criterio 2,5 veces el interés legal del dinero que estableció para descubiertos en cuenta corriente la Ley de crédito al consumo de 1995, vigente al tiempo de celebración del contrato de préstamo hipotecario objeto del procedimiento.

- Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Arrecife de 8 de abril de 2013: ante una cláusula de intereses moratorios (al 19%) que considera abusiva declara nulo todo el contrato préstamo hipotecario. Cita el art. 3 de

la Ley de la usura de 1903 y la STS de 22 febrero de 2013, que declaró la nulidad del préstamo por usurario y asimismo la nulidad de la garantía hipotecaria, por la accesoriedad de la hipoteca.

Sobre la cita de la STS debemos hacer una puntualización: esta STS declaró nulo un préstamo entre particulares, garantizado con hipoteca cambiaria, otorgado el 5 de mayo de 2008, por estipularse un interés remuneratorio notablemente superior al normal y desproporcionado y haberse otorgado en circunstancias de urgencia. El interés remuneratorio era un 10% semestral (o sea, un 20% anual), el moratorio el 22% anual y había dos comisiones por impago, una del 5% del capital y otra del 3%. El supuesto es distinto al de Arrecife, ya que éste ha declarado la nulidad de todo el préstamo por un interés moratorio, no remuneratorio, que considera desproporcionado.

Nos parece que la conclusión de esta sentencia de Arrecife es excesiva.

- Auto de la AP de Burgos de 10 de abril de 2013: revoca la decisión de 1ª instancia (Miranda de Ebro) que inadmitió a trámite una demanda ejecutiva hipotecaria por entender que había una cláusula suelo (3,5%) que reputaba abusiva. La AP declara que procede admitir la demanda, pues en otro caso se deja sin efectividad el procedimiento de ejecución hipotecaria desde su inicio, cuando ello no puede deducirse de la jurisprudencia comunitaria, si bien, tras las notificaciones preceptivas, se debe decidir por el Juez, previa audiencia de las partes y previo análisis del posible carácter abusivo de la cláusula suelo, sobre la suspensión cautelar del procedimiento, tanto si se formula oposición por el deudor como en caso contrario. Hoy el examen de la abusividad y la eventual suspensión han sido reguladas por la Ley 1/2013.

- Sentencia de la AP de Barcelona de 17 de abril de 2013: declara abusivo un interés de demora del 24%, tras compararlo con el interés remuneratorio que se aplicaba (3,50%) y con el interés legal del dinero en ese momento (4%) y admite que, aunque no lo permita el Derecho procesal español, el Juez de la ejecución hipotecaria debe examinar la conformidad de los intereses moratorios con las normas imperativas de protección a los consumidores. Declarada nula la cláusula contractual de intereses de demora, procede aplicar el interés legal del dinero conforme al art. 1108 CC.

- El Juzgado mercantil nº 3 de Barcelona (en el que se inició el procedimiento en que se planteó la cuestión al TJUE) dictó una sentencia el 2 de mayo de 2013 que declara nulas por abusivas tres cláusulas del préstamo hipotecario: la de vencimiento anticipado, la de intereses de demora y la cláusula de liquidez. La primera se basa en la desproporción de exigir el vencimiento anticipado por impago de cuatro cuotas mensuales

cuando el plazo inicial era de 396: dado el capital del préstamo y la duración inicial, los incumplimientos de pago no debían haberse considerado suficientemente graves cuando además eran previsibles (la entidad conocía, al dar el préstamo, la situación económica del deudor y las posibilidades de pago de la deuda en función del salario que percibía). La resolución por un solo incumplimiento (tal como disponía la cláusula del contrato) debe ser reputada como abusiva dado que no se vinculaba a parámetros cuantitativa o temporalmente graves. La segunda se basa en que en el debate legislativo y judicial abierto tras la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 se ha considerado que un interés de demora superior a 2 o 3 veces el interés legal del dinero debería considerarse abusivo. La tercera se basa en que la concreta liquidación de la deuda, cuando se realiza aplicando cláusulas abusivas, hace que la fijación de saldo por el acreedor sea abusiva cuando habilita al acreedor a un procedimiento tan severo como el previsto en la LEC.

En general puede decirse que ha habido interpretaciones diferentes sobre la abusividad, distinto alcance a la ineficacia de una cláusula abusiva y diferentes consecuencias de la apreciación de oficio de la abusividad: unas veces inadmisión de la demanda de ejecución, otras veces suspensión directa del procedimiento por el propio juez y otras, suspensión de la ejecución adoptada como medida cautelar por el Juez de un procedimiento declarativo.

Tras la Ley 1/2013.

Desde el 14 de mayo también se han dictado muchas resoluciones sobre cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. La mayoría se refieren a la “cláusula suelo” del tipo de interés variable y a los intereses de demora; alguna, al vencimiento anticipado por impago.

Respecto de la cláusula suelo, en general se la califica de abusiva por razón de la falta de transparencia: falta información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato, se inserta de forma conjunta con la cláusula techo y como aparente contraprestación de la misma, no existen simulaciones de escenarios diversos del tipo de interés y no hay información clara y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la entidad o advertencia de que a ese concreto perfil de cliente no se le ofertan las mismas (AP Córdoba 21 de mayo de 2013), crea la apariencia de un contrato de préstamo a interés variable cuando en realidad es a tipo de interés mínimo con variaciones al alza. Se ha entendido que la nulidad de la cláusula suelo deja subsistente el resto del contrato (AP Cádiz 13 y 17 mayo 2013, AP Alicante 23 julio 2013).

Respecto de los intereses de demora se han seguido aplicando los

criterios anteriores a la Ley 1/2013, pues se trataba de supuestos de hecho anteriores.

Una sentencia de la AP de Ciudad Real de 16 de mayo de 2013 se ha referido al vencimiento anticipado por impago de cuotas, y se ha preguntado cuándo puede estimarse esencial el incumplimiento para que justifique el pacto de declarar vencido por anticipado el contrato. La parte apelante solicitó que se declarara indebido el vencimiento anticipado por impago de tres cuotas (al cláusula se redactó antes de la Ley 1/2013 y se refería al impago de una sola cuota). La AP dijo que la cláusula en abstracto no podía reputarse abusiva, pues se refería a incumplimiento de una obligación esencial del prestatario. A continuación se planteó si en ese supuesto concreto concurrían las circunstancias que permiten al prestamista dar por vencido anticipadamente el contrato. Dice que la situación de crisis debe ponderar la gravedad o esencialidad del incumplimiento, de forma que la imputación del mismo al deudor ha de realizarse no sólo por criterios objetivos sino también subjetivos. El adecuado uso de las cláusulas de vencimiento anticipado no debe basarse en el mero incumplimiento de una cuota, sino que hay que valorar si se frustra la finalidad contractual. En el caso concreto se estimó que se había producido la frustración de dicha finalidad, pues el deudor había impagado ya tres cuotas y no había hecho intento alguno de de pago.

Una sentencia de la AP de Barcelona de 13 de junio de 2013 se ha referido al vencimiento anticipado por impago y al interés moratorio abusivo en un préstamo personal. Declara que el vencimiento anticipado que tuvo lugar por impago de cuotas mensuales durante un año (faltando 6 años para el vencimiento final) no es abusivo. Respecto del interés abusivo, reitera que es nulo cuando, según la LGDCU impone “una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones”. Señala que la abusividad no se determina por sí misma, sino que debe fijarse en atención a otros elementos del contrato, como el interés remuneratorio, al contexto económico (otros tipos de interés variable), sin perder de vista que el interés moratorio cumple una triple función: indemnizatoria de la pérdida de beneficio que el acreedor sufre por el incumplimiento del deudor, conminatoria (estimular el cumplimiento de las obligaciones) y disuasoria (desalentar el incumplimiento). Respecto del interés moratorio acoge el criterio de la AP de Barcelona de 9 de noviembre de 2012, antes citada.

La posibilidad de que continúe la disparidad de criterios hizo surgir en seguida la **necesidad de concretar más qué cláusulas deben entenderse abusivas y las consecuencias de la abusividad**. Así han ido surgiendo criterios orientativos para la práctica. Destaca una jornada organizada por el propio CGPJ.

Jornada organizada por el CGPJ.

En esta Jornada, posterior a la sentencia del TJUE y a la entrada en vigor de la Ley 1/2013, se fijaron criterios orientativos como los siguientes:

- El Juez debe actuar de oficio en relación a las posibles cláusulas abusivas, sin esperar una actividad procesal del deudor. Sobre esto ya no cabe duda, pues ha sido dispuesto por la Ley 1/2013. Este control debe hacerse en la fase de admisión de la demanda, según el nuevo art. 552 LEC: no se trata de una decisión del Juez sin audiencia de las partes, sino una resolución tras ponerlo en conocimiento de las partes y de escuchar sus alegaciones.

- Respecto de los intereses moratorios: hay comparar el fijado en el caso concreto con el que se haya establecido por normas que regulen el interés de demora, en particular por el nuevo art. 114 LH. Parece que no se dijo nada sobre el tope de dos puntos sobre el interés remuneratorio que rige en los casos de aplicación del Código de Buenas Prácticas.

También se trató el tema de los intereses remuneratorios y se dijo que en general las cláusulas sobre los mismos forman parte del precio y por tanto no pueden declararse abusivas, debiendo limitarse los jueces al control de transparencia.

Es una solución respetuosa con la doctrina de la famosa sentencia de 9 de mayo de 2013.

- Respecto de las cláusulas de vencimiento anticipado: en abstracto no son abusivas, sino que deben valorarse en el caso concreto. Respecto del supuesto de vencimiento anticipado por impago de cuotas se dijo: “aunque se prevea el vencimiento anticipado por un único incumplimiento, si la reclamación se interpone cuando se haya producido el incumplimiento en los términos previstos en el art. 693 LEC según la nueva redacción de la Ley 1/2013, no se apreciará el carácter abusivo”.

- Respecto de las consecuencias de la abusividad, se concluyó que el Juez no puede ni integrar ni moderar dicha cláusula, sino que tiene que limitarse a tenerla por no puesta, lo que llevará a decidir si hay que continuar la ejecución sin la misma o procede no despachar ejecución si esa cláusula formaba parte del objeto principal del contrato.

En concreto, se trató el problema de qué hacer ante la cláusula abusiva de intereses de demora y la de vencimiento anticipado por impago de cuotas. En cuanto a la primera, parece que se estuvo de acuerdo en aplicar normas legales relativas al interés de demora, pero no hubo acuerdo sobre si lo procedente era aplicar al art. 1108 CC o el nuevo art. 114 LH. En todo caso, no se mantuvo que no procedían intereses moratorios.

En cuanto a la segunda, hubo acuerdo en aplicar la doctrina jurisprudencial en materia de resolución ex art. 1124 CC: no procede despachar ejecución “hasta que el Juez haya apreciado el incumplimiento como relevante, lo que supondrá la frustración del contrato”.

A continuación damos nuestra opinión sobre el vencimiento anticipado por impago, la abusividad de los intereses de demora y otros supuestos

1. El vencimiento anticipado por impago de cuotas

El TS desestimó en la STS 792/2009 la pretensión de nulidad de una cláusula de vencimiento anticipado “cuanto se produzca el impago de una sola cuota del préstamo” y rechazó el argumento de falta de reciprocidad y desproporción en la sanción que se aplica (resolución del contrato) reiterando la doctrina de la propia Sala en sentencias de 12.12.2008, 04.07.2008 y 09.03.2001. De todas formas, una cosa es la nulidad de la cláusula y otra la suspensión de una ejecución basada en esa cláusula a la vista de las concretas circunstancias.

Quizá el TS español, a la vista de la jurisprudencia del TJUE, decida revisar su doctrina sobre la validez de esta cláusula, al menos en lo que se refiere a contratación con consumidores, o la matice valorando la gravedad del incumplimiento en relación al tiempo del contrato.

No es que estemos incitando al cambio jurisprudencial; más bien a la ponderación adecuada de los hechos en cada procedimiento. Seguramente la solución para deudores que se han quedado sin recursos debe venir por otras vías y para ello hacen falta Leyes que protejan al deudor tras la ejecución. Pero eso es otro tema. Por ahora señalamos que si no se estima judicialmente la abusividad de ciertos vencimientos anticipados por impago y se retrasa así la posibilidad de ejecución, la suerte del deudor, por muchos remedios procesales que se le ofrezcan, cambiará muy poco a consecuencia de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013.

La Ley 1/2013, de 14 de mayo ha regulado esta cuestión, como hemos dicho, exigiendo al menos tres cuotas impagadas, pero sólo en préstamos para adquirir vivienda habitual. Hay que entender que los tres impagos deben ser sucesivos. Creemos que este criterio debiera también aplicarse en todos los préstamos y créditos a consumidores. Es el único argumento legal al que agarrarnos. Pero aun así, apenas habrá diferencia entre la práctica anterior y la posterior a la sentencia del TJUE y a la Ley 1/2013, pues los Bancos no

estaban declarando el vencimiento anticipado por impago de menos de tres cuotas. Por ello, podría pensarse que la Ley ha venido a perjudicar al consumidor. No obstante, resulta difícil aplicar el criterio del Juzgado mercantil de Barcelona tras la entrada en vigor de esta Ley. Si prescindimos del criterio legal de 3 cuotas, ¿cuál es el límite para poder declarar el vencimiento anticipado? ¿10 cuotas mensuales? ¿uno o varios años? ¿qué porcentaje del plazo total? Téngase en cuenta que al devengarse intereses de demora, la deuda se incrementará considerablemente con el paso del tiempo, con el consiguiente aumento de perjuicio al deudor. En los contratos entre particulares en los que se pacta condición resolutoria en garantía de un precio aplazado es usual convenir que el impago de pocas cuotas (una, a veces tres) determinará la resolución del contrato. La respuesta tiene que venir por otro lado: el vencimiento anticipado debe ser posible, siempre tras al menos tres cuotas mensuales impagadas, en el caso de que se aprecie una imposibilidad del deudor-consumidor para hacer frente a los pagos futuros. La ponderación de la duración y cuantía del préstamo, que exige la sentencia reseñada del TJUE, y que debe hacerse, no debiera impedir el vencimiento anticipado si desde un punto de vista objetivo se aprecia imposibilidad del deudor de seguir cumpliendo. La inseguridad que provocaría una libre valoración del vencimiento anticipado por los Jueces tendría graves consecuencias para el crédito hipotecario futuro. Los otros criterios del TJUE para evitar la abusividad no impedirían declarar el vencimiento anticipado, puesto que el incumplimiento del deudor se refiere a la prestación esencial, es grave si se aprecia una imposibilidad de seguir atendiendo regularmente los pagos y el deudor tiene (ahora) a su disposición remedios procesales para alegar una posible abusividad. La situación del deudor tras la ejecución exige ser atendida, pero eso es otra cuestión distinta de la que ahora tratamos. En todo caso, creemos que la normativa de protección de consumidores obliga a los Bancos a suscribir novaciones con sus deudores mientras haya alguna posibilidad de que el deudor pueda ir pagando alguna cantidad.

2. El interés de demora “excesivo”

La Ley 1/2013 ha fijado el tope del triple del interés legal del dinero, aunque sólo para los contratos que caen bajo su ámbito de aplicación. En estos supuestos, por tanto, no hay más remedio que atenerse a esta Ley.

La cuestión sigue abierta en los demás casos. Pero la Ley 1/2013 da una importante pauta: dado que regula el supuesto que se considera más digno de protección, a los préstamos que no entran en este supuesto no es lógico aplicarles un criterio más benigno.

Para los demás préstamos a consumidores que no caen en el ámbito de dicha Ley, creemos que la regla del nuevo art. 114 LH debe ser también el

criterio para valorar la abusividad, porque la analogía entre los supuestos es muy grande. Hacemos, no obstante, una matización: como no hay regla legal que obligue a atenerse a tal criterio, pueden (o quizá mejor, “deben”) valorarse otras circunstancias del caso concreto que puedan elevar (no rebajar) el tipo de interés moratorio o que permitan apreciar con más laxitud el concepto de desproporción; por ejemplo, que el interés remuneratorio sea alto (conocemos casos de préstamos referenciados al euribor a un año más 13 y más 14 puntos), o que el tipo interbancario o el euribor subieran mucho, o que en el caso concreto la función disuasoria del impago (o conminatoria del pago) que corresponde al tipo de interés moratorio destaque mucho sobre la función resarcitoria, tomar en cuenta los tipos de interés de demora que se aplican en el mercado para operaciones similares. En todo caso, el tipo de interés moratorio así fijado no debiera ser mucho más elevado que el fijado por el nuevo art. 114 LH.

Quizá, dada la situación actual de crisis, en los casos en que el impago se deba a causas que el deudor no ha podido prever o al menos evitar, podrían atemperarse las consecuencias del incumplimiento no permitiendo que se devenguen intereses de demora durante la ejecución. Pero creemos que para esto haría falta una norma legal.

En los casos de préstamos a no consumidores, en nuestra opinión, deberá respetarse el mínimo del nuevo art. 114 LH y podrán valorarse con más libertad las circunstancias del caso concreto, sin que necesariamente tenga que haber poca diferencia respecto del triplo del interés legal del dinero.

Es difícil fijar un límite máximo a efectos de la abusividad. Habrá que tener en cuenta la evolución de los intereses remuneratorios (llegaron a estar en el 19% hace unos cuantos años). A día de hoy parece abusivo un interés del 25% o del 30% o más. Pero el límite deberá ser apreciado en cada momento.

En todo caso, el criterio de la Ley 1/2013 de aplicar los intereses de demora sólo sobre cada cuota impagada a medida que venzan debiera extenderse, al menos, a todo préstamo hipotecario a consumidores.

3. Otros supuestos de vencimiento anticipado

Vencimiento anticipado por incumplimiento de obligaciones accesorias concretas

Esta cuestión tiene escaso interés práctico porque no se suele declarar la resolución anticipada, o al menos no conocemos casos, por impago del IBI, o de una prima del seguro, o de los gastos de comunidad, por poner ejemplos que vemos en muchas minutas bancarias. Esta cláusula es muy probable-

mente abusiva por la desproporción entre el incumplimiento y la consecuencia que se le asocia. No hay correspondencia entre el daño producido al Banco, que éste puede fácilmente remediar (y después exigir al deudor lo pagado) y los efectos que se producen para el deudor.

Vencimiento anticipado por disminución de la solvencia: entendemos que cualquier cláusula que consiga el mismo efecto que las cláusulas nulas inscritas, pero con diferente redacción, será también abusiva. Recordamos que las cláusulas nulas inscritas se refieren a embargo de bienes del deudor, incumplimiento por el deudor de obligaciones con terceros, protesto o declaración equivalente de cualquier efecto aceptado por el deudor, e inicio de procedimientos judiciales o extrajudiciales que puedan acarrear embargo o subasta de bienes del deudor.

Vencimiento anticipado por solicitud de declaración de concurso o por la declaración de éste.

El art. 61.3 de la Ley Concursal dispone “Se tendrán por no puestas las cláusulas que establezcan la facultad de resolución o extinción del contrato por la sola causa de la declaración de concurso de cualquiera de las partes”.

Como se ve, el efecto legal no necesita ninguna declaración judicial ni administrativa. Pero se refiere sólo a la declaración de concurso. Es lógico entender que si el efecto se predica de ésta, con mayor razón deberá predicarse de la solicitud de declaración de concurso, ya sea por el deudor o por terceros. Puede haber argumentos, no obstante, para defender la validez de esta cláusula, pero en la contratación hipotecaria con consumidores, en cuyo supuesto el Banco tiene la garantía de la hipoteca, que no se ve afectada por el concurso según la interpretación que ha prevalecido del art. 56 LC, parece que se está causando un desequilibrio importante. Entendemos, por tanto, que la cláusula de vencimiento anticipado por solicitud de concurso debe considerarse abusiva, aunque tal declaración parece que corresponde a los Jueces realizarla.

4. La prohibición de disponer

Si no se la configura como obligación personal de no disponer, o sea, como algo que el deudor, si lo hace, es válido (salvo mala fe del tercero) sin perjuicio de las consecuencias (obligacionales) en la relación deudor-acreedor, parece que se ve afectada por la prohibición del art. 27 de la Ley Hipotecaria. La obligación personal de no disponer, aunque no sería inscribible, parece en principio válida según el Derecho civil, pero imponerla a un consumidor parece abusivo, pues no afecta a la garantía hipotecaria; en caso de ejecución, el acreedor tendría que solicitar una notificación al tercer poseedor, pero parece excesivo considerar esto un perjuicio para el Banco que justifique

que el deudor se obligue a no transmitir. Es decir, se impone una grave limitación al deudor a cambio de prácticamente ningún beneficio para el Banco. No parece abusiva, en cambio, la cláusula que imponga al deudor una mera comunicación al Banco de la enajenación de la finca, aun anterior a ésta; algo que dijera “el hipotecante se obliga a no enajenar la finca hipotecada sin previa comunicación al Banco”.

No nos estamos refiriendo, claro está, a la subrogación de deudor, que exige el consentimiento del acreedor.

5. Comisiones

Son de dudosa validez las dos siguientes:

Comisiones de administración en los préstamos: estas comisiones no responden a ningún servicio específico prestado por el Banco. El Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha resuelto en varias ocasiones que la administración del préstamo es en interés propio de la entidad de crédito, no en interés del cliente, por lo que no puede repercutir su coste.

Comisiones por “reclamación de posiciones deudoras vencidas”: esta comisión aparece en prácticamente todos los préstamos y créditos, pero no se entiende bien qué tipo de servicio da el Banco aquí, pues esto forma parte de las gestiones ordinarias de administración del préstamo. No parece que pueda devengarse por el mero hecho del impago ni por el mero transcurso de un cierto número de días desde la fecha en que correspondía haber pagado la cuota, máxime si el Banco no ha hecho ninguna actividad para intentar cobrarla.

6. La fijación del saldo reclamable por certificación del acreedor

Esta cláusula se permitía sólo para la Banca por el art. 1435 de la LEC anterior a la LEC vigente (hoy una norma equivalente se recoge en el art. 572) y dio lugar a una conocida sentencia del TC de 10 de febrero de 1992, que estimó constitucional la norma, aunque el procedimiento de ejecución hipotecaria no permitía (no lo ha permitido hasta este año 2013) la oposición del deudor por error en el cálculo de la deuda. El TC declaró que no era un privilegio injustificado de la Banca, porque la fijación del saldo no se imponía sin más al Juez, sino que éste podía (o debía) examinarla antes de despachar ejecución, y el deudor siempre tenía la posibilidad de interponer juicio declarativo (aunque hasta este año 2013 el Juez que conociera de éste no podía paralizar la ejecución). La tesis mantenida por el TC tuvo una aceptación mayoritaria. Seguramente era una tesis correcta “en general”, ya

que el legislador puede configurar libremente la relación entre juicios sumarios y plenarios, pero debiera haberse matizado, respecto de consumidores, desde el momento en que fue de aplicación la Directiva 13/93. Quizá en esta materia se haya sido un poco insensible.

La vigente LEC extendió esta facultad a cualquier acreedor, ya sea persona física o jurídica.

La sentencia antes citada del Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona afirma, como antes hemos reseñado, que esta manera de fijar el saldo reclamable supone una excepción a las normas aplicables en defecto de pacto y dificulta el acceso a la justicia y el ejercicio del derecho de defensa por el consumidor. La sentencia del TJUE también ha tenido en cuenta la severidad del procedimiento de ejecución hipotecaria de la LEC española.

Tras la reforma introducida por la Ley 1/2013 parece que estos argumentos judiciales han perdido fuerza. También ha de tenerse en cuenta que la fijación del saldo por sólo el acreedor se ha convertido en una cláusula usual en préstamos entre particulares. Teniendo en cuenta esto, y dado que la fijación del saldo no puede llevar al despacho automático de ejecución, que el juez puede valorar en el propio procedimiento de ejecución, incluso de oficio, la abusividad de las cláusulas abusivas que fundamentan la ejecución, y que el deudor puede igualmente fundamentar oposición dentro del propio procedimiento de ejecución, entendemos que difícilmente puede ser considerada abusiva esta cláusula. Tampoco en caso de seguirse la tramitación notarial de venta de la finca hipotecada; es cierto que ni el Notario puede valorar la abusividad ni el deudor puede plantear oposición ante el Notario, pero desde la vigencia de la Ley 1/2013, el Notario debe indicar al deudor la posible abusividad de la cláusula que fundamenta la ejecución y el deudor puede plantear demanda ante el Juez y pedir que se ordene paralizar la actuación notarial.

¿Es posible un control no judicial de la abusividad?

El control de las cláusulas abusivas está encomendado en España a los Jueces y Tribunales, como decíamos al principio. Sin embargo, el art. 51 de la Constitución y la Directiva 13/93 parecen implicar a todos los poderes públicos. La medida de la actuación de cada uno vendrá dada por la configuración legal de su respectivo estatuto jurídico.

El control de la abusividad ha sido siempre, también, tarea notarial-registral, dentro del ámbito de actuación configurado por la Ley. Ocurre, sin embargo, que los límites de este ámbito han sido desde hace muchos años objeto de discusión.

En principio, el ámbito de la actividad notarial-registral aparece regulado por el art. 84 LGDCU (y 258 LH).

Todos nos hemos preguntado si estos artículos ponen un límite a la actuación notarial-registral, de forma que sólo puedan rechazarse las cláusulas que previamente hayan sido declaradas nulas por los Tribunales e inscrita tal nulidad en el Registro de CGC, o bien se trata sólo de un supuesto, entre otros, en el que deben rechazarse cláusulas presuntamente abusivas.

En principio, somos partidarios de defender la primera tesis si bien tenemos claro:

- Que la normativa de protección de consumidores, tal como debe ser interpretada a la luz de la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013, nos debe llevar a rechazar toda cláusula declarada judicialmente abusiva aunque no haya sido todavía inscrita en el Registro de CGC. Rectificamos así la posición mantenida en seminarios anteriores, ya que en éstos sólo nos habíamos fijado en la LGDCU pero no en el contexto normativo de la Directiva europea de 1993.

- Que la actuación notarial-registral también debe rechazar las cláusulas cuya nulidad resulte de contradicción directa con una norma legal que declare tal nulidad sin acudir a conceptos jurídicos indeterminados. Esto se deriva simplemente de la obligación de cumplimiento de las normas (no estamos aquí rectificando ni matizando ninguna postura previamente sostenida) aunque no desconocemos que incluso esto implica una valoración cuyos límites también son objeto de discusión. Creemos que esta discusión sólo debe tener lugar referida a supuestos concretos, no en general y en abstracto.

Por ahora, sólo diremos que hace algunos años se sostuvo (Gómez Gállego, en el libro colectivo “Los contratos bancarios” editado por el CER en 2007) que debían considerarse abusivas las siguientes cláusulas:

a) Por suponer desequilibrio contractual entre las partes: modificación unilateral del contrato por la entidad bancaria; supeditación del contrato a una condición que dependa de la voluntad del profesional como fijar el interés variable por referencia al interés preferencial de la propia entidad; la cláusula por la que se fijaban unilateralmente por el acreedor las obligaciones garantizadas.

b) Por suponer privación de derechos básicos del consumidor: imponer la renuncia al derecho a recibir la finca libre de cargas, o obligar al consumidor a subrogarse en la hipoteca constituida por el promotor.

c) Por superposición de garantías: imponer al consumidor, además de la garantía hipotecaria, una letra de cambio.

d) En el apartado “otras” del elenco de la LGDCU de 1984: imponer un contrato de seguro de vida con compañía vinculada al Banco, imponer un notario determinado, imponer arbitrajes distintos de los de consumo.

Creemos que estos supuestos son suficientemente objetivos para poder ser calificados (y rechazados) salvo el primer ejemplo del apartado d), pues para declarar la nulidad parece necesario haber oído, cuando menos, al deudor.

Pero es que por diversos Registradores de la Propiedad y Catedráticos se ha defendido un ámbito de calificación que en la práctica va más allá de la mera aplicación de normas, pues implica apreciar la abusividad por los criterios que de ésta da el art. 82 LGDCU, que son indeterminados: contrariedad a la buena fe, ruptura del justo equilibrio de prestaciones o perjuicio desproporcionado al deudor. No podemos compartir esta tesis en cuanto implica una valoración impuesta unilateralmente por el Registrador sin audiencia de las partes y sin “proceso”, que sólo puede desarrollarse ante un Juez.

Una resolución **de la DGRN de 19 de abril de 2006** revocó una calificación registral que había denegado la inscripción de muchas cláusulas que el Registrador consideró abusivas, como el interés de demora, el vencimiento anticipado por diversas causas, incluso cláusulas de contenido meramente obligacional, que en tal momento no debían quedar reflejadas en el asiento, como las relativas a comisiones, incluida la de apertura, o la asunción por el deudor de toda clase de gastos, la expedición de segundas copias ejecutivas, etc., y fijó la siguiente doctrina: está vedado al Registrador denegar el acceso al Registro de determinadas cláusulas por entender que las mismas contravienen la normativa de condiciones generales de la contratación y de defensa de consumidores y usuarios, porque el registrador no es un juez. Citó el art. 258. LH “el Registrador denegará la inscripción de aquellas cláusulas declaradas nulas de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 10 bis de la Ley 26/1984 de 19 de julio” y lo interpretó en el sentido de que no cabe la denegación de la inscripción en otros casos de posible abuso: la necesidad de que un juez declare la nulidad de la cláusula es requisito sine qua non para que el registrador deniegue el acceso de esa cláusula abusiva. Alega a favor de esta interpretación “la simple lectura de la Ley 7/1998” y las sentencias del TS de 12 de febrero de 2002 por las que se anularon determinados preceptos del Reglamento del RCGC. Esta misma doctrina tiene que ser aplicable a los Notarios.

La reforma introducida por al Ley 41/2007 en el art. 12 LH pretendió unificar las disparidades que se daban en las calificaciones registrales de las cláusulas financieras de los préstamos hipotecarios y cambió la redacción del

artículo, que decía “las inscripciones de hipoteca expresarán el importe de la obligación garantizada y el de los intereses, si se hubiesen estipulado” por la siguiente “En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración. Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el art. 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del mercado hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización.”

Como se ve, la redacción de la ley es bastante ambigua en cuanto a lo que debe ser calificado por el Registrador.

La resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008 declaró que la norma distingue entre las cláusulas que se inscriben, que son las de trascendencia real (art. 12.1) y las que meramente se transcriben como publicidad-noticia (art. 12.2: cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras) debiendo ser objeto de calificación registral sólo las primeras, y de forma que las segundas sólo pueden acceder al Registro una vez se ha producido la calificación favorable de las primeras. Al Registrador le está vedado entrar a examinar si las cláusulas de vencimiento anticipado tienen o no trascendencia real, estando obligado a hacerlas constar en el asiento mediante transcripción. Con ello se pronunció contra la interpretación que defendía la inscripción (y por tanto, calificación) de todas las cláusulas financieras aunque carecieran de trascendencia real.

Se ha dicho que un cierto cambio se produjo con la resolución de **1 de octubre de 2010**, seguida por las de 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010, 11 de enero de 2011 y **16 de agosto de 2011**. El cambio efectivamente se produjo en cuanto al objeto de la calificación, pues se entendió que las cláusulas financieras deben inscribirse (no transcribirse, o sea, copiarse) siempre y cuando “el Registrador haya calificado favorablemente aquellas que por configurar el contenido del derecho de hipoteca, tienen trascendencia real.” El cambio, no obstante, debía producirse a causa de la STS de 16 de diciembre de 2009 (comentada en el seminario de marzo de 2010; vid. libro de los seminarios 2009-2010) que declaró nulas varias cláusulas de condiciones financieras, lo que obligaba en el futuro a examinar todos los clausulados de contenido financiero para rechazar las cláusulas declaradas nulas. Pero estas resoluciones también se pronunciaron sobre los criterios para calificar.

La primera resolución confirmó una nota de calificación que denegó el acceso al Registro de una prohibición de disponer de la finca hipotecada. Estas resoluciones citan la Directiva 13/93 y una sentencia del TJUE de 10 de abril de 1984 (sentencia Von Colson, As. 14/83) que declaró que la consecución de los resultados previstos por las Directivas se impone a todas las autoridades del Estado, lo que da pie a la DGRN a afirmar que entre estas autoridades “deben incluirse tanto notarios como registradores”. El ámbito de la calificación aparece delimitado en los siguientes términos: el Registrador debe rechazar la inscripción de las cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado sin realizar ningún tipo de valoración de las circunstancias del supuesto concreto; la función calificadora “se limitará a la mera subsunción automática del supuesto de hecho en una prohibición específicamente determinada en términos claros y concretos”, es decir cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado objetivamente, sin actividad de ponderación y valoración.

Aunque en el caso concreto, se trataba de aplicar el art. 27 LH, que no da “efectos reales” a una prohibición de disponer en contratos onerosos. No era esencial aplicar la normativa de protección de consumidores.

Por tanto, el cambio en la postura de la DGRN se refiere más bien a las cláusulas objeto de calificación, no a la actividad calificadora en sí (ahora, igual que antes, no se puede entrar a valorar).

En todo caso, se trata de implicar a Notarios y Registradores a actuar dentro de los límites que permite su función. Por eso, entendemos que las cláusulas cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado objetivamente, sin actividad de ponderación y valoración, sólo pueden ser las que aparezcan concretamente reguladas por alguna norma, ya sea el art. 27 LH, o la OM de 28.10.2011, o las normas reguladoras de comisiones, o la Ley 1/2013 o cualquier otra, y aquellas que tengan una redacción más genérica pero (como dijimos más arriba) que no usen conceptos indeterminados.

Ahora bien, ¿la sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013 obliga a cambiar estos criterios, de forma que se deba ahora rechazar todo supuesto en el que se detecte posible abusividad?

De entrada, diremos que la sentencia no puede obligar a alterar la naturaleza de la función notarial-registral, aunque sí va a llevarla “un poco al límite” en beneficio de los consumidores/usuarios: esforzarse en dar más información y más claridad y en examinar más concienzudamente las cláusulas de las minutas bancarias.

También diremos que la sentencia obliga, por si había alguna duda (que creemos que desde la STS de 16 de noviembre de 2009 quedaban pocas

dudas) a destruir lo que la reforma de 2007 del art. 12 LH pretendió, pues ratifica que la calificación de las cláusulas financieras debe hacerse y, por tanto, tal calificación por cada Registrador trae aparejada disparidad de criterios.

La resolución de la **DGRN de 13 de septiembre de 2013** ha tenido que pronunciarse sobre esta materia ya que resolvió un recurso contra la denegación por un Registrador de la inscripción de una cláusula suelo, por falta de equidistancia entre el tipo inicial fijado y los topes señalados como suelo y techo, por dejar sin efecto la pretendida variabilidad del tipo de interés (contrario a los arts. 82 y 87 LGDCU) y porque, ante la contradicción entre la cláusula de variabilidad y la cláusula suelo debe prevalecer la más beneficiosa para el consumidor.

La DGRN justifica el ámbito de la calificación del Registrador respecto de las cláusulas financieras del préstamo. Realmente este parece ser el objetivo de la resolución, aunque nos parece que esto ya estaba claro, especialmente desde la STS de 16 de diciembre de 2009. Cita en su apoyo diversas resoluciones, entre ellas las de 1 de octubre de 2010, seguida por las de 4 de noviembre de 2010, 21 de diciembre de 2010, 11 de enero de 2011 y 16 de agosto de 2011 y diversas sentencias de Audiencias. Interpreta la reforma de 2007 en el sentido de que no excluye la calificación (hubiera sido mejor fundamentar esto en la legislación de consumidores, que estaba vigente antes y después de la Ley de 2007). Cita especialmente la STS de 16 de diciembre de 2009, que al determinar nulas y no inscribibles determinadas cláusulas de vencimiento anticipado lleva a la necesidad de proceder a calificarlas, pues sólo puede excluirse la inscripción de unas y no otras si previamente se examinan todas. La resolución de 8 de junio de 2011 señaló que el Registrador ha de calificar la procedencia o no de inscribir las cláusulas de vencimiento anticipado conforme a los criterios de dicha sentencia “puntualizando las razones en que se funda su nota, sin que basten alegaciones meramente genéricas.” Añade que “no parece, en efecto, en modo alguno tolerable a la vista de los últimos acontecimientos y por tanto la presente realidad social, que el contenido legal del derecho de hipoteca –y por tanto del crédito garantizado– susceptible de ser exigido mediante la acción real hipotecaria, no quede en la inscripción nítidamente delimitado sin confusiones de ningún tipo”. También alega la jurisprudencia del TJUE que exige de todas las autoridades nacionales, no sólo de los jueces, interpretaciones conforme al Derecho comunitario, lo que excluye que la nulidad de pleno derecho de las cláusulas abusivas requiera una previa declaración judicial. Igualmente cita la legislación de consumidores y la STS de 9 de mayo de 2013. Como conclusión, la interpretación del art. 12 LH no puede hacerse aisladamente sino mediante su coordinación con otras normas que

operan en el mismo mercado de productos financieros, y teniendo en cuenta la posibilidad de promover la ejecución hipotecaria con base en las diversas cláusulas de vencimiento anticipado.

Pero no dice nada más. En especial, no dice nada sobre la manera en que debe desarrollarse la calificación, pues se limita a decir que debe denegarse la inscripción de las cláusulas “cuyo carácter abusivo pueda ser apreciado por el registrador”, sin precisar en qué debe basarse tal apreciación. ¿Será porque se hace remisión a la propia doctrina anterior de la DGRN? ¿O será porque se quiere dejar la puerta abierta para calificar todo posible supuesto de abusividad y no sólo el que se podía deducir directamente de una norma con una mera subsunción? Algo de esto último nos parece que hay, porque a continuación la DGRN entra en el fondo del asunto, que es el examen de la posible abusividad de la cláusula suelo, aunque sea para decir que el TS las ha declarado válidas sin perjuicio de que pueden ser declaradas nulas por falta de transparencia.

La resolución no se refiere a la actuación notarial, aunque podría haberlo hecho. Reiteramos que el Notario tiene el deber inexcusable de examinar siempre todos los clausulados que vayan a formar parte de una escritura, de eso no ha debido haber nunca ninguna duda; sin perjuicio de que sólo deba rechazar las cláusulas cuya abusividad no exija la aplicación a un caso concreto de conceptos jurídicos indeterminados (dicho de otra forma: valoración de las circunstancias del caso concreto).

Respecto del fondo del asunto, la resolución que comentamos rechaza el criterio del Registrador por entender, citando la STS de 13 de mayo de 2013, que la cláusula suelo es en principio válida, que no es preciso que exista equidistancia entre el tipo inicial fijado y el suelo y techo, y por entender que el suelo no desvirtúa la variabilidad del interés pues en ese caso concreto es más bajo que el inicial. A continuación, aunque parezca contradictorio con el examen de la cláusula que la propia DGRN acaba de hacer, dice reiterando la STS que no es posible controlar el equilibrio de prestaciones en una cláusula suelo. Y finalmente dice que cuestión distinta sería el control de la transparencia (aunque no se pronuncia sobre esto pues no ha sido objeto del recurso) y a este efecto “podría discutirse si, habida cuenta de las afirmaciones del notario autorizante de la escritura y los documentos a ella incorporados puede estimarse que dicha normativa (de transparencia) ha sido cumplida, especialmente a la vista de los artículos 30 y 26 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre.”

Es decir, los criterios que aplica la resolución para calificar la abusividad de la cláusula suelo son los que el TS fijó en su sentencia de 9 de mayo de 2013. Por ello, podría entenderse que ya no habría que atenerse sólo a la Ley

sino también a los criterios fijados en las sentencias de los Jueces. Pero en realidad, lo único que la resolución en el fondo dice es que el TS ha declarado válida tal cláusula. Para llegar a esta conclusión no hacía falta una fundamentación tan larga.

En definitiva,

Creemos que la calificación registral debe referirse a las cláusulas financieras que puedan tener alguna incidencia en la configuración del derecho de hipoteca y en la eventual ejecución de ésta (los Notarios deben examinar todas las cláusulas del contrato, sin excepción). Respecto de la valoración de las cláusulas, sólo debe hacerse teniendo en cuenta las nulidades decretadas judicialmente (aunque no estén inscritas en el RCGC, como antes hemos dicho) y las que deriven de la aplicación directa de una norma que no use conceptos jurídicos indeterminados o exijan una valoración del supuesto concreto. No podemos sostener, por tanto, que cualquier cláusula que pueda encuadrarse en la “lista negra” (arts. 85 a 90) del TR de la LGDCU debe ser rechazada.

Para finalizar, y partiendo de que en principio las mismas normas de actuación rigen para Notarios y Registradores, debe hacerse una matización para los casos en que haya argumentos de razonable consistencia para defender la validez de la cláusula. La negativa del Notario a incluir en la escritura una cláusula no deberá darse pues tiene como (drástica) consecuencia la no incorporación de ésta al contrato; la negativa procederá en casos en que no haya duda objetiva acerca de la invalidez. La negativa del Registrador a inscribir tiene una consecuencia mucho menor: la cláusula no tendrá la eficacia que le dé, en su caso, la inscripción; por ejemplo, no podrá usarse esa cláusula como fundamento de una ejecución por el procedimiento de los arts. 681 y ss LEC, pero en ningún caso, a consecuencia de la calificación, queda sin efecto esa cláusula en el ámbito obligacional.

Sugerencia de otros remedios

Concluimos.

El control judicial, en que se basa el sistema español de protección a los consumidores frente a las cláusulas abusivas, de ser sin duda mantenido, pero parece insuficiente. Habría que promover medidas de otro tipo.

Entendemos que el Gobierno podría hacer algo con base en el art. 48.2 de la ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito, que permite “imponer alguna modalidad de control administrativo” a los modelos de contrato de las operaciones bancarias, aunque también dice “sin perjuicio de la libertad de contratación que en sus aspectos

sustantivos deba presidir las relaciones entre las entidades de crédito y su clientela”. Según unos, esta norma no limita la libertad de contratación. Según otros, permite dictar un régimen contractual. No estamos sugiriendo ninguna de las dos cosas, sino sólo la fijación de un elenco de cláusulas concretas que no podrían aparecer en los contratos, y que debería actualizarse periódicamente. Para la fijación habría que oír antes el parecer de la Banca, de las asociaciones de consumidores y, entre otros, de profesores universitarios y de los órganos corporativos de Notarios y Registradores.

En cambio, un procedimiento basado en el examen de cláusulas por “expertos” que emitan una opinión sobre su validez, suscita muchas dudas sobre la posibilidad de un correcto funcionamiento y nos parece mucho menos recomendable.

Palma, 21 octubre de 2013

**V.- SESIÓN DE INGRESO EN LA ACADEMIA
DE DON ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA.**

V.1- DISCURSO DE INGRESO.

El día 3 de Febrero de 2014 ingresó en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears el Presidente del Tribunal Superior de Justicia Antonio J. Terrasa García, ante un auditorio que colmó la sala de actos del Colegio de Abogados y en el que se dieron cita representantes de todos los estamentos judiciales de nuestra Comunidad Autónoma.

El discurso de ingreso llevaba por título “Cuestiones prejudicia - les del proceso penal (Sustrato material y límites constitucionales)”. En él partió el nuevo Académico de la necesaria unidad, integridad y coherencia del ordenamiento jurídico, en el que, sin embargo, hoy es observable un asumido déficit de dichas cualidades, en parte obediente a que, para facilitar el manejo de las instituciones, se ha disgregado el Derecho en diferentes ramas y la jurisdicción en diferentes órdenes competenciales, cuya especialización y tendencia a la estanqueidad e impermeabilidad resultan antinaturales frente a la deseable unidad del ordenamiento y de la jurisdicción recogida en los arts. 117.5 CE y 3.1 LOPJ.

En el discurso de ingreso, tras exponer detalladamente los dos principios que vertebran la materia –devolutividad y no devolutividad–, es objeto de profundo análisis el sistema de resolución de las cuestiones prejudiciales establecido en los arts. 3 a 7 de la más que centenaria LECrim y la incidencia sobre las mismas del art. 10 LOPJ, concluyendo con la exposición de los

graves trastornos que una aplicación generalizada, mecánica, maximalista o indiscriminada de la devolutividad generaría, con cita expresa de las sentencias que el Tribunal Constitucional ha dictado sobre la materia

COMPETENCIA SOBRE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES DEL PROCESO PENAL (Sustrato material y límites constitucionales).

Antonio José Terrasa García

SUMARIO

- 1.- Función interpretativa de la norma y cohesión del ordenamiento jurídico.
- 2.- El sustrato material de la competencia y su influencia sobre la naturaleza, clasificación, y efectos de las cuestiones prejudiciales.
- 3.- Administrativización del Derecho penal y normas en blanco.
- 4.- Obsoleta regulación del conflicto competencial en la Ley de Enjuiciamiento Criminal:
 - a) Regla general principal del art. 3 LECrim.: retención de la competencia.
 - b) Regla general subsidiaria del art. 4 LECrim.: devolución de la competencia.
 - c) Regla especial absoluta del art. 5 LECrim. sobre “causas” prejudiciales.
 - d) Regla especial relativa del art. 6 LECrim. sobre propiedad inmobiliaria o derechos reales.
- 5.- Ambigua regulación del conflicto en el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- 6.- La retención de la competencia penal: límites y remedios.
 - a) Resolución de la cuestión prejudicial con los criterios propios de

sus normas materiales. El problema de la falta de especialización en función de la índole o complejidad prejudicial.

b) Competencia para el solo efecto del incidente prejudicial.

c) Un límite constitucional.

d). El remedio del recurso de revisión penal.

7.- Conclusión: el mantenimiento de la competencia penal es la regla general, y la devolutividad subsidiaria es valorativa con los límites constitucionales señalados.

8.- BIBLIOGRAFÍA.

Excelentísimo Sr. Presidente, Ilustrísimos Sres. Académicos, Dignísimas Autoridades, Distinguidas Sras. y Sres.

1.- Función interpretativa de la norma y cohesión del ordenamiento jurídico.

Uno cree entender las reglas sobre quién debe resolver las cuestiones prejudiciales hasta que necesita explicar por qué debe prevalecer una competencia sobre la otra, pero si nadie se lo pregunta, no necesita aclararlo.

Probablemente sea un reflejo –siquiera un destello– de la *modernidad líquida* así descrita por Z. Bauman, que intentaré sortear mientras cumplo mi compromiso de adelantar al inicio del vigente curso académico un texto específicamente destinado a ser oído (porque la oratoria académica es de rigor que sea leída) sobre un aspecto puntual de las cuestiones prejudiciales que atañe al sustrato de la competencia para resolverlas: un presupuesto procesal de intrincada justificación final por su obediencia a criterios materiales antes que formales.

Sucede así porque la regulación de las cuestiones prejudiciales busca fijar la competencia idónea para interpretar y aplicar coherentemente normas de derecho material que pertenecen a diferentes ramas del ordenamiento cuyo conocimiento ha sido atribuido por ley a jueces o tribunales distintos, de

modo que cohonestar la doble competencia para unas y otras normas demanda una correlación de rango lógico entre las necesidades de *interpretación de las normas materiales* involucradas (el elemento sustantivo) y *la fijación de la competencia* más adecuada para ello (el presupuesto procesal).

Aunque entre las reglas que señalan esa competencia no suelen asomar explícitamente aquellas *necesidades de interpretación*, que atañen a todas las normas materiales involucradas en el objeto del proceso, y no sólo a las de la materia prejudicial.

Sustrato material que permanece eclipsado, sin motivo alguno para darlo por supuesto, bajo el sesgo formal/procesal que prepondera al tratar doctrinalmente las cuestiones prejudiciales.

Forma y sustancia que también aparecen oscuramente emparentadas en una regulación que resulta obsoleta cuando no es ambigua, con la que el legislador (al parecer absuelto del deber de analizar, probar y justificar) acaba propiciando la desorientación cognitiva del intérprete en un terreno genéticamente ligado a una constante jurídica inmemorial.

Alrededor del siglo II d.C., sin fecha bien determinada, el jurisconsulto y político romano Salvio Juliano (discípulo de Jaloveno Prisco, de la escuela sabiniana) elaboró su “Edicto Perpetuo” (que por encargo de Adriano sustituyó al incorporado a la Lex Cornelia en el año 67 a.C.), un compendio de reglas correspondientes al Derecho pretoriano basado en la solución de casos prácticos que al parecer cobra reflejo en los comentarios de Ulpiano y Paulo en el Digesto justiniano, donde se afirma que: “*Las leyes no pueden escribirse de modo que comprendan todos los casos que pueden a veces acaecer, sino que basta que contengan los que ordinariamente suceden* (D.1.3.10)”.

Una técnica aún hoy eficaz para que las leyes regulen lo que de general y común tienen las relaciones humanas en lugar de disciplinar anecdóticamente sus excepciones, que evoca los problemas de unidad, integridad y coherencia del ordenamiento jurídico, históricamente tratados a partir de –y en torno a– la norma jurídica.

No es paradójico que proceda del ámbito anglosajón (por ser ajeno a la axiología jurídica del derecho continental) la primera construcción de un “sistema” que no se apoya en la norma, sino en la obediencia al soberano, formulado por el utilitarista John Austin (1790-1859), coetáneo de Jeremías Bentham y creador de la jurisprudencia analítica, del mismo modo que desde principios del siglo XX la concepción realista norteamericana percibe, describe y trata una vivencia del derecho (*law in action*) distanciada de la norma (*law in book*).

Sin embargo el derecho continental mantuvo sus cimientos doctrinal-

mente anclados sobre la norma jurídica, hasta que Santi Romano reformuló (1917-1918) el concepto sobre “El ordenamiento jurídico” (ese es precisamente el título de su conocida obra), desde entonces entendido como una unidad global, un conjunto organizado del que las normas constituyen meros elementos componentes.

Tal fue su influencia que incluso el positivismo jurídico contemporáneo ha desplazado su vértice desde la norma hasta el ordenamiento en su conjunto, siendo remarcable que el propio Kelsen (“La teoría pura del Derecho” 1934) llegó a afirmar que “*el orden jurídico no puede ciertamente evitar todos los conflictos posibles*”, y desde luego Norberto Bobbio (“Teoría del ordenamiento jurídico” 1960) rebasó los postulados más tajantes del positivismo kantiano al señalar que unidad, coherencia y plenitud no son elementos reales, sino más bien ideales (valores morales o exigencias de justicia), porque las contradicciones, antinomias y lagunas internas del ordenamiento jurídico pueden subsistir, y no impiden que el sistema siga rigiendo salvo que su proporción sea exagerada, porque unidad, integridad, coherencia y plenitud son características puramente tendenciales.

Pero si se acepta la imperfección de la regulación jurídica ya no es posible concebirla como un verdadero sistema, siendo preferible hablar de ordenamiento normativo o jurídico, y ello ha desplazado buena parte de los actuales desvelos y esfuerzos dogmáticos hacia la técnica de interpretación de la norma, una herramienta con que operar sobre la deficitaria coherencia de la regulación jurídica contenida en el ordenamiento.

Para el positivismo jurídico la trabazón del ordenamiento está ligada a la noción de jerarquía entre las normas, y averiguar la validez o conformidad de las inferiores respecto de las superiores requiere su interpretación (la indagación de su sentido), pero no como hecho a constatar sino como problema a resolver en función de una opción del intérprete que finalmente, y en palabras del propio Bobbio: “*queda abandonado a sí mismo*” en esa tarea de garantizar la unidad y el respeto a la jerarquía por vía de interpretación, para la que Hart formuló su conocida “*regla de reconocimiento*” (“El concepto de derecho” 1961) que facilita la identificación y ayuda a perfilar las condiciones de validez y obligatoriedad de las normas jurídicas, de las reglas que vinculan al juez, quien sólo ante la insuficiencia de la norma puede decidir discrecionalmente.

Hasta que con un sesgo totalmente diferente Dworkin se refirió (1967) al “*modelo de las reglas*” para señalar que, en materia de interpretación constitucional, ese juicio de discernimiento a cargo del intérprete es compatible con la exigencia de una respuesta jurídica no discrecional, porque junto con las reglas (estándares interpretativos que ya incorporan la

ponderación) conviven los principios (estándares que identifican uno de los elementos a ponderar, obligando a su contraposición con otros principios o valores para afirmar –en la decisión– cuál de ellos es preponderante), lo que inevitablemente conduce a un posicionamiento que tiende a diluir la separación entre norma jurídica y filosofía, moral, o política, que si se traslada desde la interpretación constitucional a la legal puede acabar desdibujando la frontera entre derecho, política y moral, negando al Derecho su autonomía, o al menos un ámbito propio netamente diferenciable.

Y todo el moderno énfasis dogmático sobre ese discurso del método, o sobre la técnica más adecuada para interpretar la norma, persigue apuntalar el asumido déficit de unidad, integridad, y coherencia que presenta el ordenamiento jurídico, en parte obediente a que –para facilitar el manejo de las instituciones– se ha disgregado el Derecho en diferentes ramas, y la jurisdicción en diferentes órdenes competenciales, cuya especialización y tendencia a la estanqueidad e impermeabilidad resultan antinaturales frente a la deseable unidad del ordenamiento y de la jurisdicción recogidas en los arts. 117.5 Constitución Española (CE) y 3.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

Y de este conflicto las cuestiones prejudiciales son un reflejo paradigmático.

2.- El sustrato material de la competencia y su influencia sobre la naturaleza, clasificación, y efectos de las cuestiones prejudiciales.

Las cuestiones prejudiciales, la prejudicialidad, constituye un “*pre iudicium*”, es decir un juicio previo en el orden material que condiciona otro posterior, también material, con tal de que la cuestión:

- Actúe temporalmente como un “*pre*”, como un simple juicio antecedente;
- Constituya materialmente un “*prius*” tanto desde el punto de vista lógico como desde el punto de vista jurídico, por resultar necesaria, en ambos terrenos (lógico y jurídico), para alcanzar el juicio material posterior;
- Sea procesalmente autónoma en cuanto a su objeto, es decir que debe poder ser idónea por sí misma como objeto de un proceso.

A las cuestiones prejudiciales de carácter homogéneo se refiere (por primera vez legislativamente) la actual Ley de Enjuiciamiento Civil en su art. 43, aunque parece obvio que ahora sólo nos interesa la prejudicialidad heterogénea, la que opera entre distintos ámbitos del derecho material, que

es posible afrontar mediante un sistema de “separación” y efecto devolutivo (para que la cuestión prejudicial sea resuelta (separada e independientemente) por el de su pertinente materia y orden jurisdiccional (sea en este caso el civil, el laboral, o el administrativo); o de “colaboración” manteniendo la competencia para resolverla en un único órgano (el ya competente para el asunto principal donde surge la cuestión prejudicial).

Para explicar y justificar su regulación comúnmente se exhiben razones de “*oportunidad procesal*”:

- a) la competencia se atribuye al mismo órgano del asunto en que se plantean para impedir dilaciones y salvaguardar la unidad jurisdiccional.
- b) en sentido contrario, se asignan al órgano de la materia prejudicial para evitar pronunciamientos contradictorios y conservar la especialización por razón de cada materia.

Pero como ya se ha dicho, las necesidades de interpretación de las diferentes normas materiales concurrentes (el elemento sustantivo) reciben insuficiente atención, y no suelen aparecer explícitamente entre los elementos influyentes sobre la competencia (el presupuesto procesal), pese a que como apunta Senés Motilla: “*el entramado de la prejudicialidad en general (...) es antes que nada jurídico-material (...) sustantivo en esencia*”, y sin excluir tajantemente la posibilidad excepcional de que ocasionalmente la cuestión prejudicial se vincule a una cuestión de forma (STS 1ª 29 Ene. 1994 sobre falta de legitimación procesal y *ad causam* derivada de la declaración penal de falsedad del documento mercantil que sustentaba la sucesión procesal), puede concluirse una general obediencia de las cuestiones prejudiciales a la cuestión de fondo, al sustrato material que nutre tanto la articulación como la estructura de la prejudicialidad.

Con una vinculación de tal magnitud que:

- 1º) enturbia la naturaleza –sumamente inestable– de las cuestiones prejudiciales, generalmente tratadas como reglas procesales tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, y así la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 2ª 3 Oct. 1983 afirmó que “*no son preceptos sustantivos (...) tratándose, por el contrario, de preceptos adjetivos, que se refieren exclusivamente a cuestiones de «método procesal»*”; aunque la STS 2ª 25 Mar. 1994 remarca su acento material cuando menciona que su “*esencial carácter sustantivo y no procesal, supone una cuestión de derecho material íntima -mente ligada a la cuestión penal, que debe ser resuelta*”, añadiendo que “*pueden afectar al derecho material aplicado en la sentencia*”.

Una discrepancia más aparente que real si se atiende a que la regulación

positiva de las cuestiones prejudiciales esencialmente se dirige a establecer la competencia para resolverlas, y por ende constituyen reglas procedimentales sobre un verdadero presupuesto procesal, aunque la determinación de la competencia fijada en ellas resulte influida y hasta condicionada por las necesidades de interpretación de las normas materiales, pues el conflicto que plantean es material con repercusiones procesales sobre la competencia y la cosa juzgada.

- 2º) dificulta seriamente su clasificación, puesto que a veces son enfocadas desde la perspectiva de las crisis procesales, y en otras resultan ligadas al objeto del proceso, probablemente con más acierto porque en él se integran las normas materiales en juego, y no se olvide que buena parte de la doctrina apuesta por la existencia de un único objeto procesal antes que por la conexión entre dos objetos procesales diferentes, para evitar la segmentación en juicios y pronunciamientos distintos de una cuestión que lógicamente conviene enjuiciar y resolver de una sola vez.

- 3º) *repercute también sobre cuándo y quién debe resolver las cuestiones prejudiciales*, porque desde la STS 2ª de 4 Abr. 1908 sabemos que *«pueden ser propuestas hasta la calificación de la causa, tanto en la fase de instrucción como en la de plenario»*, y también que *«la admisión o inadmisión de la cuestión debe ser resuelta por el órgano sentenciador»*, vetusta línea jurisprudencial (entre otras las STS 2ª 1/4 Abr. 1908, 3 Oct. 1963, 19 May. 1964, 1 Feb. 1973, 6 Jul. y 23 Nov. 1998, 3 May. 2002) inicialmente concordante con las Memorias de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1888 y 1910, que hoy lleva a situar el momento más adecuado para decidir sobre ellas al resolver los artículos de previo y especial pronunciamiento del Procedimiento Ordinario (art. 667 LECrim.), que la reforma del art. 786.2 LECrim (por Ley 38/2002, de 24 de octubre) ha arrastrado al momento de las cuestiones previas para el Procedimiento Abreviado, aunque algunos posicionamientos doctrinales apuntan la posibilidad de plantearlas incluso en el propio acto del juicio, tal y como lo admitieron las STS 2ª 1 Jun. 1944 y 10 Jul. 1954: *“son susceptibles de ser propuestas como medio de defensa en el acto del juicio oral”*.

Pero no son desde luego razones procedimentales, sino sustantivas, las que determinan tanto el momento procesal como la competencia funcional para resolverlas.

Para justificarlo necesito recordar que, cuando nuestro proceso obedecía todavía a un diseño netamente inquisitorial, el tránsito de la fase de sumario a la de plenario operaba a través de lo que se conocía como “confesión con cargos” (un lacerante intento de que el encausado reconociera su culpabilidad), trámite a partir del que se establecían y concretaban los

hechos a enjuiciar sin previa intervención posible de las partes. De ninguna.

Fue con la reforma del proceso penal llevada a cabo por la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 cuando se introdujeron los artículos de previo pronunciamiento para permitir que, finalizada una fase de instrucción carente de defensa, pudieran las partes (ya asistidas y defendidas) plantear cuestiones invalidantes del juicio y evitar su innecesaria celebración viciada; finalidad netamente procesal que delata la injustificada equiparación de las cuestiones prejudiciales con los artículos de previo pronunciamiento, porque aquellas requieren siempre la celebración del juicio, y en cambio éstos tienden a poder evitarlo.

Lo cierto es que –con ese objetivo incólume– los artículos de previo pronunciamiento fueron trasplantados a la más que centenaria y vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) de 1882, un cuerpo legal que, afectado por las prescripciones constitucionales vigentes desde 1978, (más ahora las derivadas de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012 sobre el derecho a la información en los procesos penales), ha necesitado modificaciones para que los principios de contradicción y defensa mantengan también un adecuado acomodo durante la fase de instrucción, lo que llevó a la reforma –entre otros– de los arts. 118 y 302 LECrim.

Tal cambio de paradigma (porque ya no se carece de contradicción y defensa durante la instrucción de la causa) autoriza ahora a plantear, sustanciar, y decidir en dicha fase buena parte de las cuestiones que siguen incluidas entre los artículos de previo pronunciamiento.

Por el contrario, el momento procesal oportuno para plantear y resolver las cuestiones prejudiciales sigue situándose tras la calificación para su resolución por el órgano sentenciador:

- lo primero porque el objeto del proceso se estructura con perfil propio definitorio y vinculante a partir de la acusación provisional, de modo que sólo tras esa calificación tiene sentido poder plantear las cuestiones prejudiciales.

- lo segundo porque el efecto devolutivo o no devolutivo de las cuestiones prejudiciales depende del derecho material involucrado en el objeto del proceso, a decidir entonces por el órgano funcionalmente competente para el plenario.

En consecuencia, el momento procesal para su planteamiento y la competencia funcional para resolverlas están estrechamente vinculados a la decisión sobre el objeto material del proceso.

3.- Administrativización del Derecho penal y normas en blanco.

Y toda esta problemática de la prejudicialidad se manifiesta singularmente álgida para el proceso penal, especialmente con ocasión de las denominadas “normas penales en blanco”, estrechamente ligadas a la evolución del Derecho Penal surgido a consecuencia de la denominada “sociedad del riesgo” que, heredera –si no hija– de la sociedad post-industrial, genera los importantes inconvenientes que apunta Silva Sánchez: graves perjuicios masivos causados por productos defectuosos que afectan a extensas capas de la población, agresiones al medio ambiente que resultan en algunos casos irreversibles, delincuencia organizada, procesos productivos de dificultoso control por parte del Estado en una economía globalizada y obedientes a modelos cada vez más complejo.

Un escenario que, al entorpecer la aplicación de sanciones penales conforme al sistema culpabilista, desvela una limitada capacidad de respuesta penal, pareja a la falta de respuesta adecuada en otras ramas del Derecho.

Para superar semejante reto, y en palabras de Díez Ripollés, el subsistema de control penal ha llegado a convertirse en un ariete promotor para la transformación de los valores sociales vigentes, cuando para ello existen otros medios sociales más eficaces.

Desde un punto de vista intensivo se ha descrito la tendencia hacia el derecho penal “del enemigo”, desdibujado los principios político-criminales de garantía y aumentando las penas privativas de libertad.

Desde un punto de vista extensivo (el que aquí interesa ahora), se ha ampliado la protección penal hacia bienes jurídicos distintos de los tradicionales, especialmente acudiendo a bienes jurídico penales difusos en el ámbito del riesgo (con proliferación de los delitos de peligro), para lo que se ha necesitado elasticar las reglas tradicionales de imputación, y acudir a las penas privativas de derechos (menos agresivas que las privativas de libertad), dando lugar a lo que se ha descrito plásticamente como un Derecho penal de “dos velocidades”.

La primera velocidad correspondería al Derecho penal digamos tradicional, de corte liberal y atribución netamente culpabilista de la responsabilidad, señalando Muñoz Conde que los bienes jurídicos sólo deben protegerse penalmente frente a los ataques de mayor intensidad y al margen de las contravenciones puramente morales, por lo que el Derecho penal debe mantener su tradicional carácter fragmentario o accesorio respecto de toda

la amplia gama de conductas que el sistema jurídico manda o prohíbe en sus diversas manifestaciones (sean civiles, laborales, o administrativas), actuando el principio de intervención mínima a modo de barrera de contención, o límite externo de la protección penal, que debe respetar el legislador o serle exigido mediante la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, sin confusión con los supuestos de irrelevancia o insignificancia antijurídica apreciables por el juez.

La segunda velocidad se refleja en una cierta “administrativización” del Derecho penal, buscando reprimir la mera infracción o la simple desobediencia a una muy extendida regulación de las actividades arriesgadas o peligrosas, que son consustanciales a la sociedad del riesgo, aunque para ello la culpabilidad resulte tan perturbadora que inclina a modificar las reglas tradicionales para su imputación; y desde que Goldschmidt (1902) trató de perfilar caracteres distintos entre injusto penal e injusto administrativo, la influencia de este cambio ha sido tan importante que Hassemer propuso separar el que denomina “derecho penal nuclear” (el tradicional) del que denomina “derecho de intervención”: una especie de derecho sancionador residual, con menores garantías y penas suavizadas.

Esta “administrativización” ha llevado a delimitar las figuras penales por remisión a normas civiles, laborales, y especialmente administrativas, mediante las denominadas normas o leyes penales en blanco, una denominación acuñada por Binding y conceptualmente ensanchada por Metzger, referida a una ley “extra-penal” (para poder diferenciarla de la norma penal simplemente incompleta) a tenor de la que se configuran los elementos del delito (o al menos se integra por completo alguno de ellos), sujeta al principio formal de reserva de ley, al principio de irretroactividad, y al principio material de taxatividad, afirmando la doctrina de la “descripción suficiente” que la norma penal en blanco debe contener una predicción cierta sobre la conducta infractora, la responsabilidad, y la sanción derivada de infringir la prohibición establecida.

Así la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 140/11 noviembre 1986, STC 122/13 julio 1987, STC 127/5 julio 1990, STC 62/28 febrero 1994, STC 24 /13 febrero 1996) se ha referido con amplitud a la posibilidad de conciliar la ley penal en blanco con las exigencias constitucionales, estableciendo la validez del reenvío siempre que sea expreso, justificado en función del bien jurídico protegido, y cuando contenga el núcleo esencial de la prohibición, además de la pena; prohibiéndose la remisión a normas de rango simplemente reglamentario cuando de ellas derive una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley (lo que acontecería en los supuestos de remisión en bloque), sin perjuicio de ser válida la simple colaboración o coadyuvancia a partir de una norma reglamentaria, o incluso de una norma legal o reglamentaria emanada de una Comunidad Autónoma.

Aunque con relación a las cuestiones prejudiciales, tanto para los supuestos de remisión en bloque (cuando uno de los elementos típicos descansa en una norma extrapenal), como para los “conceptos normativos del tipo” (cuando los elementos del tipo están en la ley penal, pero requieren ser integrados desde una norma que no lo es), las necesidades de interpretación material de la norma penal claman por la retención de la competencia cuando el juicio de desvalor (sea de la conducta o del resultado) necesita mantener su núcleo esencial inserto, encajado, ligado, o vinculado al tipo penal porque sólo en él (y no en la norma extrapenal a interpretar prejudicialmente) se plasma la antijuridicidad que –por lesión del bien jurídico protegido– constituye el soporte auténtico de la sanción penal, y entonces la evaluación de los elementos extrapenales que perfilen o que cualifiquen el desvalor han de integrarse con criterios genuinamente criminales, porque la infracción de la normativa extrapenal sólo puede llegar a generar verdadera antinormatividad –y por ende responsabilidad criminal– cuando el comportamiento enjuiciado lesione el bien jurídico protegido penalmente, y no en cualquier otro caso.

Ilustrativos son los avatares del art. 319.1 del Código Penal, que en su redacción originaria (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal) tipificaba las actuaciones urbanísticas “*no autorizadas*” en suelo protegido, cuya aplicación (Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma, Sección Primera, 14 Jul. 2003) nos llevó a interpretar las correspondientes normas administrativas para establecer que, si eran actuaciones urbanísticas autorizables, el supuesto carecía de antijuridicidad material aunque no hubieran sido autorizadas, pese a la contrariedad a derecho administrativo y pese incluso a la tipicidad penal concurrente.

Agravaba el problema que, careciéndose de acto administrativo alguno, mal cabía encomendar a su jurisdicción revisora un pronunciamiento especializado y vinculante con carácter prejudicial.

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (modificativa de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), sin referencia explicativa alguna en su preámbulo, puso fin a esta problemática suprimiendo la incriminación de las actuaciones urbanísticas “*no autorizadas*”, ciñéndose ahora sólo a las “*no autorizables*”.

Una muestra más de que la técnica interpretativa de la norma remedia las incoherencias del ordenamiento, por lo que la interpretación de las normas penales también ha de tener su adecuado *locus standi* en la regulación de las cuestiones prejudiciales, puesto que la norma vulnerada no es la administrativa, ni la civil, ni la laboral, sino exactamente la penal que integra el bien jurídico protegido y por ello ejerce también, en estos

casos, su fuerza atractiva sobre la competencia para resolver las cuestiones prejudiciales.

4.- Obsoleta regulación del conflicto competencial en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Pero la regulación de este conflicto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 3 a 7) responde a un método imperfecto, cuya obsolescencia fomenta una polémica no del todo resuelta, a la que se ha referido Muñoz Machado en los siguientes términos: *“la centenaria Ley de enjuiciamiento criminal de 1882 estableció, para resolver estos problemas, la fórmula de las denominadas cuestiones prejudiciales devolutivas, que permiten suspender el procedimiento penal y remitir las actuaciones a la jurisdicción competente por razón de la materia, para que establezca, previamente a la calificación de la conducta punible, el criterio interpretativo correcto. Pero la voluntad de omnipotencia de los tribunales penales ha puesto dicha solución en el desván donde se almacenan las técnicas jurídicas más olvidadas.”*

Desde mi modesto punto de vista, achacar la deficitaria solución del problema a *“la voluntad de omnipotencia de los tribunales penales”*, si fuese una afirmación afortunada, probablemente sería excesiva, y para comprobarlo puede resultar útil analizar los rasgos intrínsecos de aquella regulación.

El juego combinado de los arts. 3 y 4 LECrim. plasma la regulación general, para todos los casos.

El art. 3 LECrim. impone como regla principal la competencia del juez o tribunal penal para resolver las cuestiones prejudiciales.

Sólo con carácter subsidiario el art. 4 LECrim. autoriza una devolutividad restringida a favor del juez o tribunal no penal.

Los arts. 5 y 6 LECrim. incorporan dos reglas especiales (para determinados casos) obsoletas y perfectamente prescindibles, la especial sobre devolutividad absoluta en el art. 5 LECrim. y otra asimismo especial pero sobre devolutividad relativa en el art. 6 LECrim.

Finalmente el art. 7 LECrim. no viene al caso porque no constituye regla para determinar la competencia, aunque sí apunta al núcleo del problema (las necesidades de interpretación de estas normas materiales) cuando ordena atenerse a las *“reglas del Derecho civil o administrativo”* para resolver en vía penal las cuestiones prejudiciales en evitación de resultados disonantes.

Pero tanto la regla general principal (art. 3 LECrim.) como la regla general subsidiaria (art. 4 LECrim.), y por igual las dos reglas especiales:

absoluta (art. 5 LECrim.), y relativa (art. 6 LECrim.), responden a un postulado único: las necesidades de interpretación de las normas sustantivas en juego.

4.-a) Regla general principal del art. 3 LECrim.: retención de la competencia.

Lo que en el mismo art. 3 LECrim. se denomina “*regla general*” implanta, como parámetro regulatorio principal o prioritario, la competencia del juez o tribunal penal para resolver las cuestiones prejudiciales, guiándose por la mayor probabilidad estadística de que concurra “*indivisibilidad de la continencia de la causa*”; un criterio de neta significación lógico-material –y no procesal– ya que en general la cuestión prejudicial estará tan estrechamente vinculada con el hecho punible que será (en las mismas palabras del precepto) “*racionalmente imposible su separación*”; y en ello radican tanto la explicación como el fundamento de esta regla general que entrega a la competencia penal la cuestión prejudicial, pues la solución contraria fomentaría una diversificación de juicios y pronunciamientos potencialmente comprometedores para la coherencia al escindir el pronunciamiento sobre un mismo objeto procesal.

4.-b) Regla general subsidiaria del art. 4 LECrim.: devolución de la competencia.

Y así se explica que la solución contraria, la devolutividad, la remisión al órgano no penal que contempla seguidamente el art. 4 LECrim., se articule como una solución:

- de segundo grado o subsidiaria (sólo cuando pueda dividirse la continencia de la causa);

- de eficacia relativa, porque sólo una devolutividad absoluta y tajante podría impedir resoluciones contradictorias, y en cambio la diseñada en la LECrim. queda sujeta a un plazo, tras cuyo vencimiento la jurisdicción penal recobra su competencia para resolverla por sí misma;

- y además de carácter restrictivo, porque no basta que la continencia de la causa sea divisible (no basta la posibilidad lógica de un enjuiciamiento escindido, separado, o independiente), sino que el art. 4 de la LECrim. exige –además– que pueda resultar determinante de la culpabilidad o la inocencia, o sea que condicione la condena o la absolución (que es en realidad a lo que quiere referirse el precepto cuando habla de culpabilidad o inocencia), lo que según la STS 2ª 29 marzo 1999 viene dado por el “*grado de su posible incidencia en el fallo*”.

Conocer ese grado de influencia en el fallo siempre exige interpretar las normas materiales concurrentes (especialmente en los casos de norma penal en blanco), para determinar:

- primero: si cabe o no el enjuiciamiento separado;
- segundo: si la decisión penal queda o no esencialmente condicionada por, o supeditada a, la previa respuesta jurídico-sustantiva dimanante de la cuestión prejudicial.

Averiguada la capacidad de enjuiciamiento separado, y derivándose de la cuestión prejudicial un nivel de identidad típica esencial, la competencia debería atribuirse al órgano jurisdiccional no penal.

Por el contrario, si los hechos a establecer prejudicialmente van a carecer de la suficiente relevancia típica, procede que la jurisdicción penal mantenga su competencia.

Se trata en definitiva de un juicio de valor dependiente del grado de identidad típica que presenten los hechos resultantes de la cuestión prejudicial.

Aun así hay que insistir en que la influencia sobre la condena o absolución:

a) puede no depender siempre de una tipicidad propia o como simple antecedente de hecho, sino de derecho, un binomio de categorización en ocasiones finalmente inviable –más que difusa– y de complicada evaluación si se entremezclan conceptos jurídicos procedentes de ramas incluso distintas a la materia prejudicial cuando ésta los importa de ámbitos ajenos.

b) y hasta puede no depender de la tipicidad, sino de los restantes elementos del delito, bien involucrándolos de manera que no quepa una racional escisión del enjuiciamiento (con reenvío a la regla general del art. 3 LEcrim. que atribuye la competencia al juez o tribunal penal), bien determinando que la condena o la absolución no vaya a depender del aporte típico proveniente de la cuestión prejudicial, sino de otros ingredientes específicamente penales que habrán de ser examinados con criterios propios de tal jurisdicción, y así lo señaló la STS 2ª 31 May. 1993 con la siguiente fórmula: *“en relación a determinados delitos la resolución de cuestiones extrapenales es esencial para la determinación del elemento objetivo del delito lo que, a su vez, puede trascender al elemento subjetivo, sin el concurso de los cuales ni hay delito ni puede imponerse pena”*, y desde luego la polémica colocación de los elementos subjetivos del injusto puede llevar a situarlos en la antijuridicidad o en la culpabilidad, pero extrayéndolos de la tipicidad donde se expresan y a la que no pertenecen.

4.-c) Regla especial absoluta del art. 5 LECrim. sobre “causas” prejudiciales.

Por lo demás, los supuestos especiales de devolutividad absoluta al orden jurisdiccional civil taxativamente enumerados en el art. 5 LECrim. (validez de un matrimonio o la supresión de estado civil):

- no abarcan técnicamente todas las situaciones que podrían afectar al estado civil de las personas, aparte de que por su infrecuencia carecen de toda virtualidad práctica;

- desde el punto de vista teórico, derivan de remotos precedentes en el Derecho romano, que conoció las acciones prejudiciales (civiles o pretorias) como antecedente declarativo necesario para un juicio posterior, incluyendo las llamadas “acciones de estado”;

- y nos sumergen en el apasionante núcleo de la ficticia y finalmente imposible diferenciación entre hecho y derecho (sobre la que conviene volver a resistir la tentación de adentrarse ahora).

Baste decir que –en estas figuras penales– el estado civil de las personas integra un hecho típico impropio, porque no es un indiscutible supuesto de hecho sino más bien derecho: el derivado de interpretar y aplicar las normas materiales que en cada caso regulan el estado civil de las personas ante el orden jurisdiccional civil, cuya decisión será de carácter constitutivo y por ello vinculante, más allá de un simple hecho antecedente, y de ahí que la doctrina las trate como supuestos prejudiciales de devolutividad absoluta (con efecto de cosa juzgada formal y material) clasificados como “causas prejudiciales” (siguiendo la clasificación de la doctrina italiana) antes que como “cuestiones prejudiciales”.

4.-d) Regla especial relativa del art. 6 LECrim. sobre propiedad inmobiliaria o derechos reales.

El art. 6 LECrim. incorpora el último supuesto especial (para determinados casos) de devolutividad (aunque ahora relativa), desde una perspectiva obsoleta porque en materia de propiedad inmobiliaria o derechos reales la competencia del juez o tribunal penal se supedita a que *“tales derechos aparezcan fundados en un título auténtico o en actos indubitados de posesión”*.

Una limitación competencial que acusa la vetustez de una ley más que centenaria y esclerotizada, que concibe la protección del patrimonio frente a ataques primarios de desapoderamiento esencialmente material, muy distanciados de la actual protección penal a bienes jurídicos colectivos o

difusos en el orden socio-económico (cuya concreción resulta incluso polémica en el ámbito propiamente penal).

Porque los ataques penalmente relevantes hoy contra el patrimonio están ya mucho más frecuentemente relacionados con la estafa o la apropiación indebida, sin olvidar los alzamientos de bienes o los delitos societarios, y aparejan de ordinario una complejidad que excede de las tradicionales figuras de desapoderamiento simplemente material, especialmente cuando la actividad criminal se proyecta sobre efectos, valores, o activos patrimoniales (algunos de facto inaprensibles) en base a su mera distracción por abuso –y ni siquiera por una auténtica falta de poder de disposición– hasta el punto de que el último Anteproyecto de reforma del Código Penal intenta reorganizar el panorama para construir (siguiendo el modelo alemán) una única figura de administración desleal que –con carácter autónomo– absorba los abusos o extralimitaciones de facultades, frente a las variedades actualmente inconexas (o ligadas tangencialmente a modo de círculos secantes) entre los delitos societarios y una apropiación indebida (actualmente desnaturalizada) que recobraría por este cauce su primigenia proyección de auténtico desapoderamiento ceñido a situaciones donde no existe propiamente capacidad de disposición, mientras que el abuso de facultades se trasladaría más correctamente a una sola figura de administración desleal (no exclusivamente ceñida como ahora a algunos delitos societarios).

Ante este panorama, ¿dónde queda el título auténtico o los indubitados actos de posesión?

Y tan extrema puede llegar a ser la situación que, para superar las dificultades de encajar en el sistema culpabilista el comportamiento de grupos altamente organizados (lo que Schönemann llama la “irresponsabilidad organizada” a partir de estructuras corporativas complejas), el legislador está intentando articular, de modo oscilante y con severas dificultades, la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo que requiere cuestionar o conmovir el principio de que la culpabilidad sólo puede atribuirse a un individuo, arruinando desde luego cualquier posibilidad de operar cabalmente según las estructuras propias del derecho material ajeno a lo penal.

Sin olvidar que la norma penal presenta en ocasiones su propia dificultad, por razones de interpretación genuinamente penal, por ejemplo para diferenciar los llamados delitos contra el patrimonio de los meros ilícitos civiles, viéndose alterada la utilidad de una importación directa y exacta del bagaje interpretativo propiamente civil o mercantil, lo que por ejemplo se refleja en las figuras especiales de estafa, y lo que ha conducido también a la desaparición del pronunciamiento civil previo como condición objetiva para la perseguibilidad de las insolvencias punibles (STS 2ª 21 Feb. 2013) dado que la culpabilidad penal mantiene una dimensión diferente de la civil.

5.- Ambigua regulación del conflicto en el art. 10 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

A clarificar todo este desdibujado panorama tampoco ha contribuido el más moderno art. 10.1 Ley Orgánica del Poder Judicial cuando consigna que *“A los solos efectos prejudiciales cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente”*.

Mediante una fórmula simplista autoriza a que las cuestiones prejudiciales se resuelvan por el mismo órgano que conozca de asunto en que aparezcan, pero sin matizaciones ni criterios.

Generó en consecuencia un debate de limitado consenso del que han surgido opiniones favorables a la derogación tácita del régimen consignado en el LECrim., especialmente en atención al carácter orgánico del precepto en cuestión, entre las que no se encuentra la del Tribunal Constitucional (STC 341/1996, 164/1995, 76/1996, 147/2002), y sólo de modo oscilante la del Tribunal Supremo, con declaraciones tanto favorables (STS 2ª 13 Jul. 2001, 27 Sep. 2002, 28 Mar. 2006, 21 Jun. 2006, 30 May. 2007) como contrarias a la derogación del régimen establecido en la LECrim. (STS 2ª 24 diciembre 1993, 20 enero 1996, y 24 julio 2001).

Un precepto que, probablemente esclavizado por su carácter común, se limitó a esbozar con trazos gruesos un sistema general de no devolutividad, pero limitándose a posibilitarlo sin la más mínima categoría jurídica aprehensible para su interpretación y aplicación.

Con ello ni siquiera ha logrado aunar las opiniones sobre sus consecuencias y, lo que es peor, ha suscitado dudas en torno a la pervivencia de los regímenes específicos, especialmente el de la LECrim., dando pie a posicionamientos tajantes y permitiendo una justificación lábil (aunque cómoda) sobre la propia competencia, muestra de su escasa contribución al esfuerzo por articular una técnica interpretativa correcta para superar el conflicto.

6.- La retención de la competencia penal: límites y remedios.

Si lo hasta ahora expuesto es aceptado siquiera en lo fundamental, no parece que las cuestiones prejudiciales toleren una determinación más o menos automática sobre sus efectos, sean o no devolutivos, sino que más bien parecen requerir matizaciones para poder operar con cierta justificación.

Una aplicación generalizada, mecánica, maximalista, o indiscriminada de la devolutividad al otro orden jurisdiccional generaría graves trastornos, no sólo ni primordialmente por las dilaciones posiblemente indebidas derivadas de paralizar el proceso penal, sino también:

- Porque quedaría bloqueada de facto la posibilidad de represión penal para las más modernas figuras delictivas, que recogen los más graves atentados contra los bienes jurídicos reconocidos por el resto del Ordenamiento.

- Porque perdería eficacia la persecución penal frente a un aumento exponencial de las cuestiones administrativas, o de cuestiones complejas sobre la actuación civil o mercantil, figuras cuya proliferación va en imparable aumento dada la expansividad del derecho penal moderno (STS 2ª 30 May. 2007, 19 Feb. 2013).

- Porque se comprometería la capacidad de evaluar adecuadamente la antijuridicidad (la posible lesión del bien jurídico penalmente protegible), y los restantes elementos del delito más allá de la mera tipicidad.

- Y porque arriesgaría excesivamente a una inconveniente disgregación de la continencia de la causa.

**6.-a) Resolución de la cuestión prejudicial
con los criterios propios de sus normas materiales.
El problema de la falta de especialización en función
de la índole o complejidad prejudicial.**

Aparte de que tampoco sería prudente olvidar o silenciar que los inconvenientes ligados a que resuelva el propio tribunal penal las cuestiones prejudiciales civiles, administrativas o laborales, son mitigados gracias a la presencia de límites sustanciales, más la posibilidad de algún remedio.

El primer límite lo señala el art. 7 LECrim. cuando dispone que la cuestión prejudicial se resuelva conforme a los criterios propios del orden jurisdiccional al que propiamente corresponda la cuestión prejudicial (STS 2ª 20 May. 1996, 21 Dic. 2001).

Quizá sea prudente observar ahora que la exigencia de especialización no parece inquietar cuando se trata de revisar jurisdiccionalmente la potestad sancionadora de la Administración, pese a que la dogmática administrativa en el terreno sancionador resulta perfectamente cuestionable ante la contemplación de un único *ius puniendi* de titularidad estatal, que ha ido paulatinamente acercándola a parámetros propios del Derecho penal por una u otra vía, exigiéndose en definitiva el cumplimiento de los auténticos principios penales también cuando de las sanciones administrativas se trata.

En este aspecto puede apuntarse que, en los sistemas anglo-americanos de *common-law*, la potestad sancionadora no se concibe si no es asignándola a la Autoridad independiente, y en consecuencia los jueces son los únicos facultados para imponer cualquier medida de componente aflictivo. En Francia, cuando no se asigna la potestad sancionadora a verdaderos tribunales penales, se establecen garantías de naturaleza penal. En Austria e Italia se ha llegado a producir una regulación completa de los aspectos jurídicos concernientes al ámbito sancionador que se reconoce a la Administración. En Alemania rige un sistema de sanciones exclusivamente administrativo, porque tras la decisión del Tribunal Federal Alemán (1966) las “consecuencias accesorias” pasaron a aplicarse de forma independiente (Ley de contravenciones de 1968 en su redacción modificada por la Ley de criminalidad económica de 1986) mediante sanciones que se someten en todo caso a los principios y garantías propios del Derecho penal.

En nuestro Derecho, cierto es que no sin algunas dificultades y pese a diversas matizaciones obedientes a la tibieza –cuando no la ambigüedad– del artículo 25.1 de la Constitución Española, se ha llegado a exigir que el ámbito administrativo sancionador cumpla el principio de legalidad desde sus diversas facetas: garantía formal por la reserva de ley, garantía material mediante la tipicidad, prohibición tanto de la analogía *in malam partem* como del *non bis in idem*; e igualmente la observancia de proporcionalidad en la sanción (ante la ausencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal), y –sobre todo– la presencia de culpabilidad en la conducta sancionable, pese a que la norma constitucional mencionada sólo se refiere a intencionalidad y no a culpabilidad.

Y sin embargo no se escuchan reproches ante posibles pronunciamientos contenciosoadministrativos contradictorios con los criterios marcados para el derecho sancionador por los tribunales penales.

Pero aun así cabe admitir sin reparos que la falta de especialización acarrea inconvenientes en todos los casos, que podrían mitigarse merced a una regla competencial como la acogida en el borrador de Anteproyecto de Ley sobre Código Procesal Penal difundido hace unos meses por el Ministerio de Justicia, que introduce una nueva regla devolutiva para cuando lo aconseje “*la índole o complejidad de la cuestión*” (según redacción dada a su art. 28.4-b-d).

De prosperar legislativamente esta propuesta, pasaría a constituir una regla de carácter general (para todos los casos) y naturaleza subsidiaria (en tanto que devolutiva), que sistemáticamente queda inserta en el entramado regulatorio justo después de la devolutividad por razón de la influencia o grado de incidencia sobre la condena o la absolución (que como hemos visto

la contempla ahora el art. 4 LECrim.); aunque un ensamblaje coherente entre estas dos reglas debería invertir su correlación, dado que la complejidad de la cuestión prejudicial podría bloquear la posibilidad de apreciar cabalmente el grado de influencia sobre la condena o la absolución, por lo que debería ser previamente apreciada aquella; y ya se ve –una vez más– que decidir sobre la competencia para resolver la cuestión seguiría dependiendo de la correspondiente interpretación de las normas sustantivas que rigen la materia controvertida, pese a que corresponda al juez o tribunal penal valorar su sencillez o su dificultad, en definitiva el grado en que puede quedar comprometido el acierto de la decisión, el grado de su influencia sobre el fallo.

6.-b) Competencia para el solo efecto del incidente prejudicial.

Un segundo límite deriva de que la competencia para resolver la cuestión prejudicial es *incidenter tantum* (se limita a ese incidente, a la cuestión prejudicial), por lo que la decisión del tribunal penal no es exportable, ni trasplantable, ni causa estado más allá del asunto penal, porque se decide “*para sólo el efecto de la represión*” (art. 3 LECrim.), sin ataduras para cualquier otro orden jurisdiccional donde la cuestión tenga que volver a decidirse.

6.-c) Un límite constitucional.

El tercer límite lo impone la posible lesión de la tutela judicial efectiva por decisiones judiciales contradictorias, situación frente a la que cede la regla general y se impone la devolutividad al orden específico de la cuestión prejudicial, esta vez por exigencias de nivel constitucional y no simplemente de legalidad ordinaria, lo que no sobreviene desde luego de una manera automática e irremediable, y precisamente por ello el Tribunal Constitucional se ha visto obligado a distinguir y matizar:

1.- Distingue en función del mandato legal, exigiendo incondicionalmente la devolutividad cuando el ordenamiento jurídico la imponga expresamente, pues en tal caso la aparición de resoluciones contradictorias vulneraría incuestionablemente el derecho a la tutela judicial efectiva por falta de una decisión razonada, no arbitraria y, especialmente, “fundamentada en el ordenamiento jurídico” cuando éste imponga la devolutividad (y así entre otras, STC 30/1996, de 26 de febrero, F. 5, y STC 255/2000, de 30 de octubre, F. 2).

2.- Y matiza (STC Sección segunda 278/2000 de 27 de noviembre) que, a falta de norma que la imponga expresamente, la doctrina constitucional no

es proclive a la devolutividad (SSTC 171/1994, de 7 de junio, F. 4; 30/1996, de 27 de febrero, F. 5; 50/1996, de 26 de marzo, F. 3; 59/1996, de 4 de abril, F. 2; 102/1996, de 11 de junio, F. 3, 89/1997, de 5 de mayo, F. 3, y 190/1999, de 25 de octubre, F. 4); sino que –en sus propias palabras– la regla general es precisamente la contraria (la no devolutividad), pues –también en sus propias palabras– su doctrina ha sido muy restrictiva al analizar el efecto indeseable de los pronunciamientos contradictorios, que carecen de relevancia constitucional cuando derivan del necesario respeto a la independencia judicial a consecuencia de los distintos criterios informadores del reparto de competencias que ha llevado a cabo el legislador.

Tan es así que el Tribunal Constitucional:

- proclama la irrelevancia a las contradicciones, *incluso sobre unos mismos hechos*, especialmente en lo que se denominan asuntos “complejos” por venir valorados desde perspectivas jurídicas distintas al distribuirse las competencias entre los diferentes órdenes jurisdiccionales.

- e impone la devolutividad sólo cuando la cuestión prejudicial haya sido planteada o resuelta previamente en el orden jurisdiccional correspondiente, debiendo entonces el tribunal penal remitir la cuestión, o hacer suya la previa decisión ya alcanzada en firme ante cualquier otro orden jurisdiccional.

Ese, y no otro, parece ser el verdadero límite constitucional, siendo exactamente éste, y no otro, el criterio que late en la concocidísima STC 30/1996 de 26 de febrero, que junto con otras (STC 50/1996 de 26 de marzo, 91/1996 de 27 de mayo, 102/1996 de 11 de junio) ha parecido generar una suerte de espejismo pese a que la doctrina constitucional no apoya la devolutividad más allá del límite mencionado, porque tales pronunciamientos se refieren a supuestos de intrusismo profesional pendiente de resolver o ya previamente resuelto en el orden contencioso-administrativo.

Las restantes y numerosas decisiones del Tribunal Constitucional en supuestos de intrusismo profesional no parecen invocables en este aspecto porque atañen a vulneraciones diferentes, del modo que la minuciosa STS 2^a 42 Jul 2001 se encarga de señalar: “*apreciando vulneración del principio de legalidad penal (SSTC 111/1993 [RTC 1993, 111], 131/1993 [RTC 1993, 131], 132/1993 [RTC 1993, 132], 133/1993 [RTC 1993, 133], 136/1993 [RTC 1993, 136], 137/1993 [RTC 1993, 137], 138/1993 [RTC 1993, 138], 139/1993 [RTC 1993, 139], 140/1993 [RTC 1993, 140], 200/1993 [RTC 1993, 200], 201/1993 [RTC 1993, 201], 215/1993 [RTC 1993, 215], 222/1993 [RTC 1993, 222], 223/1993 [RTC 1993, 223], 240/1993 [RTC 1993, 240], 241/1993 [RTC 1993, 241], 248/1993 [RTC 1993, 248], 249/1993 [RTC 1993, 249], 250/1993 [RTC 1993, 250], 260/1993 [RTC 1993, 260], 277/1993 [RTC 1993, 277], 295/1993 [RTC 1993, 295], 339/1993 [RTC 1993, 339], 348/1993 [RTC 1993, 348], 123/1994 [RTC 1994, 123], 239/1994 [RTC 1994, 239], 130/1997 [RTC*

1997, 130], 219/1997 [RTC 1997, 219], 142/1999 [RTC 1999, 142] y 174/2000 [RTC 2000, 174]), en supuestos de condenas por intrusismo en profesiones que no exigen título «académico»; bien extendiendo para estos tipos delictivos el recurso extraordinario de revisión penal a supuestos de aplicación retroactiva de la doctrina jurisprudencial, calificada como «hecho nuevo» (Sentencia 150/1997 [RJ 1997, 150]); bien excluyendo del concepto de «título académico» aquellos que exijan estudios académicos pero no hayan sido expedidos por una Autoridad académica (Sentencias 130/1997, 219/1997, 142/1999 o 174/2000), o bien, como sucede en los casos citados por el recurrente, estimando los recursos de amparo interpuestos contra sentencias condenatorias por considerar vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 30/1996, 50/1996, 91/1996, 102/1996 y 255/2000 [RJ 2000, 278]), al apreciar contradicción entre la jurisdicción penal y la contencioso-administrativa sobre la validez del título empleado para el ejercicio de la profesión.”

6.-d) El remedio del recurso de revisión penal.

Y por último cabría acudir al remedio que proporciona el mecanismo rescisorio del recurso de revisión que:

- se rechazó durante el debate parlamentario que alumbró el comentado art. 10 LOPJ (1985).

- lo apuntó en su momento el Tribunal Constitucional (SSTC 62/1984 de 21 de mayo, 158/1985 de 26 de noviembre, 367/1993 de 13 de diciembre).

- se implantó en la Ley de Procedimiento Laboral de 1995 (art. 86.3 LPL).

- y desde luego lo contemplan ahora tanto el Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal presentado durante la anterior legislatura (art. 660, f)), como el texto que sobre un posible Código Procesal Penal ha difundido hace unos meses para su debate el Ministerio de Justicia (art. 28.3), previéndose en ambos casos que la contradicción de pronunciamientos constituya motivo específico para interponer el recurso de revisión penal a favor del condenado.

7.- Conclusión: el mantenimiento de la competencia penal es la regla general, y la devolutividad subsidiaria es valorativa con el límite constitucional señalado.

Así, y en resumen, la devolutividad (con remisión de la cuestión para su resolución por un órgano jurisdiccional diferente del penal) procede

inexcusablemente sólo cuando concurra una norma taxativa que la imponga, y también cuando la cuestión prejudicial se haya planteado o resuelto previamente ante el orden jurisdiccional correspondiente.

Pero en los demás casos, cuando se requiera valorar la divisibilidad o no de la continencia de la causa, la influencia de la cuestión sobre la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad, o cuando de lege ferenda lo aconseje “*la índole o complejidad de la cuestión*”, no puede haber una decisión automática o mecánica, sino ponderar de un lado las exigencias interpretativas que plantean el objeto del proceso y la necesidad de acierto en su resolución, y de otro la posibilidad de resultados contradictorios, que desafortunadamente sobrevienen sin necesidad de que intervengan órdenes jurisdiccionales distintos.

Viene a confirmarlo la tendencia marcada por los diversos textos prelegislativos sobre el proceso penal, que prevén la existencia de un régimen regulatorio propio, en el que se mantiene la competencia penal como regla general, subsistiendo una devolutividad de segundo grado o subsidiaria, porque –en definitiva– la finalidad trazada en la exposición de motivos de la LECrim. sobre la regulación de las cuestiones prejudiciales era, y sigue siendo: “*suplir (...) un vacío sustancial por donde era frecuente el arbitrio un tanto desmedido y, más que desmedido, contradictorio de la jurisprudencia*”.

Un objetivo que buscaba reducir el arbitrio decisorio a márgenes razonables para guardar un equilibrio adecuado, proporcionando la máxima eficacia y generando la mínima distorsión, de modo que surjan las menos contradicciones posibles y, caso de producirse, quepa neutralizar sus indeseables efectos.

Porque si la unidad, integridad y coherencia son características meramente tendenciales del ordenamiento jurídico, resulta que nos queda mucho por recorrer.

Muchas gracias Sr. Presidente.

Palma de Mallorca, a 19 de septiembre de 2013.

BIBLIOGRAFÍA

- “*Anteproyectos de ley para un nuevo proceso penal*”. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 2011. pág. 161.
- ATRIA, FERNANDO, “*Lo que importa sobre los principios*”. El Cronista del Estado social y democrático de Derecho n°. 25. pag. 74.
- BAUMAN, ZYGMUNT, “*Modernidad líquida*”. Fondo de Cultura Económica de Argentina. Buenos Aires. 2004. pág. 119.
- BINDING, K., *Handbuch des Strafrechts*, Leipzig, 1885, pág. 180. Citado en GARCÍA ARAN, MERCEDES: “*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*”. *Estudios penales y criminológicos XVI*, 1993, págs. 63 y ss.
- BOBBIO, N., “*Teoría General del Derecho*”, Editorial Temis. Bogotá. 2007. págs. 189, 195 y 204.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, MANUEL. “Jurisdicción contencioso-administrativa: cuestiones procesales”. Cuadernos de Derecho Judicial. 1992. Control CD 9201502, pág. 5.
- CUENCA GÓMEZ, PATRICIA. “*La concepción del ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio*”. Universidad Carlos III de Madrid. Instituto de los Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. 2010. <http://hdl.handle.net/10016/6500>, pág. 9.
- DÍEZ RIPOLLÉS, LUIS. “La nueva política criminal española”. Cuadernos penales José María Lidón. Universidad de Deusto. Bilbao. 2004. pág. 12.
- DWORKIN, RONALD. “Los derechos en serio”. Editorial Ariel. Barcelona 1984. pág. 89.
- FELIP I SABORIT, DAVID. “*Observaciones a la expansión diez años después*”. La crisis del Derecho penal contemporáneo. Atelier. Madrid. 2010. págs. 65 y ss.
- GARCÍA ARAN, MERCEDES: “*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*”. *Estudios penales y criminológicos XVI*, 1993, págs. 63 y ss.
- GARCÍA MIRANDA, CARMEN MARÍA: “*El principio de unidad en el concepto de ordenamiento jurídico de Norberto Bobbio*”. Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho n°. 1.
- GOLDSCHMIDT, JAMES: “*Das Verwaltungsstrafrecht*”, págs. 529 y ss., en “*Las medidas administrativas y penales de prevención del blanqueo de*

capitales en el ámbito urbanístico: límites entre infracciones administrativas y delito". BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL y BACIGALUPO, SILVINA. Universidad Autónoma de Madrid (<http://www.uam.es>), pág. 18.

- HART, H.L.A. "*El concepto de derecho*", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963. Traducción de G. R. Carrió, se cita por la reimpresión de 1992. págs. 135 y ss.

- HASSEMER, WINFRIED: "*Perspectivas del Derecho penal futuro*". Revista Penal. Universidad Castilla-La Mancha (portal.uclm.es) pág. 38.

- HASSEMER/MUÑOZ CONDE, "*Viejo y nuevo Derecho penal*". La responsabilidad por el producto en Derecho Penal. Tirant lo Blanch. Valencia. 1995. pág. 46.

- KELSEN, HANS. "*La teoría pura del derecho*". Universidad Nacional Autónoma de México. 1982. págs. 56, 350, 356.

- MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN. "*El origen histórico de las cuestiones o artículos de previo pronunciamiento: el por qué de una figura obsoleta*". Boletín de Información. Ministerio de Justicia. Año LV. NUM. 1887. 15 Febrero 2001. Madrid. págs. 703 y ss. (5 y ss. del Boletín).

- MEZGER: "*Tratado de Derecho penal*", Madrid, 1935, pág. 381. Citado en GARCIA ARAN, MERCEDES: "*Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal*". *Estudios penales y criminológicos* XVI, 1993, págs. 63 y ss.

- MOLINA CRESPO, FRANCISCO DE ASÍS, "*Mitos y realidades en el Derecho penal medioambiental...*". Cuadernos digitales de formación. 2009. Control CF0900401. pág. 11. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: "*Protección de los derechos fundamentales en el código penal*". Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General). www.derechoycambiosocial.com pág. 7.

- MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO. "*De los delitos y de las penas: ayer y hoy*." La responsabilidad penal en la Administración Pública. Fundación Democracia y Gobierno Local. págs. 66 y 67.

- NAVARRO PÉREZ, JOSÉ LUIS. *Ley de Enjuiciamiento Criminal (Comentarios y jurisprudencia)*. COMARES Editorial. Granada. 1990. págs. 20 y ss.

- PALIERO, CARLO ENRICO. Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho italiano. Anuario de Derecho Penal. 1996. pág. 67.

- PÉREZ JARABA, MARÍA DOLORES, "*Principios y reglas: examen del*

debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart". Revista de Estudios Jurídicos n° 10/2010 (Segunda Época). Universidad de Jaén. pág. 13.

- PÉREZ NIETO, RAFAEL y BAEZA DÍAZ-PORTALES, MANUEL JOSÉ. "*Principios del Derecho administrativo Sancionador*". Consejo General del Poder Judicial. Madrid. 2008. págs. 167 y ss.

- REYNAL QUEROL, NURIA. "*Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*" Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000". Barcelona, 2001, pág. 264. ROMANO, SANTI: "*El ordenamiento jurídico*," trad. de la 2ª edición efectuada por Sebastián Martín-Retortillo y Lorenzo Martín-Retortillo, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963. págs. 101 y 113.

- SANTOS REQUENA, AGUSTÍN ALEJANDRO. "*Encuentro entre fiscales y jueces*". Revista del Poder Judicial n°. 69 Control PJ 0306912, págs. 426 y ss.

- SCHÜNEMANN, Bernd. "*Responsabilidad penal en el marco de la empresa*". ADPCP, VOL. LV, 2002. pág. 16.

- SENÉS MOTILLA, C. "*Las cuestiones prejudiciales en el sistema procesal español*". Mac Graw-Hill. Madrid. 1996. pág. XIX.

- SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. "La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales". Cuadernos Civitas. Madrid 1999. págs. 163 y ss.

V.2- CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO.

El discurso de ingreso del nuevo Académico de Número Antonio J. Terrasa García sobre “Las cuestiones prejudiciales del proceso penal (Sustrato material y límites constitucionales)” fue contestado por el Presidente de la Academia Miquel Masot Miquel, que comenzó dando la bienvenida al nuevo Académico y haciendo una semblanza del mismo a través de los contactos que supusieron haberlo tratado como profesor, como abogado y como magistrado, recordando su ingente capacidad de trabajo y sus amplios conocimientos jurídicos.

Entrando en el tema de la prejudicialidad, lo inicia relatando una vivencia en la instrucción de una causa penal –cuando era Magistrado de la Sala Civil y Penal– demostrativa de la absoluta conexión de dicha instrucción con unas cuestiones que eran objeto de litigio ante la jurisdicción contencioso-administrativa, evidente muestra de la profunda conexión existente entre las ramas del Derecho. Se somete a continuación a examen crítico el discurso de ingreso, alabando su sólida argumentación, aunque sin dejar de reconocer que algunas opiniones doctrinales han alertado del hecho de que la prejudicialidad penal absoluta puede llevar a considerar delictivas unas conductas que los tribunales contencioso-administrativos ni siquiera habrían considerado contrarias a la legalidad administrativa, por lo que, en estos casos, puede ser acertada la remisión a la jurisdicción contencioso-administrativa, como antecedente necesario para la ulterior concreción del tipo penal. En el análisis ponderado de las dos

corrientes doctrinales no puede por menos que reconocerse que una prejudicialidad devolutiva, que obligara a los tribunales penales a remitir a la jurisdicción contencioso-administrativa todas las causas en las que, de entrada, se observara una infracción de la legalidad administrativa, provocaría desmesurados inconvenientes y dilaciones que hacen prácticamente inviable y absolutamente desaconsejable tal posibilidad.

REFLEXIONANDO SOBRE LA PREJUDICIALIDAD.

Miquel Masot Miquel

I.- Bienvenida al nuevo Académico.

Es una obligación que asumo con mucho gusto la de dedicar unas primeras palabras de *laudatio* y bienvenida al nuevo Académico.

Y ello es así porque conozco a Antonio Terrasa desde hace muchos años. Y no porque tengamos la misma edad, que, obviamente, no es el caso, sino porque fui su profesor en la Sección Delegada de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, que fue el embrión de lo que después ha venido a ser la Facultad de Derecho de la UIB.

Tengo en la mente a Antonio Terrasa como un alumno estudioso, aplicado y diligente que, creo recordar, mereció en mi asignatura las máximas calificaciones.

Realmente aquellas primeras promociones de un centro universitario, que no era todavía una Facultad de Derecho, dejaron en muy buen lugar a los Profesores que les habíamos introducido en las complicadas sendas del Derecho, pues de ellas salieron importantes juristas que han alcanzado lugares destacados entre nuestros operadores jurídicos. Ciertamente, uno de ellos es quien hoy nos honra a la Academia con su ingreso en la misma.

En el año 1984 Antonio Terrasa ingresó en la Carrera Judicial pasando a servir diversos Juzgados y, entre ellos, el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Palma, donde estuvo desde 1989 a 1996 y en el que tuve ocasión de reencontrarme con él. Era un Juzgado especializado en juicios ejecutivos y yo, por aquel entonces, ejercía la Abogacía y llevaba la asesoría jurídica de una entidad bancaria, con lo que eran continuas las demandas

ejecutivas del Banco que correspondían a dicho Juzgado. Antonio Terrassa, como Juez, me demostró ampliamente que sus dotes de aplicación y estudio –por mi ya conocidas– se habían ido incrementado, a la par de hacer gala del que para mi es el primero de los principios generales del Derecho, que es el principio del sentido común.

Durante aquellos años –de 1990 a 1996– fue Decano de los Jueces de Palma, hasta que este mismo año fue nombrado Magistrado de la Audiencia Provincial, asumiendo, casi inmediatamente, en 1997, la Presidencia de la misma, hasta el año 2004, en que fue designado Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, cargo que, desde entonces, continua desempeñando.

Y ha sido en la Sala de lo Civil y Penal del TSJ –de la que yo formaba parte cuando él accedió a la Presidencia del mismo– donde he tenido ocasión de conocerle más a fondo, de ponderar su ingente capacidad de trabajo, sus amplios conocimientos y su agudeza jurídica, ya que, posiblemente, donde mejor se muestran todas estas cualidades es en las deliberaciones de las resoluciones judiciales.

También recuerdo su firmeza y, a la vez, prudencia en la dirección de los juicios y apelaciones; y rememoro que, a veces, hacía gala de fina ironía, como la ocasión en que, acabada una vista de apelación procedente de una causa del Tribunal del Jurado, una de las personas que habían intervenido en la misma se desprendió, ante nosotros y de manera precipitada, de la toga, mientras que el Letrado Sr. Valdivia, que había intervenido también, como apelante, en aquella vista, salió de la sala solemnemente, con la toga puesta, y nos hizo, al llegar a la puerta de salida, la habitual inclinación de cabeza. A la cual respondía el Presidente Sr. Terrasa con estas palabras: “gracias Sr. Valdivia por no haberse quitado la toga”.

La actividad doctrinal del nuevo Académico ha sido continua a lo largo de los años. Dan fe de ello las numerosas ponencias, seminarios y conferencias que ha impartido así como sus artículos publicados en revistas de nuestra especialidad, como la Revista General de Derecho, La Ley, la Revista Jurídica de las Illes Balears y otras, tratando importantes temas, particularmente de Derecho penal y de Derecho procesal.

Desde este momento, queda invitado el nuevo Académico a participar en nuestras tareas corporativas, pues, en la Academia pasa aquello que se dice en la Biblia de que “la mies es mucha y los obreros son pocos”. Y, en este sentido, estamos seguros de que nos ayudará sobremanera a mantener el destacado nivel intelectual que nos esforzamos, entre todos, con que cuente nuestra Corporación.

II.- La prejudicialidad.

En los ya lejanos tiempos en los que me dedicaba a la enseñanza del Derecho recuerdo que solía empezar mis clases contando a los alumnos un caso que yo hubiera vivido profesionalmente –y, en último término, un supuesto práctico– para, de alguna manera, captar su atención y hacerles ver que la clase que se iba a impartir no eran meras elucubraciones teóricas, sino que sintonizaban con la realidad jurídica de todos los días.

Y hoy, rememorando aquellos ya lejanos años, voy a referirme también, de entrada, a una experiencia propia, porque creo que pone de relieve la trascendencia del tema de la prejudicialidad que hoy nos ocupa.

Me correspondió, durante mi época de Magistrado de la Sala Civil y Penal, instruir una causa en la que estaban denunciados los integrantes de un Ayuntamiento de nuestras Islas –uno de ellos aforado– por haber dado una licencia de construcción que, a primera vista, no se podía dar, por suponer un piso más de los permitidos por el nuevo planeamiento urbanístico. De entrada, la cuestión parecía simple dado que el art. 320 CP sanciona a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, haya concedido licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes.... Pero, por aquel entonces, los Magistrados de la Sala Civil y Penal prestábamos apoyo a la Sala de lo Contencioso Administrativo –dada la ingente cantidad de trabajo de la misma– y quisieron las circunstancias que, de esta forma, conociera que, próximamente, se iba a resolver una impugnación contra el nuevo plan de ordenación urbana de la misma localidad, basada en el hecho de que dicho plan no se había publicado íntegramente en el Boletín de la Comunidad Autónoma, sino tan solo el acuerdo de aprobación del mismo.

Consideré que era oportuno esperar a conocer el criterio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, criterio que fue –según se exponía en su sentencia– que el nuevo Plan de Ordenación era *válido*, pero no podría ser *eficaz* ni considerarse *vigente* hasta que se hubiera producido su publicación íntegra en el Boletín de la Comunidad Autónoma. En el caso que yo instruía, el permiso concedido estaba de acuerdo con el anterior planeamiento –que permitía la altura del edificio concedida–, pero no lo estaba con el posterior que la rebajó. Y, aplicando la doctrina de la Sala de lo Contencioso Administrativo a la causa penal que yo instruía, lo cierto es que, cuando se concedió la licencia, según su sentencia, no estaba el nuevo plan *vigente*, siendo, por tanto, de difícil ubicación el supuesto en el tipo delictivo del art. 320 CP., que hace referencia expresa a las *normas urbanísticas vigentes*.

Esta historia que les he contado pone de relieve una consideración de la que se parte en el discurso de ingreso que no es otra que la de la unidad del

Ordenamiento jurídico. Es evidente que, por razones sistemáticas y de más fácil aprendizaje, se ha desgajado el árbol del Derecho en distintas ramas; pero también lo es que las mismas están profundamente entrelazadas las unas con las otras; fenómeno que se va acrecentando, además, en los tiempos actuales, que conocen una inusitada expansión del Derecho penal, al invadir paulatinamente las otras ramas del Derecho, potenciando, en la normativa de cada una de ellas, la aparición de nuevos *ilícitos penales* mediante las remisiones de las *normas penales en blanco*, en terminología, que ha hecho fortuna, de Karl Binding.

Si, además, cada una de las tradicionales ramas del Derecho –civil, penal, administrativo y social– tienen su propia jurisdicción, que, en el caso de la jurisdicción contencioso-administrativa, tiene un carácter –que no tienen las demás– revisor de las actuaciones de las Administraciones Públicas, esta interrelación entre las diversas ramas del Ordenamiento jurídico suscita, de entrada, problemas tendentes a la determinación de cual sea la jurisdicción competente en aquellos supuestos en los que aparecen normas jurídicas de una y otra rama del Derecho enlazadas entre sí.

La cuestión había preocupado hondamente a la doctrina anterior a la –hoy ya venerable, pues es más que centenaria– LECrim de 1882, en cuya exposición de motivos leemos que, con la regulación en la misma de las cuestiones prejudiciales –artículos 3 a 7– “se ha venido a llenar un vacío sustancial en nuestro antiguo Derecho, por donde era frecuente el arbitrio un tanto desmedido, y, más que desmedido, contradictorio de la jurisprudencia”.

Como sabemos, la regulación de las cuestiones prejudiciales se estructura sobre la base de una **regla general** –la competencia de los Tribunales penales se extiende a resolver, para el sólo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas prejudiciales, cuando aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea imposible su separación–, con una excepción **absoluta** –relativa a la validez de un matrimonio o a la supresión de estado civil, que siempre se deferirán previamente al juez civil, y unas excepciones **relativas**, como son las concernientes al supuesto de ser la cuestión prejudicial determinante de la culpabilidad o de la inocencia, en cuyo caso se resolverá por la jurisdicción que corresponda, o hacer referencia la cuestión prejudicial a la propiedad de un inmueble o derecho real, en cuyo caso el Tribunal penal podrá decidir sobre la misma si vienen fundadas en título auténtico o en actos indubitados de posesión, no pudiendo hacerlo, *a sensu contrario*, cuando tienen otro fundamento.

Sin embargo la doctrina (Jiménez Asenjo) no acogió con especial beneplácito este sistema de resolución de las cuestiones prejudiciales. Se dijo que el sistema, importado de la legislación extranjera, resulta una pieza mal

encajada en nuestro sistema procesal penal, y se argumentó que los escasos artículos dedicados a la materia no resultan claros y útiles para resolver los problemas cuando se presentan cuestiones prejudiciales. Y se puso de relieve la evidente contradicción entre la regla general –que atribuye la competencia al tribunal penal cuando la cuestión prejudicial aparezca tan *íntimamente ligada al hecho punible que sea radicalmente imposible su separación*, caso en el que la cuestión prejudicial será *no devolutiva*– y la excepción –que convierte la cuestión prejudicial en *devolutiva* cuando es *determinante de la culpabilidad o de la inocencia*–, ya que ¿puede concebirse ligamen más íntimo que el que es susceptible de determinar la culpabilidad o la inocencia? Es evidente que la línea de separación entre la regla general y la excepción no aparece suficientemente nítida.

Como es sabido, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha incidido en la cuestión con un precepto –el art. 10– que establece también una regla general, al sancionar que a los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privadamente, e introducir después una excepción a favor de los tribunales de lo penal, ya que señala que la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento ante las otras jurisdicciones.

En el discurso de ingreso se analiza con rigor la cuestión de si este precepto de la LOPJ, dado su carácter orgánico y su evidente posterioridad respecto de la LECrim, ha derogado tácitamente el régimen de ésta, aportando copiosa jurisprudencia sobre el particular, y concluyendo que, mediante una fórmula simplista, y sin matizaciones ni criterios, se permite que las cuestiones prejudiciales se resuelvan por el mismo órgano que conozca del asunto en que aparezcan, reforzando de esta manera el principio de la no devolutividad.

Y refuerza esta conclusión con las palabras de Muñoz Machado expresivas de que “la voluntad de omnipotencia de los tribunales penales ha puesto las soluciones dadas por la Lecrim para resolver las cuestiones prejudiciales en el desván donde se almacenan las técnicas jurídicas más olvidadas”. Pudiéndose decir, asimismo, que en el discurso de ingreso se dan cuatro bandas de sólidos argumentos para fundamentar la retención de la competencia por parte de los tribunales penales.

Pero sabido es que, de la misma manera que muchas son las flores y plantas que crecen en los verdes prados, también son muchas las opiniones que brotan en los siempre discutibles y discutidos campos del Derecho.

Y así un sector doctrinal (Santos Requena) ha alertado del hecho de que

la prejudicialidad penal puede llevar a considerar delictivas unas conductas que los tribunales contencioso-administrativo ni siquiera habrían considerado contrarias a la legalidad administrativa; añadiendo que la masificación de la actividad administrativa (incluidas sus correspondientes irregularidades e ilegalidades) puede llevarnos al riesgo de la “cuasi-automática criminalización de todo ilícito administrativo”, añadiendo que “sin la prejudicialidad administrativa devolutiva obligatoria, toda actividad aparentemente ilegal de las autoridades y funcionarios públicos sería examinada por el orden penal con anterioridad o con suspensión de los procesos en el orden contencioso”. Y añade: “Es evidente que el *iter* lógico es el contrario: el orden jurisdiccional especializado, que es el contencioso-administrativo, debería examinar la adecuación a derecho de la actividad impugnada, sirviendo de filtro para el orden penal, que sólo intervendría aplicando el Derecho Penal como *última ratio* y según el principio de intervención mínima en los casos en que se aprecie, con el debido rigor jurídico, la concurrencia de *indicios racionales de criminalidad*”.

Tenemos por tanto unas opiniones contrapuestas y posiblemente el lógico discernir de mi razonamiento debe tratar de determinar cual debe ser, obviamente a mi solo y pobre juicio, el criterio acertado. En definitiva, sopesando una y otra corriente doctrinal, ¿dónde está la verdad? Desde luego difícil misión, porque nos encontramos ante un *prius* ineludible, que no es otro que la pregunta ¿qué es la verdad?

Jesús de Nazareth no contestó a la pregunta que, en estos mismos términos, le hizo Poncio Pilatos. Demócrito de Ábdera decía aquello de *veritas est in abysso* (la verdad está en un abismo) y Lord Byron decía, en su *Don Juan*, *truth is always strange, stranger than fiction* (“la verdad es siempre cosa extraña; más extraña que la ficción”).

De entrada, puede parecer que se adaptaría a los dictados de la lógica que la jurisdicción revisora de la actuación de las Administraciones públicas examinara las conductas que, aparentemente, han infringido la legalidad administrativa, para ponderar si realmente se ha dado tal infracción, como *prius* necesario para que luego los tribunales penales examinaran si tales conductas, además de constituir una infracción administrativa, encajan en alguno de los tipos establecidos por la norma penal. No hay que olvidar, en este sentido, que la jurisdicción contencioso administrativa es la única que tiene, por definición legal, un carácter revisor de las actuaciones de las Administraciones públicas, con la consiguiente especialización acreditada de algunos de sus Magistrados.

Por otra parte, no se puede olvidar que el seguimiento de una causa penal contra una persona –particularmente si va seguido del habitual eco

mediático cuando se trata de una persona pública o conocida— supone, en muchas ocasiones, su absoluto descrédito y su ruina económica personal. De ahí la necesidad de prueba incriminatoria para condenar una persona, no bastando los meros indicios; y de ahí también la consideración —que desgraciadamente se va ya retirando de cada día más velozmente con el transcurso del tiempo— de que el Derecho penal es la *ultima ratio*, al que acudir sólo si se han pasado los filtros previos y queda acreditada la consideración de que no se está, tan solo, ante cuestiones civiles o administrativas.

Pero una prejudicialidad necesariamente devolutiva tendría también sus inconvenientes, a los que se refiere el discurso de ingreso, que nos habla de las torturantes dilaciones que con la misma se producirían, en un marco procesal que ya las conoce sobradamente. No se puede olvidar, en este sentido, que la realidad de nuestros Tribunales nos muestra continuamente causas con cada día más personas implicadas y que, a la vez, presentan una mayor complejidad. Es evidente que estas macrocausas serían el campo abonado para que los letrados de los inculpados —en uso legítimo de sus derechos— promovieran cuestiones prejudiciales que, si han de tener carácter devolutivo, supondrían suspensiones del procedimiento penal hasta que la jurisdicción contencioso administrativa determinara si se ha producido o no infracción de la legalidad administrativa, determinando, en definitiva, no ya dilaciones extraordinarias, sino la casi imposibilidad material de que se llegara a dictar sentencia penal en ciertas causas.

Todo ello hace que resulte difícil responder, en términos absolutos, a la pregunta de si ha de regir o no la devolutividad en las cuestiones prejudiciales. Posiblemente la lógica jurídica la demandaría, pero la terca realidad de los hechos la hace *hic et nunc*, como acabamos de ver, inviable. Por lo tanto este pequeño recorrido intelectual que, en mi modesta intervención, vengo realizando para tratar de encontrar la verdad, nos lleva a la triste conclusión de que, en esta materia como en tantas otras, no hay verdades absolutas, sino sólo verdades relativas que son hijas de los tiempos y de las circunstancias, y éstas, en estos momentos, no aconsejan la devolutividad.

Es posible que, en otros tiempos más sosegados, pueda llegarse a una situación distinta, en que será una garantía más, para las personas involucradas en una causa penal, el hecho de que la jurisdicción especializada haya podido resolver, de manera previa, las cuestiones prejudiciales que se hayan suscitado; pero esta situación será, evidentemente, fruto de otras circunstancias históricas.

En resumen, y finalizo, sólo hay verdades relativas –y no absolutas– en el terreno de la devolutividad. Pero este fracaso en la búsqueda de una verdad absoluta no debe llevarnos a la desesperanza ni, desde luego, causarnos tristezas y lamentos, porque, como nos enseñó el clásico –en este caso Horacio, en su *Epístola ad Pisones*– *todos somos engañados por la apariencia de la verdad*.

Muchas gracias.

VI.- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Isabel Tapia Fernández

El año 2014 comenzó en la Academia con una conferencia sobre un tema siempre recurrente, cual es la responsabilidad del Estado por la actuación de la Administración de Justicia, brillantemente expuesto por la Catedrática de Derecho Procesal y Académica Isabel Tapia Fernández.

En su discurso se parte del artículo 121 de la Constitución Española y de los artículos 292 y 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como preceptos determinantes de las únicas vías a través de las cuales se puede demandar al Estado por las disfunciones aparecidas en los procesos judiciales causantes de daños a los justiciables. Tales vías son el error judicial, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y la prisión preventiva seguida de absolución.

En la conferencia –que a continuación se inserta– se exponen detalladamente cada una de estas tres vías con referencia a las exigencias y condicionamientos que cada una de ellas impone. Sobre el error judicial se indica que son tantos los requisitos que se exigen para su declaración que, a pesar del millar de reclamaciones efectuadas en denuncia del mismo, sólo unas veinte han prosperado. Sobre el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se señala que se ha declarado la

existencia del mismo en actuaciones penales en caso de dilaciones indebidas que afectan a la libertad de las personas, pero sin que las dilaciones indebidas hayan supuesto imputación de responsabilidad alguna al Estado en asuntos civiles o mercantiles. Y, por lo que respecta a la prisión preventiva indebida, se hace especial referencia a la doctrina jurisprudencial que ha vuelto a exigir la inexistencia del hecho como motivo determinante de la responsabilidad del Estado, dejando sin efecto la anterior doctrina que anudaba dicha responsabilidad a la inexistencia subjetiva, es decir al hecho de no haber participado el que ha sufrido la prisión preventiva en los hechos punibles.

El Estado de Derecho proclamado en la Constitución exige que los Poderes Públicos se adecuen en su actuación a dos principios esenciales: el principio de legalidad y el de responsabilidad patrimonial. Ya decía HAURIUO que existen dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular: que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio. El principio de responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos se constituye, así, como pieza esencial del Estado de Derecho (art. 9.3 CE).

Dejando a un lado la no pacífica cuestión de la exigibilidad y alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, voy a centrar mi intervención en la responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador.

Hasta la promulgación de la Constitución de 1978, el Estado no respondía de modo directo por los daños ocasionados por el Poder Judicial. Para exigir responsabilidad por la actuación de los Jueces y Magistrados en el desempeño de su función había que estar a las específicas normas existentes en las Leyes (Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1870 (art. 270); la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881 (art. 903), y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882 (arts. 757 y ss.)). En ningún caso el Estado era directamente responsable; a lo sumo, la Constitución de 1931 recogió una responsabilidad subsidiaria, cuando el Juez o Magistrado resultaba insolvente para hacer frente a dicha responsabilidad.

Sólo en un caso, el contemplado por el art. 960.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se previó un extraordinario supuesto que daba lugar a indemnización directa del Estado: el caso de la sentencia obtenida en un recurso de revisión de una sentencia firme penal que anulara la condenatoria anterior por la que una persona había estado presa injustamente. Esta norma fue introducida *ex novo* en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley de 24 de junio de 1933, con motivo de un suceso ocurrido años atrás en un pueblo de Cuenca y que tuvo una enorme repercusión social: el crimen de los Galindo, más conocido como “el crimen de Cuenca”.

Es la Constitución de 1978 la que regula una responsabilidad directa del Estado por los daños causados por la actuación de los órganos integrantes de la Administración de Justicia (art. 121 CE); distinta de la atribuible a cualquier otro Servicio Público distinto de la Administración de Justicia (art. 106 CE).

En efecto, por una parte, el art. 106 CE regula una general responsabilidad del Estado Poder Ejecutivo, previendo el derecho de los particulares a ser indemnizados de las lesiones que sufran como consecuencia del

funcionamiento de los Servicios Públicos, ya sea éste un funcionamiento normal o anormal.

Pero, además, el art. 121 CE regula un régimen específico de responsabilidad del Estado Juez, por la singular estructura del Poder Judicial cuyos rasgos fundamentales se recogen en el art. 117 CE (independencia, exclusividad, responsabilidad y sometimiento a la ley). Esto es, el art. 121 CE establece la responsabilidad del Poder Judicial *stricto sensu*, la de los Tribunales, unipersonales y colegiados, actuando en un proceso en ejercicio de la función que le es propia; así como la del personal al servicio de la Administración de Justicia cuando su actuación supone un funcionamiento anormal de ésta.

Al no contemplarse en este art. 121 CE (ni en los correspondientes de la LOPJ que lo desarrolla) el funcionamiento “normal” de la Administración de Justicia susceptible de producir un daño al justiciable, cabe la pregunta de por qué no constituye título de imputación de responsabilidad del Estado. Y, consecuentemente, si el funcionamiento “normal” podría incardinarse en el general del art. 106 CE (esto es, en el funcionamiento de la generalidad de los Servicios Públicos). La respuesta es, incomprensiblemente, negativa. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que ambos preceptos son independientes; y que si el Constituyente hubiera querido comprender la responsabilidad por funcionamiento “normal” de los Tribunales dentro de la estatal regulada en el art. 106, resultaba innecesario el art. 121 que precisamente encuentra su sentido en el deber de dejar fuera de la regulación general la responsabilidad por actos del Poder Judicial, que se limita así a los supuestos de error judicial y de funcionamiento anormal, nunca a los de funcionamiento normal.

En los minutos que siguen me voy a referir a la responsabilidad del Estado por la actuación de la Administración de Justicia, procamada en el art. 121 CE, y desarrollada en los arts. 292 a 294 LOPJ.

Comenzaré señalando qué sujetos de la Administración de Justicia pueden producir al justiciable daños indemnizables directamente por el Estado.

Éstos son los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial; y los demás órganos que, aunque no estén incluidos en el Poder Judicial Organización, pueden causar daños por su actuación en un proceso (miembros del Jurado y de los Tribunales Militares, Consuetudinarios, Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional; así como las actuaciones del Ministerio Fiscal).

En cuanto al personal no jurisdiccional al servicio de la Administración de Justicia (Secretarios Judiciales, Funcionarios de los Cuerpos de

Tramitación, Gestión y Auxilio Judicial, Médicos Forenses... etc.), hay que distinguir si su actuación se realiza dentro de un proceso y con ella causan daños, en cuyo caso el particular podrá exigir responsabilidad al Estado por la vía del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; o si su actuación productora de daños no está relacionada con un proceso concreto, en cuyo caso estos funcionarios no estarían actuando como integrantes de la Administración de Justicia y la exigencia de responsabilidad deberá seguir la vía prevista en el art. 106 de la Constitución (con sus normas administrativas de desarrollo), cuyo título de imputación será el de la actuación, normal o anormal, de un servicio público.

Vistos cuáles son los sujetos productores de daños indemnizables por el Estado, paso, a continuación a analizar los supuestos legales originadores de reparación.

El art. 121 CE acoge como título de imputación de responsabilidad del Estado, *los “daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”*. Y en desarrollo de esta norma, los arts. 292 y 294 LOPJ, además de los ya mencionados, regulan un supuesto específico: la prisión preventiva seguida de absolución, en las condiciones que prevé el precepto.

Las diferentes vías para hacer valer la imputación de responsabilidad al Estado no son excluyentes, pero sí diversas. Ante la falta de una nítida diferenciación legal, no es infrecuente que el particular no sepa con claridad cuál es el procedimiento que ha de seguir para su reparación por el Estado, mezclando en sus alegaciones las distintas vías que la Ley le ofrece. Y en muchos casos, su petición ha sido desoída por no haber acertado en la correcta. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que no es extraño que estos conceptos se confundan o entremezclen, al ser conceptos fronterizos cuya delimitación exacta es dificultosa.

No obstante, de la abundante doctrina jurisprudencial existente al respecto, se pueden extraer algunas consideraciones:

- que el error judicial exige siempre una concreta resolución judicial (individualizada y productora de la lesión); mientras que el funcionamiento anormal acoge cualquier otra actuación de la Administración de Justicia distinta de una resolución judicial;

- que la reclamación por error exige siempre que un Tribunal (el Supremo) declare su producción en un proceso, y una vez declarado, ya puede el justiciable realizar su solicitud de indemnización en vía administrativa, primero, y judicial después.

- que la reclamación por prisión preventiva indebida es una subespecie de error judicial, que por su naturaleza no necesita ser declarado, por lo que

el interesado podrá dirigir su petición directamente al Ministerio de Justicia conforme a las previsiones legales.

No existe, pues, un criterio seguro de delimitación; pues en realidad lo que dice la ley y constata la jurisprudencia es que el procedimiento para hacer valer la acción de responsabilidad es distinto. De este modo, cuando el título de imputación de la responsabilidad del Estado se basa en el anormal funcionamiento o en la prisión preventiva seguida de absolución, el justiciable deberá acudir directamente a la vía administrativa (Ministerio de Justicia) en solicitud de indemnización. Contra la decisión del Ministerio de Justicia, cabe recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional; y contra su resolución, recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Mientras que cuando el título de imputación de la responsabilidad del Estado es el error judicial, el justiciable, antes de acudir a la vía administrativa, deberá interponer demanda de declaración del error ante el Tribunal Supremo. Y, una vez declarado el error, ya podrá acudir a la vía administrativa en solicitud de la indemnización.

En sendos casos (sobre todo, cuando se reclama por la vía del error judicial, cuya declaración exige todo un procedimiento ante el Tribunal Supremo), el camino es largo y desanimante. No es infrecuente que el Tribunal Supremo, finalmente, esté resolviendo reclamaciones que se iniciaron más de diez años antes; para terminar declarando, en la inmensa mayoría de los casos, la irresponsabilidad patrimonial de la Administración, por la estrechez de su regulación y la rigidez de la interpretación jurisprudencial.

Veamos brevemente cada uno de los supuestos legales que constituyen título de imputación de responsabilidad al Estado.

A) El error judicial.

Conviene precisar, de entrada, que ni la LOPJ ni ninguna otra Ley definen lo que sea el error judicial indemnizable.

En principio, los posibles errores que cometan los órganos jurisdiccionales en el transcurso de un proceso han de ser corregidos dentro del mismo proceso, por la vía de los recursos que establezcan las propias leyes. Y una vez dictada una resolución que adquiere firmeza, precluye toda posibilidad de ser recurrida con base en esos errores; la producción de cosa juzgada prescinde de que la resolución sea equivocada o no: la expresión “presunción de verdad”, aunque errónea, es significativa.

Sin embargo, algunas veces los errores cometidos por Jueces y Magistrados en resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada son de tal

magnitud que el ordenamiento jurídico debe proveer al justiciable de un mecanismo de reparación. Este remedio viene asegurado a través de dos vías: a) la del mal llamado “recurso de revisión”, que propiamente es una acción rescisora de la cosa juzgada, extraordinariamente limitada; y b) a través del procedimiento extraordinario que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 192 y 193), mediante el cual un error judicial irreparable ya por la vía del recurso, que no encaja en ninguno de los motivos extraordinarios por los que cabe “revisar” una sentencia firme, puede ser declarado a través de este procedimiento especial.

Desde muy temprana jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha declarado que el error judicial es el cometido en una resolución, insubsanable dentro del proceso por la vía de los recursos; consistente en una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente, o una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance.

Y lo ha diferenciado del simple desacierto o equivocación del juzgador. No es el simple desacierto lo que constituye error judicial indemnizable, sino que se exige que la resolución judicial sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico o haya sido dictada con evidente arbitrariedad. El error no puede confundirse con cualquier equivocación o discrepancia en el establecimiento de los hechos o en la interpretación del derecho. El desacierto de juzgador no entra como elemento definidor del error judicial indemnizable.

Diferenciado, así, el error judicial indemnizable del mero desacierto e incluso equivocación del juzgador, el Tribunal Supremo ha establecido los requisitos necesarios para que prospere la reclamación. Y así:

1– Se exige la imputación del error a un acto judicial individualizado: precisamente una resolución judicial, y no otro acto procesal.

2– Se ha de tratar de un error *de iure* o *de facto* cualificado.

El error “*de iure*” ha sido descrito por el Tribunal Supremo como un “*error patente, indubitado e incontestable*”, una flagrante equivocación manifiesta y palmaria, que se da cuando el Juez o Magistrado realiza una aplicación insensata o absurda del derecho, una aplicación de la norma “*disparatada, extravagante o desprovista de todo fundamento legal o doctrinal*”, ocasionando un “*desorden en la recta y debida administración de justicia*”, generándose con ello “*una ruptura de la armonía del concierto jurídico y una situación de desorden en lo que la recta justicia debe procurar*”. La reclamación frente al error sólo puede prosperar cuando “*la posible falta de adecuación entre lo que debió resolverse y lo que se resolvió sea tan ostensible y clara que cualquier persona versada en derecho pudiera así apreciarlo, sin posibilidad*

de que desde algún punto de vista defendible en derecho pudiera reputarse acertada”.

Pero también esta flagrante equivocación, manifiesta y palmaria, se puede cometer por el Juzgador al errar en los hechos. Y este error se produce *“cuando convergen manifiestas equivocaciones en la fijación de los hechos, se parte de pruebas que no han tenido lugar, así como de aportaciones extraprocesales, o cuando sucede que los hechos que se presentan probados son omitidos trascendentalmente”.*

3– Se exige que el error sea irreparable por otro cauce, esto es, que no se haya podido eliminar esa decisión mediante la interposición de los recursos pertinentes. Se afirma, así, el carácter subsidiario de la reclamación de error judicial, que en ningún caso es una tercera instancia.

En la exigencia de este requisito, la Jurisprudencia ha incidido en frecuentes contradicciones, que, a mi juicio, pueden llegar a vulnerar el derecho a la tutela efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. En efecto, en la exigencia de agotamiento de los recursos procedentes, el TS ha entendido en unos casos que la interposición de los recursos extraordinarios es necesaria y en otros no; ha considerado en unos casos exigible la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, y en otros no; ha declarado unas veces que era preceptivo el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y otras no...etc. Y esta vacilación jurisprudencial no es en absoluto desdeñable, puesto que, en ocasiones, el TS ha rechazado la demanda de declaración de error judicial por extemporanea, al haberse sobrepasado el plazo de tres meses exigido legalmente.

4– Y es que, como cuarto requisito, el art. 293.1 LOPJ exige que la acción se ejercite *inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse”.*

La Jurisprudencia ha venido estableciendo sin fisuras que este plazo de tres meses es de caducidad y no de prescripción, no siendo, por tanto, susceptible de interrupción por actuaciones frente a los órganos judiciales, como la interposición de un recurso de amparo o de cualquier otro recurso improcedente.

5– El error ostensible y patente así de finido ha de ser determinante en la producción del daño evaluable económicamente e individualizado.

6– Y, por último, en ningún caso habrá lugar a la indemnización a cargo del Estado cuando el error judicial tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado (art. 295 LOPJ).

De esta aproximación al concepto y requisitos de error judicial

indemnizable, tal como ha sido configurado por la Jurisprudencia, surge una primera consideración lógica: ¿cuándo se pueden dar tantos y tan graves disparates en una resolución judicial, de modo que el Juez o Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, dictando una resolución esperpéntica y absurda, ya sea *de iure* ya sea *de facto*?

Parece, así, razonable llegar a la conclusión de que, a pesar de las múltiples reclamaciones judiciales por error judicial indemnizable, sólo en muy pocos casos se ha llegado a reconocer tal pretensión.

Desde luego, un error en la aplicación del derecho por los Jueces y Magistrados es en verdad poco probable en los términos apuntados, esto es, es impensable una resolución judicial “esperpéntica y absurda”, “disparatada, extravagante o desprovista de todo fundamento legal”.

Pero sí que se han concedido declaraciones de errores de hecho, por “la desatención” del Juzgador a datos de carácter indiscutible, que aparecían en los autos de forma incontestable.

En estas casi tres décadas de vigencia de la norma, y a pesar del millar de reclamaciones efectuadas por error judicial, apenas veinte de ellas han prosperado. Y de estas veinte, la mayoría, como digo, se deben a un error de hecho, que demuestra una contradicción abierta y palmaria entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el Juzgador obtiene respecto de esa realidad.

Así, por ejemplo, se ha declarado el error judicial:

- el error en la persona del embargado que tenía un nombre similar al ejecutado, pero documento de identidad diverso;

- la equivocación del Juzgador que proveyó al abono del importe de un pagaré a quien no era su legítimo tenedor, por haberlo endosado a un tercero;

- el error cometido en la Providencia del Juez que en un proceso de ejecución hipotecaria mandó hacer entrega del sobrante al hipotecante deudor, pese a que había un acreedor posterior con derecho anotado en el Registro;

- o el cometido en la Sentencia que desestimó la acción reivindicatoria, por no haber aportado el demandante documento alguno que acreditara su titularidad, cuando por el contrario la escritura se encontraba en los autos;

- o, en fin, el cometido en una sentencia ilógica que declara probada la pretensión del actor, prescindiendo de todos los datos fácticos incorporados al proceso a través del correspondiente procedimiento probatorio.

En cuanto al error de derecho, el Tribunal Supremo lo ha reconocido en sendas sentencia que en un accidente de circulación concedieron indemnización a la víctima, a cargo de la Compañía aseguradora por la cobertura del seguro obligatorio, cuando la causa del siniestro fue el conductor fallecido del vehículo causante del mismo. El TS razona que, aunque la normativa anterior daba lugar a interpretaciones distintas, tras la modificación del Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, y la jurisprudencia que lo interpreta, ya no hay lugar a dudas; por lo que *“la resolución contra la que se dirige la demanda de error judicial resulta ser manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico al conceder legitimación a la actora para reclamar un daño que no es propio sino que resulta por el fallecimiento de la víctima (el conductor causante del siniestro)...”* lo que está excluido de la cobertura del seguro expresamente por el art. 10 del citado Real Decreto.

B) El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Ya he dicho anteriormente que la Constitución al distinguir dos vías de atribución de responsabilidad al Estado por el funcionamiento de los Servicios Públicos: la del art. 106, y la del art. 121, sólo prevé la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación del Servicio Público Administración de Justicia cuando en su funcionamiento haya procedido de modo anormal.

Para que surja este título de imputación de responsabilidad del Estado, se deben dar las siguientes circunstancias:

- a) existir un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente;
- b) se debe producir un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia;
- c) ha de existir la oportuna relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el daño causado, de tal manera que éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración;

y d) la acción se ha de ejercitar dentro del plazo de un año desde que la producción del hecho determinante del daño propició la posibilidad de su ejercicio. Este plazo, por expresa mención legal (art. 293.2) es de prescripción.

Pero no se expresa legalmente qué es un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La Jurisprudencia ha venido declarando que

éste es “*un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado*”.

En una primera aproximación, y en atención a las declaraciones jurisprudenciales, se pueden avanzar algunas consideraciones:

Primero: Ha de tratarse de actuaciones procesales generadoras de daños injustificados para alguno de los litigantes. El funcionamiento anormal supondrá, así, la infracción de una norma procesal. Ahora bien, no todo incumplimiento de la norma procesal es funcionamiento anormal, aunque sí todo funcionamiento anormal implicará infracción de norma procesal.

Segundo: La ilegalidad procesal no tiene que implicar necesariamente “culpa” subjetiva”, imputable a alguna persona de la Administración de Justicia; sino que en muchos casos se estará en presencia de una “culpa objetiva” del Estado: “*los retrasos, aun llamados estructurales, que son debidos a defectos de organización o a falta de medios, no dejan por ello de ser constitutivos de retraso anormal en el funcionamiento de la Administración de Justicia*”, dice el Tribunal Supremo.

Tercero: El funcionamiento anormal se reducirá, en la inmensa mayoría de los casos, a un retraso indebido en las actuaciones procesales. Pero ello no quiere decir que solamente las dilaciones indebidas constituyan funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Éste es el típico supuesto que no agota sin embargo todos los casos en los que se puede imputar responsabilidad al Estado por funcionamiento anormal. Piénsese, por ejemplo, en los daños producidos por la divulgación en los medios de comunicación de actuaciones declaradas secretas (filtraciones); o en la pérdida o deterioro de objetos en depósito judicial.

Pero es lo cierto que la dilación indebida constituye el supuesto típico de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El problema se traslada, entonces, en conceptuar lo que sea una dilación indebida que sirva de título de imputación de la responsabilidad estatal. Porque también éste es un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos. Y estos criterios objetivos (según la jurisprudencia) se identifican con la naturaleza y circunstancias del litigio atendiendo a su complejidad y al interés arriesgado en el mismo, la conducta procesal del litigante y la actuación del órgano jurisdiccional. Para valorar esa “anormalidad” hay que partir de una apreciación razonable de los niveles de exigencia que la Administración de Justicia, desde el punto de vista de la eficacia, debe cumplir según las necesidades de la sociedad actual y para alcanzar los cuales los poderes públicos están obligados a procurar los medios necesarios.

Y así, según la jurisprudencia, se producen dilaciones indebidas ocasionadoras de indemnización:

- por la excesiva duración de la prisión preventiva, cuando ésta ha tenido por causa única y directa la lenta progresión y extraordinaria dilación en la realización de las diligencias de actuación sumarial;

- por la injustificada inactividad en la práctica de diligencias sumariales, que se prolongan por un tiempo excesivo;

- por el retraso (doscientos cuarenta días) en la respuesta judicial a la petición de libertad del preso preventivo formulada reiteradamente por el Ministerio Fiscal;

- por el insólito retraso en la tramitación de un proceso penal, sin que la conducta del procesado hubiese entorpecido su desarrollo o conclusión.

En asuntos civiles o mercantiles no tengo conocimiento de pronunciamientos del Tribunal Supremo que declaren la responsabilidad del Estado por anormal actuación de la Administración de Justicia. Sí que tengo noticia de pronunciamientos de la Audiencia Nacional actuando como tribunal de instancia, que declaran el anormal funcionamiento en casos como el archivo de las actuaciones en un juicio cambiario sin haber decretado el embargo preventivo de bienes del deudor, lo que ocasionó daños injustificados al demandante; o el emplazamiento irregular por parte del personal al servicio del órgano judicial, que produjo daños indemnizables derivados de la pérdida de la oportunidad procesal de oponerse en su día a la demanda civil interpuesta.

C) La tercera vía de atribución de responsabilidad al Estado es

La prisión preventiva indebida.

El art. 294 LOPJ regula un supuesto específico de error judicial: *“1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se hayan irrogado perjuicios”*.

En estos casos, el error es tan evidente que se hace innecesaria la previa declaración judicial, ya que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve destacadamente el error, esto es, la improcedencia de la prisión provisional. Para estos casos de error evidente, el Legislador ha previsto que la indemnización se reclame directamente al Estado por la vía administrativa, sin tener que solicitar la previa declaración del error.

Como es sabido, la Ley permite que, como medida cautelar y mientras dura el proceso penal, el Juez pueda adoptar frente a un imputado la

medida cautelar de privación de libertad por un tiempo “imprescindible” para alcanzar los fines a los que tiende la medida, y en todo caso, con los límites temporales establecidos en el art. 504. La Ley parte de la atribución de un hecho delictivo de una cierta importancia a una persona frente a la cual es aconsejable privarla de libertad por el tiempo imprescindible para conjurar el riesgo de fuga, evitar la ocultación de pruebas, evitar la comisión de otros hechos delictivos, o que pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Pues bien, cuando la sentencia firme que se dicta en ese procedimiento resulta absolutoria para el acusado, es claro que aquella medida cautelar que se adoptó “a prevención” ha resultado ser, cuando menos, inadecuada. Por eso, el art. 294 LOPJ, en los casos y con los límites que establece, prevé una reparación a cargo del Estado para aquel preso preventivo que resultó absuelto tras las pruebas practicadas en el juicio oral.

Ahora bien, este supuesto específico es muy limitado, de tal modo que el precepto no cubre todos los casos de prisión preventiva seguida de absolución, sino sólo aquellos que expresamente menciona. Los demás supuestos, como ha dicho reiteradamente la Jurisprudencia, habrán de encauzarse por la vía del error judicial, si es que el Juez acordó aquella prisión provisional con palmaria equivocación; o por el funcionamiento “anormal” de la Administración de Justicia, si es que la privación de libertad resultó “anormal”. El problema aquí es que, como se ha visto, el cauce del error judicial o del anormal funcionamiento son tan estrechos que difícilmente podrán dar cabida a una medida cautelar de prisión preventiva que se adoptó de acuerdo con las previsiones legales y sin que la Administración hubiera actuado de una forma anormal.

Para atribuir responsabilidad al Estado por prisión preventiva indebida, el art. 294 LOPJ establece dos requisitos:

– En primer lugar, en cuanto a la forma de la resolución: ésta ha de ser una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre.

La sentencia absolutoria, desde el punto de vista formal, no plantea problema alguno. Pero sí el auto de sobreseimiento. Porque, de entre los dos posibles modos de terminación anticipada de un proceso penal, sólo el sobreseimiento libre puede originar responsabilidad del Estado. Ello es así porque sólo el libre tiene efectos de cosa juzgada, ya que se basa en la certeza del Juzgador: no existen indicios racionales de la perpetración del hecho; o el hecho no es constitutivo de delito; o aparecen exentos de responsabilidad criminal los procesados (art. 637 LECrim.). Mientras que el sobreseimiento provisional se funda en la duda del Juzgador: no resulta debidamente justificada la perpetración del delito, o habiéndose cometido, no hay motivos suficientes para acusar a esa persona (art. 641 LECrim.).

Es evidente que sólo en el primer caso el Auto de sobreseimiento es semejante en sus efectos de cosa juzgada a una sentencia absolutoria; no así en el segundo. Por eso es por lo que la norma sólo concede posibilidad de atribución de responsabilidad al Estado cuando el sobreseimiento es libre.

Al sobreseimiento libre ha equiparado la Jurisprudencia la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal, por cuanto *“la retirada de la acusación implica, cuando menos, una presunción de la denominada inexistencia subjetiva del hecho porque, si hubiese indicios racionales de la participación en éste del imputado, no se habría desistido de aquélla”*.

Y también equivale al sobreseimiento libre el Auto que deja sin efecto el procesamiento anteriormente acordado, porque *“el auto de levantamiento del procesamiento es idéntico materialmente al auto de sobreseimiento libre, de suerte que la diferencia de nomen iuris no puede obstar para la aplicación del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*.

– El segundo requisito que prevé la norma es que esa resolución (sentencia o auto de sobreseimiento libre) tenga un específico contenido: declare la inexistencia del hecho.

Según la dicción legal, sólo una sentencia absolutoria que declare la inexistencia del hecho; o un auto de sobreseimiento libre por el motivo que prevé el art. 637.1 LECrim. (*“Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivos a la formación de la causa”*), constituyen título de imputación de responsabilidad a cargo del Estado. Cualquier otro motivo de absolución, deberá hacerse valer, en su caso, a través de las otras dos vías: el error judicial o el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en los términos vistos anteriormente.

En los primeros años de aplicación de la norma, la Jurisprudencia fue muy restrictiva en la interpretación de lo que constituya la *“inexistencia objetiva del hecho”*, apegándose a la estricta literalidad.

Y así, entendió que la dicción legal no acogía los casos en los que, evidenciada la existencia del hecho, sin embargo éste no era constitutivo de delito. La inexistencia del hecho no es equiparable a la inexistencia de delito, decía el TS, y el art. 294 se refiere exclusivamente a cuestiones de hecho –a la inexistencia objetiva del hecho–, en tanto que la identificación de un caso de inexistencia de delito requiere un juicio de valor por parte del órgano juzgador.

Pero en resoluciones posteriores, el Tribunal Supremo ha entendido que también la inexistencia de delito origina título de imputación de responsabilidad, argumentando que si la Ley habla de *“hecho imputado”*, éste no puede ser otro que *“la conducta penalmente tipificada”*, ya que hecho imputado y tipo

penal son conceptos coincidentes”. En todo caso, dice el Tribunal Supremo, no quedan amparados por el art. 294 LOPJ todos los supuestos de inexistencia de delito, sino únicamente aquéllos en los que no concurre la acción típica, quedando excluidos *“los supuestos de absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal”*.

Pero, si bien ésta fue la primera interpretación de la norma que realizó el TS, pronto entendió que debía ampliarse, de acuerdo con los diversos criterios de interpretación contenidos en el Título Preliminar del Código Civil.

Y así, por más de veinte años ha venido manteniendo que la literalidad del precepto (inexistencia del hecho punible) no resiste una interpretación integradora desde el punto de vista de la finalidad de la norma. De este modo, desde la importantísima STS de 27 de enero de 1989 ha declarado que por inexistencia del hecho ha de entenderse, no sólo la inexistencia objetiva del mismo, sino también la imposibilidad de participación del sujeto en él: desde el punto de vista subjetivo, el hecho ha resultado ser inexistente. El hecho existe, pero la sentencia declara acreditada la no participación del sujeto en él (es el clásico ejemplo de la coartada). *“Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son pues dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del art. 294.*

A partir de este momento, a la “inexistencia objetiva del hecho” se equiparó sin fisuras la denominada “inexistencia subjetiva”, que significa “acreditada imposibilidad de participación en el hecho punible”. Incluso el TC ha acogido esta interpretación: *“Es indudable –dice el TC en Sentencia de 22 de junio de 1992– que, desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben, por ello, recibir tratamiento unitario...”*

No es aplicable la norma *“a los casos de absolución por falta de prueba de la participación en el hecho punible”*, porque –sigue diciendo el TC en la sentencia reseñada– *en los primeros está probada la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial y esto no ocurre cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente. Y es que una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo –no existencia del hecho o no participación del acusado– y cosa bien distinta la ausencia de prueba de un hecho positivo –existencia del hecho o participación del acusado–, pues esta última no es acreditativa del error judicial que contempla el art. 294 de la LOPJ”*.

Durante más de veinte años el Tribunal Supremo ha venido ratificando esta doctrina, declarando que el ámbito de aplicación del art. 294 abarca tanto los supuestos de inexistencia objetiva del hecho imputado como los de

inexistencia subjetiva, o lo que es igual, hecho delictivo existente con prueba de no participación en él. Sólo quedan fuera de este ámbito los casos de absolución por falta de pruebas. Cuando existe una “duda razonable” de la participación del acusado en el hecho punible, el principio *in dubio pro reo* obliga al Juzgador a absolverle; y en estas condiciones, el art. 294 LOPJ no concede la acción de reclamación patrimonial contra el Estado por esta vía.

Pero esta equiparación entre la inexistencia objetiva y subjetiva del hecho imputado sufre un vuelco de 180 grados con dos Sentencias del Tribunal Supremo de la misma fecha: 23 de noviembre de 2010, en las que se vino a negar como supuesto indemnizable la acreditada no participación en el hecho del imputado, esto es, la denominada inexistencia subjetiva. Y este cambio de criterio se produjo “*ex abrupto*” y por sorpresa, ya que incluso unos días antes todavía el Tribunal Supremo venía admitiendo la inexistencia subjetiva del hecho como porductora de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Para dar este giro a la doctrina hasta entonces mantenida, el TS se escuda en unas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (primero, en la de 25 de abril de 2006 –asunto Puig Panella contra España–, y después en la de 13 de julio de 2010 –asunto Tendam contra España–) donde se cuestiona la interpretación que venían haciendo los Tribunales españoles al respecto. Y con base en este cuestionamiento, el TS llega a conclusiones que, a mi juicio, no son consecuencia obligada de aquellas declaraciones del TEDH.

Se trataba de sendos casos en los que los imputados, después de sufrir prisión preventiva, fueron absueltos por falta de pruebas, en aplicación del principio *in dubio pro reo*. Solicitaron a continuación indemnización por haber sufrido prisión indebida con base en el art. 294 LOPJ, solicitud que fue rechazada en aplicación de la doctrina consolidada: su absolución fue por falta de pruebas de su participación en los hechos y no por la prueba de su no participación.

En estas circunstancias, acudieron al TEDH alegando violación de la presunción de inocencia del art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, arguyendo que, al negárseles la indemnización, se está reconociendo que la ley española considera que, aunque el acusado haya sido declarado inocente, persiste la duda sobre su culpabilidad. El inocente declarado es tratado así por la ley española como un “inocente no reconocido” o, en términos afirmativos, como un “eventual culpable”, lo cual, concluyen, es contrario a la presunción de inocencia que proclama el art. 6.2 del Convenio.

El TEDH acogió la demanda y declaró la violación del art. 6.2 del Convenio, argumentando, en síntesis, lo siguiente:

1°. Que el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 6.2 del Convenio se vulnera si una decisión judicial relativa al acusado refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente.

2°. Que, aunque ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio da derecho a indemnización por encarcelamiento preventivo en caso de absolución, la expresión de sospechas sobre la inocencia de un imputado no es admisible tras una absolución firme: una vez firme la absolución –incluso si se trata de una absolución por el beneficio de la duda– la expresión de dudas sobre la culpabilidad no es compatible con la presunción de inocencia; pues no debe existir diferencia cuantitativa alguna entre una puesta en libertad por ausencia de pruebas y una puesta en libertad resultante de una constatación de la inocencia de una persona. Las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos que cada vez admite el Juzgador penal.

3°. En estas condiciones, el hecho de exigir a una persona que presente prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva parece poco razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia.

Tras estas declaraciones, y entrando ya a enjuiciar los casos planteados, el TEDH dice que hay que examinar si, por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones, o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos, el Ministerio de Justicia, primero, y los Tribunales internos, después, vulneraron el derecho a la presunción de inocencia. Y al rechazar la demanda de indemnización, se basaron en expresiones tales como que “la no participación del demandante en los hechos delictivos no fue suficientemente probada”; y esta motivación, sin matiz ni reserva, deja planear una duda sobre la inocencia del demandante.

En estas condiciones, concluye el TEDH, las resoluciones dictadas por los Tribunales españoles son incompatibles con el respeto de la presunción de inocencia, porque *“este razonamiento, que distingue entre una absolución en ausencia de pruebas y una absolución que resulta de una constatación de la inexistencia de los hechos delictivos, ignora la absolución previa del imputado, cuyo fallo debe ser respetado por toda autoridad judicial, sean cuales fueren los motivos admitidos por el Juzgado de lo Penal”*.

Con base en estas declaraciones del TEDH (que, no se olvide, se refieren al derecho a la presunción de inocencia, no al derecho a recibir indemnización del Estado por prisión preventiva indebida), el TS cambia radicalmente de criterio y restringe el ámbito de aplicación del art. 294 LOPJ para reducirlo a su estricta literalidad: inexistencia objetiva del hecho imputado. Y toda la jurisprudencia posterior sigue monóticamente esa interpretación.

Algunas consideraciones críticas podemos hacer de este cambio de criterio de nuestro Tribunal Supremo.

A primera vista, no deja de llamarnos la atención el hecho de que, siendo el contenido de ambas sentencias del TEDH idéntico, ante la primera de ellas (la STEDH 2006/35) nuestro Tribunal Supremo no hizo además alguno de cambiar su doctrina, y continuó asimilando los casos de inexistencia objetiva del hecho y los de inexistencia subjetiva. Y sólo es a partir de la STEDH 2010/84 cuando realiza ese giro radical.

Teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de casos de concesión de indemnización por esta vía se debe a la denominada inexistencia subjetiva del hecho, creo que algo tendrá que ver en esta decisión los muchos “recortes” que el ciudadano viene sufriendo por causa de la crisis por todos padecida. Porque, evidentemente, una sentencia absolutoria que declara que el hecho por el que se siguió el proceso no ha existido será por fuerza muy excepcional.

Pero, aparte de ello, sorprende que el Tribunal Supremo saque unas conclusiones tan radicales de unas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que le hace decir lo que a mi juicio no dice. En primer lugar, porque la demanda ante el TE se plantea por violación del derecho a la presunción de inocencia, no por un derecho inexistente en el Convenio a indemnización. Y en segundo lugar porque lo que dice el TE es que no cabe que por unas expresiones contenidas en las resoluciones judiciales, se pueda llegar a la conclusión de que la absolución es distinta si proviene de la certeza y no de la duda de la no participación del imputado en el delito; porque la absolución no debe dejar que planee duda alguna sobre cuál fue el motivo de la misma. Pero no dice nada más.

A mi juicio, el Tribunal Supremo podría haber seguido con su doctrina tradicional, siempre que en su razonamiento para conceder o denegar la indemnización no sembrara aquella duda sobre si la inocencia es de una u otra cualidad; duda que pondría en peligro la presunción de inocencia, pero que no atañe a los supuestos legalmente indemnizables. O, en el mejor de los casos, si el TS entiende que se han de extraer aquellas consecuencias de la doctrina del TEDH, debería conceder la indemnización por prisión preventiva seguida de absolución en todo caso (también cuando lo es por falta de pruebas), porque la absolución no admite gradaciones.

Finalmente, dos consideraciones con relación a las consecuencias derivadas de este cambio de criterio.

La primera se refiere a la aplicación del nuevo criterio. En los casos que he tenido ocasión de examinar, el reclamante de la indemnización, que fue absuelto por la acreditada no participación en el hecho delictivo, durante

muchos años ha venido atravesando un calvario hasta llegar al Tribunal Supremo, confiado en la reiterada, unánime, monolítica, doctrina jurisprudencial según la cual eran acreedores de tal indemnización a cargo del Estado. Y, repentinamente, quedan sorprendidos por ese cambio de criterio del Tribunal Supremo y contemplan cómo su esfuerzo, su tiempo, y su dinero, se ven abocados a un fracaso que en absoluto esperaban; porque cuando iniciaron tal vía crucis tenían un horizonte claro. Es el caso mediático de Dolores Vázquez, por ejemplo, pero también de otros muchos anónimos.

Bien se podría haber establecido –cosa que no se ha hecho–, que la nueva interpretación jurisprudencial comenzara a aplicarse a los casos en los que la solicitud de reclamación tuviera lugar tras la nueva interpretación jurisprudencial (23 de noviembre de 2010). Pero no ha sido así; sino que se ha denegado la reclamación aplicando el nuevo criterio a unas situaciones en las que el demandante ejerció la acción de responsabilidad patrimonial apoyado por una Jurisprudencia unánimemente favorable a su pretensión. El TS ha realizado así una aplicación retroactiva de una interpretación desfavorable de su propia jurisprudencia. Es verdad que la prohibición de la retroactividad de la norma penal desfavorable se predica sólo de la ley, por lo que un cambio de interpretación jurisprudencial, por muy desfavorable que pueda resultar para el penado, al no producirse en virtud de un cambio legislativo, no afecta a esa prohibición. Pero no creo que esto suponga un obstáculo a lo que vengo manteniendo. Véase, si no, lo que está ocurriendo en casos como los Del Río Prada, y tantos otros tan sangrantes que se vienen produciendo, debidos a una aplicación retroactiva de doctrina jurisprudencial (no legislativa).

La segunda consideración que quiero hacer está en íntima conexión con la anterior: El Tribunal Supremo dice expresamente que la no concesión de la indemnización solicitada por la vía del art. 294 no empece a que el que ha sufrido prisión preventiva y no encuentra acogida en el estrecho cauce de esta vía, pueda acudir a las genéricas de error judicial o de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Es decir, parece querer aliviar su conciencia creando la esperanza en el justiciable de poder acudir a esas “vías generales”. Esta advertencia podrá ser útil en los casos en los que se inicie el proceso indemnizatorio tras la STS de 23 de noviembre de 2010, porque el justiciable ya conoce el nuevo criterio. Pero en absoluto en los casos iniciados con varios (a veces, muchos) años de anterioridad que, de repente, se ven sorprendidos por ese nuevo criterio jurisprudencial. Porque, aun suponiendo que tuvieran ganas y medios para iniciar un nuevo proceso indemnizatorio, acudir a la vía del error judicial ya no será posible: el plazo de caducidad de tres meses desde que se dictó la resolución que se reputa

errónea (el Auto de prisión preventiva) impediría *ab initio* tal reclamación. Pero es que, además, la reclamación de indemnización por la vía del error sería muy difícil –si no imposible– si tenemos en cuenta el concepto de error indemnizable que expusimos en su momento: resolución judicial absurda, palmariamente equivocada, esperpéntica.

Descartada la vía del error judicial, aún queda la posibilidad de invocar el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuyo plazo de interposición de la acción indemnizatoria de un año, lo es de prescripción, y por tanto podría entenderse interrumpido por el procedimiento incoado. Pero ¿qué “anormal funcionamiento” podría invocarse aquí, cuando la prisión provisional se adoptó concurriendo los requisitos legales establecidos?. Además de que, como también he dicho con anterioridad, el anormal funcionamiento ha de provenir no de una resolución judicial (porque, entonces, habría que reclamar por error judicial), sino de una actuación (o un conjunto de actuaciones) de los sujetos integrantes de la Administración de Justicia, distintos del Juzgador.

Se mire como se mire, el cambio jurisprudencial operado indudablemente “*in peius*”, nos deja una sensación amarga: la indemnización será prácticamente imposible. De hecho, en estos tres años transcurridos desde aquel cambio de criterio, no tengo conocimiento de que el Tribunal Supremo (que ha dictado ya más de veinte sentencias al respecto) haya concedido una sola indemnización por esta vía.

En segundo lugar, la amargura se torna en auténtica sensación de denegación de justicia para todos aquellos presos preventivos declarados inocentes por la acreditada falta de participación en los hechos, que solicitaron una indemnización reparadora a cargo del Estado confiados en la interpretación que de la norma venía haciendo el TS.

Como recientemente ha dicho el Profesor Rodríguez Ramos, en la situación actual es mejor hablar de “irresponsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia”.

VII.- MESA REDONDA SOBRE ARRENDAMIENTOS TURÍSTICOS.

El día 18 de Noviembre de 2013, y en una sala de actos del Ilustre Colegio de Abogados abarrotada de público, tuvo lugar la mesa redonda dedicada al candente tema de los arrendamientos turísticos. Las dudas que había suscitado la entrada en vigor de la ley estatal 4/2013, al incorporar, entre las exclusiones de la Ley de Arrendamientos Urbanos, una nueva referida a los arrendamientos turísticos, suscitaba la duda de si los tradicionales arrendamientos de temporada de la LAU quedaban sometidos a las previsiones de la Ley 8/2012 de 19 de Julio del Turismo de las Illes Balears.

La primera de las ponencias –cuyo texto se inserta a continuación– la dictó el profesor titular de Derecho mercantil de la UIB Anselmo Martínez Cañellas, que, entre otros aspectos, deslindó las dos figuras contractuales del arrendamiento de temporada de la LAU y el arrendamiento turístico, señalando que estos últimos son, en realidad, contratos de alojamiento, que tienen la naturaleza de contratos mixtos, ya que yuxtaponen la cesión de uso de un bien inmueble junto con un contrato de arrendamiento de servicios. Destacando, en este punto, que la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma se circunscribe, tan solo, a la promoción y ordenación del turismo, de acuerdo con lo cual el contenido jurídico privado de los contratos de cesión de uso de los bienes inmuebles sólo puede

ser regulado por el Estado, como ha sucedido con el contrato de alojamiento, regulado por el Código civil, y el contrato de arrendamiento de temporada, regulado por la LAU.

La segunda ponencia –inserta en el número 2 de este apartado– estuvo a cargo del Abogado experto en Derecho inmobiliario Bernardo Feliu, quien fue durante muchos años el asesor jurídico de la Cámara de la Propiedad Urbana. En su ponencia parte de la base de que la ley 8/2012 de 19 de Julio del Turismo de las Illes Balears atrae bajo su ámbito aquellos arrendamientos o cesiones temporales del uso de inmuebles que cumplan los requisitos exigidos por dicha ley autonómica, por lo que, en caso de no darse los mismos, se está ante el arrendamiento de temporada de la LAU, estableciendo a continuación las numerosas y marcadas diferencias entre una y otra figuras contractuales. Siendo una de ellas la diferente postura ante las mismas de la Comunidad de Propietarios de cada inmueble, pues no puede prohibir los arrendamientos de temporada –salvo disposición expresa en los estatutos– pero sí puede oponerse a la comercialización de los pisos a estancias turísticas según la normativa sectorial.

El alud de preguntas que siguió a la exposición de los ponentes fue buena muestra del éxito de la mesa redonda.

**VII.1- LA CESIÓN DEL USO
DE LA VIVIENDA A NO RESIDENTES:
CONTRATO DE ALOJAMIENTO (DE ESTANCIAS
TURÍSTICAS) EN VIVIENDAS Y EL CONTRATO
DE ARRENDAMIENTO DE TEMPORADA,
CONFORME A LA LEY DEL TURISMO
DE LAS ISLAS BALEARES TRAS LA REFORMA
DE LA LEY DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.**

Anselmo Martínez Cañellas

1. Introducción.

En primer lugar, quisiera agradecer a la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares su invitación a impartir la presente conferencia. En concreto, quisiera agradecer a Miguel Massot su excelente presentación del tema y de los ponente, así como a Pedro Aguiló y, muy especialmente, a la Dra. Pilar Ferrer, por haberme propuesto para impartirla.

En principio, mi participación en la presente jornada debía consistir en encuadrar la ponencia del compañero Bernardo Feliu Amengual, destacando los contratos turísticos más relevantes en la práctica y su régimen, estuvieran regulados o no en la Ley Turística de las Islas Baleares (en adelante, LTIB).

No obstante, la reforma legislativa de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU) operada en julio de 2013 modificó estos planes, para centrar la ponencia concretamente en la modalidad de estancias turísticas en viviendas contenida en los artículos 49 y siguientes LTIB. Y ello, por la ardua labor inspectora iniciada por la Conselleria de Turismo del Govern Balear a

principios de verano de 2013, y a la inquietud generada por la dificultad interpretativa de la normativa aplicable a modalidades contractuales que se venían dando hasta dicho momento.

Y ello, para que ambos ponentes pudiéramos ofrecer alguna luz a la oscuridad e inseguridad normativa que ambas normas han generado, desde dos puntos de vista diversos y complementarios: uno más teórico, el del profesor universitario, y otro más práctico, el del abogado ejerciente.

Así pues, he modificado el título del artículo en el que reproduzco la conferencia, que ya no será “Arrendamientos urbanos: de la Ley estatal 4/2013 a la Ley Balear 8/2012”, ni “Regulación del alojamiento en la Ley 8/2012 y modalidades de contratación”, sino que pasa a ser “La cesión del uso de la vivienda a no residentes: contrato de alojamiento (de estancias turísticas) en viviendas y el contrato de arrendamiento de temporada conforme a la LTIB tras la reforma de la LAU”, pues ese será el específico problema que pretendemos analizar.

En la presente ponencia comenzaré por concretar el problema y su relevancia práctica, para después analizar el reparto de competencias entre el Estado y la Comunidad Autónoma, cuestión relevante para concretar la capacidad normativa de la Comunidad Autónoma sobre la materia. Seguidamente, analizaré la naturaleza de los contratos de alojamiento u hospedaje y los contratos de arrendamiento de temporada, lo que será clave para determinar la naturaleza de los contratos de estancias turísticas en viviendas regulados en la LTIB y sujetos a su régimen, y diferenciarlos de los contratos de temporada. El análisis de los contratos de estancias turísticas en viviendas lo centraré en algunos problemas que plantean las limitaciones establecidas en la LTIB. Finalmente, analizaré los criterios que suelen usarse por los inspectores de turismo, conforme a lo que se observa de la jurisprudencia sobre la materia, para concluir que el criterio de diferenciación entre arrendamientos de temporada y alojamientos turísticos en viviendas reside en la prestación de servicios que este último lleva aparejada.

2. La determinación del problema y su relevancia práctica.

La práctica de “poner en alquiler” la vivienda o, en especial, la segunda residencia, a favor de no residentes,¹ es una práctica muy extendida en Baleares, y creciente en estos momentos de crisis. Esta cesión del uso de un

1.- Entendemos por no residentes a toda persona que no esté en su entorno habitual (artículo 3 LTIB), es decir, que no resida en la zona en la que se halla la vivienda. Es, por tanto, un concepto aplicable a residentes en una parte de la isla distante de su residencia habitual, en otra isla de las Baleares, en el resto de España o en el extranjero.

inmueble a un no residente no suele comercializarse como parte de un paquete turístico, sino que el propietario suele comercializar la estancia en el inmueble a través de internet, o, en menor medida, gracias a contactos o estancias previas.² El no residente será quien contrate los viajes de acceso a la vivienda, por su cuenta. Las estancias no suelen formalizarse por escrito en un contrato, aunque sí existe documentación escrita que determine el contenido del contrato o permita interpretarlo (la publicidad en internet o los intercambios de correos electrónicos), por lo que los contratos que las regulan suelen ser verbales. El precio suele pagarse en el momento en que el no residente accede al uso. El plazo suele pactarse por periodos más o menos breves, normalmente semanales. Durante la estancia pueden o no incluirse servicios como la limpieza (lo que, como veremos, será relevante en el régimen jurídico aplicable).

Al tratarse de estancias no encuadrables en la oferta turística regulada, pues los cedentes del inmueble no suelen ser empresarios hoteleros, ni las características del inmueble son las propias del sector hotelero, los economistas han calificado este tipo de contratos de cesión de uso de inmueble a un no residente como oferta turística no regulada. En realidad, en sus cálculos incluyen no solo este tipo de cesiones, sino también las cesiones en precario e incluso las segundas residencias, aunque sea el mismo propietario quien las ocupe. Con estos cálculos, la oferta turística no regulada en Baleares, es prácticamente idéntica, en pernoctaciones, a la oferta turística regulada, y, si consideramos España, mucho mayor que la oferta regulada.³

Las empresas hoteleras han calificado de competencia desleal este tipo de cesiones de uso,⁴ pues entienden que eluden las normas que a ellas les

2.- Obviamente, no incluimos en estos supuestos la cesión de uso a amigos o familiares sin contraprestación pecuniaria. En estos casos se trata de una cesión a precario, no regulada por la LAU ni por la LTIB y, en consecuencia, permitida como una de las facultades contenidas en el ejercicio del derecho de propiedad.

Otras posibilidades de que un no residente pueda realizar una estancia en Baleares, que no trataremos en el presente escrito, además del precario, el arrendamiento o el hospedaje son:

- El aprovechamiento por turnos (artículo 34 LTIB que se remite al Real Decreto Ley 8/2012, de 16 de marzo) y

- Los establecimientos de alojamiento turístico coparticipados o compartidos (previstos en el artículo 35 LTIB y en las normas estatales Ley de Propiedad Horizontal o Código Civil (sin perjuicio de las normas específicas catalanas).

3.- El número de pernoctaciones en oferta regulada (hoteleras y extrahoteleras) fue en Baleares, en 2012, un total de 64.271.329. Las realizadas en oferta no regulada fueron de 64.067.209. En España, el número de pernoctaciones no regulada, 800.289.806, supera con creces la de la oferta regulada, 389.607.089 pernoctaciones. LA CAIXA. *Anuario Económico de España 2013*

4.- No es objeto de esta ponencia discutir si es o no es competencia desleal, pero para realizar tal afirmación debería considerarse si el mercado de referencia es el mismo, cosa .../

impone la LTIB, pues ofrecen el uso de un inmueble y se dirigen a la persona no residente, que viene temporalmente a las islas a realizar una estancia que, según la amplia definición del artículo 3 a) LTIB,⁵ se debe calificar como turística. Es más, alegan que el usuario de estos inmuebles se ve desprotegido, pues, dado que no puede encuadrarse en la oferta turística, por lo que los usuarios del inmueble no pueden calificarse como turistas, sino como inquilinos, y en consecuencia alegan que no pueden aplicarse a este tipo de usos las normas de protección de los consumidores.⁶

Las empresas hoteleras tienen parte de razón. Hay empresas de comercialización de estancias turísticas que, no pudiendo cumplir con las medidas de ordenación turística contenidas en la LTIB y normativa complementaria (por ejemplo, por no haber obtenido la autorización para explotar plazas hoteleras, conforme al régimen de la LTIB contenido en el actual artículo 88 LTIB),⁷ explotan turísticamente dichos inmuebles de manera ilegal. Oferta ilegal que, conforme a la LTIB y a la normativa de otras Comunidades Autónomas, no puede regularizarse (manteniendo así la posición de los hoteleros y de la oferta reglada en general, que podrán enajenar o no la plaza a quien pretenda regularizar su situación o iniciar una actividad hotelera). Oferta ilegal que, como tal, sí debe ser objeto de sanción.

Ahora bien, si bien el legislador autonómico, y antes que él, el legislador nacional, han considerado que la explotación turística de los inmuebles

/... discutible, pues prima facie, parece un mercado diferente, tanto en nivel de precios, como en tipo de producto, como en periodos de apertura (los hoteles en Baleares suelen ser de temporada estival, y además cubren todo su aforo durante la misma, las cesiones de uso de vivienda a no residente se realizan durante todo el año). Además, los hoteles, apartamentos turísticos, agroturismos, etc. ofrecen servicios, mientras que estas cesiones de uso a no residentes no suelen ofrecer dichos servicios, por lo que los usuarios suelen realizar mayor gasto en oferta complementaria (restauración, alimentación, etc.), lo que no los hoteles suelen no favorecer (en especial si adoptan el modelo de “todo incluido”).

5.- Artículo 3 a) LTIB. *“Turismo: las actividades que realizan las personas durante sus viajes y estancias en lugares distintos a los de su entorno habitual, cualquiera que sea su finalidad y por periodos temporales determinados. Incluye la combinación de actividades, servicios e industrias que completan la experiencia turística, tales como transporte, alojamiento, establecimientos de restauración, tiendas, espectáculos, oferta de entretenimiento, ocio y recreo y otras instalaciones para actividades diversas”.*

6.- En realidad esta afirmación debe matizarse, pues la aplicación de las normas de defensa de los consumidores no depende de si estos son calificados como turistas o no, sino del carácter empresarial o no del arrendador.

7.- Artículo 88 LTIB: *“1. La eficacia de una declaración responsable de inicio de actividad turística o de la comunicación previa referida a un establecimiento de alojamiento turístico y la inscripción en el registro insular de empresas, actividades y establecimientos turísticos correspondiente, así como la ampliación de plazas y su inscripción, está condicionada a la baja definitiva de un establecimiento de alojamiento turístico que no se encuentre en situación de baja temporal a la entrada en vigor de la presente ley, de conformidad a lo previsto en esta sección”.*

debe regularse, el legislador estatal, permite que la cesión del uso de los inmuebles pueda realizarse por periodos inferiores a un año, mediante los contratos de temporada. La cuestión que se plantea es ¿cabe un contrato de arrendamiento por temporada con finalidad vacacional que no tenga carácter turístico desde el punto de vista de la autoridad turística?

En el presente escrito aclararemos que sí cabe, basándonos en que los contratos regulados por la normativa turística no son propiamente contratos de arrendamiento, sino que son contratos de alojamiento, residiendo la diferencia entre ambos contratos en que los contratos de alojamiento son contratos mixtos de cesión de uso de un bien junto con un contrato de arrendamiento de servicios (los servicios propiamente turísticos). En consecuencia, los contratos de arrendamiento de temporada no están regulados por la normativa turística, sino por la normativa de arrendamientos urbanos.

En este sentido, cuando la LTIB regula la figura de las empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas exigiendo que cumplan ciertos requisitos (artículo 49 a 52 LTIB), lo que hace es permitir la cesión de uso de bienes inmuebles en viviendas unifamiliares o pareadas o análogas, con uso residencial (no turístico), y con prestación de servicios (es decir, mediante un contrato de alojamiento), no impidiendo el arrendamiento de temporada sin servicios turísticos en cualquier tipo de inmueble de uso residencial. Por otra parte, no impide que las viviendas turísticas de vacaciones, las viviendas objeto de comercialización de estancias turísticas y cualquier otro tipo de alojamiento establecido legalmente y existente en el momento de la entrada en vigor de la LTIB, puedan mantener su categoría o convertirse en otras empresas de alojamiento turístico siempre que reúnan los requisitos exigidos en la misma y en la normativa que les sea de aplicación para adquirir dicha condición, debiendo superar los planes de modernización (Disposición Adicional Octava LTIB).

3. Las competencias reguladoras en materia contractual y en materia de ordenación del turismo.

Como hemos mencionado antes, tanto el Estado como las Comunidades Autónomas tienen competencias normativas de Derecho privado y de Derecho público en cuestiones que afectan a los contratos sobre cesión de uso de inmuebles.

3.1.- Competencias en materia de ordenación del turismo.

El artículo 148.1.18^a de la Constitución Española (en adelante CE), establece que la competencia en materia de promoción y ordenación del turismo corresponde a las Comunidades Autónomas en su ámbito territorial.

Ello siempre que en sus Estatutos respectivos hayan asumido tales competencias.

La Comunidad Autónoma de las Islas Baleares tiene asumidas tales competencias en los artículos 24 y 30 de su Estatuto (sin perjuicio que el artículo 70 del Estatuto determine que la competencia en ordenación turística sea de los Consells Insulars). Esta competencia se asumió por la Ley 2/1999 Turística y su modificación. La Ley 8/2012, de 19 de julio, del Turismo de las Islas Baleares.

La prevalencia de la normativa autonómica en esta materia no impide la aplicación de la normativa estatal con carácter supletorio (Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo), como ha ocurrido con la aplicación de la normativa reglamentaria estatal como normativa aplicable en defecto de reglamentos autonómicos (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo n.º 3, n.º 149/2010, de 1 de junio). Actualmente dicha normativa reglamentaria estatal fue derogada por el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero.

3.2.- Competencias en materia contractual.

Son competencias estatales las referidas a la legislación mercantil (artículo 149.1.6 CE), y civil (artículo 149.1.8 CE).⁸

El contenido jurídico privado de los contratos de cesión de uso del inmueble solo puede ser regulado por el Estado. Concretamente, el Código Civil regula algunos aspectos del contrato de alojamiento; y la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU), regula el contrato de arrendamiento de temporada.

La LAU regula en sus artículos 3.1,⁹ 3.2,¹⁰ y 4 (puntos 1 y 3),¹¹ los arrendamientos que, recayendo sobre una edificación no tengan como destino primordial satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario,

8.- La competencia en materia civil puede ser conservada, modificada o desarrollada en las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial en las materias que ya habían regulado a la entrada en vigor de la CE. Con base en este artículo, Cataluña ha regulado su propia normativa en materia de arrendamientos urbanos.

9.- Artículo 3.1: “*Se considera arrendamiento para uso distinto del de vivienda aquel arrendamiento que, recayendo sobre una edificación, tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior*”.

10.- Artículo 3.2: “*En especial, tendrán esta consideración los arrendamientos de fincas urbanas celebrados por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra, y los celebrados para ejercerse en la finca una actividad industrial, comercial, artesanal, profesional, recreativa, asistencial, cultural o docente, cualesquiera que sean las personas que los celebren*”.

entre los que se incluyen los arrendamientos de segunda residencia y de temporada, entre los que se incluyen los vacacionales.

3.3.- Los problemas derivados de la reforma de la LAU.

La reforma de la LAU realizada por la Ley 4/2013, añadió un punto al artículo 5 LAU, que establece: “*e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial*”. Su intención, según la Exposición de Motivos de la Ley 4/2013, es evitar que el uso del alojamiento privado para el turismo, “*dé cobertura a situaciones de intrusismo y competencia desleal, que van en contra de la calidad de los destinos turísticos*”; de ahí que la reforma de la Ley propone excluirlos específicamente “*para que queden regulados por la normativa sectorial específica*”, que entiende, según se deduce de la discusión parlamentaria, la normativa autonómica sobre ordenación turística. Si la normativa sectorial no existe, “*se le aplicará el régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación*”.

Esta interpretación no es factible por inconstitucional. Las Comunidades Autónomas (a excepción de Cataluña) no tienen competencias en materia de regulación civil de los contratos de alojamiento o de arrendamiento. No pueden regular el contenido de las relaciones *inter privados*, aunque sí las de carácter administrativo o las de protección a los consumidores (que no sean jurídico privadas).¹² Si lo que pretendía la Ley 4/2013 era que las Comunidades Autónomas pudieran regular el contenido jurídico privado de

11.- Artículo 4.1: “*Los arrendamientos regulados en la presente Ley se someterán de forma imperativa a lo dispuesto en los títulos I y IV de la misma y a lo dispuesto en los apartados siguientes de este artículo*”.

Artículo 4.3: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 1, los arrendamientos para uso distinto del de vivienda se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III de la presente ley y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil*”.

12.- STC n° 124/2003, de 19 junio. RTC\2003\124 entre otras, delimita claramente el ámbito competencial entre el Estado y las Comunidades autónomas en materia de comercio minorista, con criterios aplicables a la cuestión que nos ocupa.

Una aplicación práctica de la deficiente regulación de la LTIB en algunos aspectos es el artículo 20 que regula la sobrecontratación, afirmando que “*1. Las empresas titulares de establecimientos de alojamiento turístico no podrán contratar plazas que no puedan atender en las condiciones pactadas*.” Esta formulación, sin embargo, no debe interpretarse en el sentido jurídico privado de generar la nulidad del contrato, sobre lo que la CAIB no tiene competencia, sino que debe interpretarse en el sentido de que, en dichos supuestos, dado que además está tipificada la sobrecontratación como sanción grave se podrá imponer una sanción. .../

los contratos de alojamiento o de arrendamiento, permitiéndoles, por ejemplo, prohibir ciertas modalidades contractuales, debería haberlo hecho mediante una disposición con rango de Ley Orgánica, que no es el caso. Al no ser así, es inconstitucional la normativa sectorial autonómica que prohíba o limite la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa.

Con todo, ello no impide que la Comunidad Autónoma pueda regular condiciones en que este tipo de cesiones se consideren oferta ilegal e imponer sanciones administrativas a este tipo de contratos. Y así, la LTIB define la oferta ilegal y clandestina,¹³ que se sanciona como infracción grave,¹⁴ o muy grave.¹⁵, con multas superiores a 4.000 € e incluso la clausura del inmueble (artículo 109 LTIB).

/... Los puntos 2 y 3 del mismo artículo, deben interpretarse en el mismo sentido: no regulan relaciones entre particulares, sino que describen actos que si no se realizan permitirán a la administración turística imponer una sanción: “2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, las personas titulares de los establecimientos de alojamiento que hayan incurrido en sobrecontratación estarán obligadas a proporcionar alojamiento a las personas usuarias afectadas en un establecimiento de la misma zona, de categoría igual o superior, y en condiciones similares a las pactadas. 3. Los gastos de desplazamiento hasta el establecimiento de alojamiento definitivo, la diferencia de precio si la hubiere y cualquier otro gasto originado por la sobrecontratación que no sea imputable a la actuación del usuario de los servicios turísticos hasta que no esté definitivamente alojado, serán sufragados por el titular del establecimiento sobrecontratado, sin perjuicio que éste pueda repercutir los gastos mencionados contra la empresa causante de la sobrecontratación”. Obviamente, ello no es óbice a que el particular afectado pueda reclamar dicha recolocación y restitución de los gastos por vía jurídica privada, que se sumará a la sanción pública. Y ello, porque son cláusulas que suelen incluirse en los contratos de contingente o que se consideran usos de comercio integrados en el contrato.

13.- Artículo 28. Actividad clandestina y oferta ilegal

1. La publicidad por cualquier medio de difusión o la realización efectiva de una actividad turística sin haber presentado la declaración responsable de inicio de actividad tendrá la consideración de oferta ilegal o actividad clandestina e implicará la incoación del correspondiente expediente sancionador con sujeción a lo dispuesto en la presente ley.

2. Se prohíbe la utilización de denominaciones de cualquier actividad turística que puedan inducir a error sobre la clasificación, las categorías o las características de la actividad.

Se prohíbe que los alojamientos no inscritos en los registros de empresas, actividades y establecimientos turísticos utilicen las denominaciones ‘vacacional’, ‘turística’ o similares.

3. Se consideran oferta y actividad ilegal la publicidad o la comercialización de estancias turísticas en viviendas, de las previstas en esta ley, no inscritas y que no cumplan los requisitos que se establecen en el capítulo IV del título III de esta ley.

4. La actividad clandestina, la oferta ilegal, el intrusismo y la competencia desleal serán objeto de control, seguimiento y plan de acción, y se les aplicará, en la medida de las posibilidades de las administraciones afectadas, el artículo 9 de la presente ley. .../

3.4.- La presunción del artículos 50. 1 y 2 LTIB.

En cualquier caso, la LTIB no prohíbe este tipo de cesiones. Según el artículo 50 LTIB: “1. *Se podrán comercializar estancias turísticas de corta duración en viviendas unifamiliares siempre que se lleve a efecto por su propietario o por medio de operadores o cualquiera de los canales de comercialización turística y siempre que se ofrezca con los servicios turísticos a que se refiere el artículo siguiente.* 2. *Sin perjuicio del apartado anterior, se entenderá que hay comercialización de estancias turísticas en viviendas cuando no se puede acreditar, de acuerdo con la normativa aplicable, que la contratación efectuada sea conforme a la legislación sobre arrendamientos urbanos, rústicos u otra ley especial*”.

Obsérvese que la LTIB señala que la comercialización de estancias turísticas en viviendas de carácter residencial debe llevar aparejada la prestación de unos servicios (los del artículo 51 LTIB) que son los propios de las estancias turísticas. Afirma que si se puede acreditar que el contrato de cesión temporal se ajusta a la legislación sobre arrendamientos, no se aplicará el régimen de ordenación de la LTIB. Como hemos visto, el arrendamiento de temporada se regula en la LAU, y no está excluida de esta aplicación por ninguna normativa sectorial, por lo que no quedará sujeto a la LTIB, ni a su régimen de infracciones y sanciones. Sin embargo, el contrato de hospedaje o alojamiento no se regula en la normativa de arrendamientos urbanos, ni rústicos, ni en ninguna otra ley especial, sino en el Código Civil y solo en algunos aspectos puntuales, y, sobre todo, se regula administrativamente en las normas de ordenación turística, como la LTIB. Resolver la cuestión de la naturaleza del contrato es esencial para resolver si la LTIB es aplicable o no al contrato de cesión de uso que se concierte.

4. Diferencias entre el contrato de alojamiento y del arrendamiento de temporada.

Seguidamente, analizaré el régimen de los contratos de alojamiento u hospedaje y los contratos de arrendamiento de temporada, para poder determinar la naturaleza de los contratos que normalmente se emplean en

/... 14.- Artículo 105 e): “*La oferta o la comercialización de estancias turísticas en viviendas que no cumplan los requisitos o las condiciones establecidas en el capítulo IV del título III de esta ley y en su normativa de desarrollo.* f) *Permitir en una vivienda de su propiedad que no se cumplan los requisitos o las condiciones establecidos en el capítulo IV del título III de esta ley y en la normativa de desarrollo de la oferta o la comercialización de estancias turísticas*”.

15.- Artículo 106 b): “*La realización de la actividad turística sin haber presentado la correspondiente declaración responsable de inicio de actividad turística o la comunicación previa*”.

la cesión del uso de la vivienda a no residentes. Esta calificación contractual será decisiva en la determinación de la norma aplicable, pues de tratarse de arrendamientos de temporada se les aplicará la normativa arrendaticia, es decir, no cabrá aplicar el régimen de ordenación turística y sancionador de la LTIB, como sí se aplicaría si se tratara de un contrato de alojamiento.¹⁶

4.1.- El contrato de arrendamiento de temporada.

4.1.1.- Concepto.

El contrato de arrendamiento de temporada se regula en el artículo 3.2 LAU y, en él se señala precisamente como una cesión de uso del inmueble para uso distinto de la vivienda el arrendamiento por temporada “de verano, o cualquier otra”, lo que permite arrendamiento por temporada inferior (o superior, siempre que no sea superior a un año, ya que entonces pasa a ser de vivienda). Ese arrendamiento puede tener finalidad empresarial y es indiferente que las personas que lo celebren sean personas físicas, jurídicas, empresarios o no.

4.1.2.- Los requisitos imperativos: libertad de forma y fianza.

Según el artículo 4 LAU, son normas aplicables imperativamente a los arrendamientos de temporada las de los títulos I y IV LAU, es decir, según el artículo 36 LAU, exige que en el arrendamiento de temporada se preste por el arrendatario una fianza de 2 meses y según el artículo 37 LAU, permite que este tipo de arrendamientos sean escritos u orales (en cuyo caso, cualquiera de las partes pueden compelerse a formalizarlo por escrito).

La libertad de forma permite alegar frente a la administración turística que existe un contrato oral de arrendamiento de temporada. En dicho caso, y para evitar la aplicación de la LTIB, es la administración turística quien tiene la carga de la prueba de que no se trata de dicho contrato, sino de uno

16.- El contrato de alojamiento u hospedaje, suele aparejar además otros contratos previos:

- El contrato de contingente hotelero (reconocido como tal por Sentencias del Tribunal Supremo nº 76 / 1982, de 27 de febrero, nº 613 / 1986, de 23 de octubre, nº 223 / 1988, de 21 de marzo, nº 1.127 / 1992, de 3 de diciembre, nº 324 / 1993, de 2 de abril, nº / 1993, de 21 de mayo, nº 937 / 1993, de 18 de octubre, nº 698/1999, de 1 de septiembre de 1999.

- El contrato de reserva de hospedaje (reconocido como tal en las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1965 y de 27 de febrero de 1982, y en normas estatales ya derogadas como el artículo 17 Decreto 231/1965, 14 de enero, del Estatuto ordenador de las empresas y actividades turísticas privadas, y la Orden Ministerial de 15 de septiembre de 1978, sobre régimen de precios y reservas. (Máximo 1 día precio habitación cada 10 o fracción) y con anulación con 7 días de antelación).

de alojamiento turístico, probando, por ejemplo, que se prestan servicios turísticos, o bien, como veremos después, probando que se han utilizado vías de comercialización turísticas (artículo 50 LTIB). En este último caso, la inversión de la carga de la prueba obliga al arrendador a probar que el contrato es de arrendamiento de temporada, bien obligando al inquilino que firme un contrato por escrito, bien mediante proponiendo una testifical. La solución del contrato por escrito es la más recomendable. La propuesta de prueba testifical puede ser efectiva si la administración no la admite o si impone la sanción sin siquiera tener en cuenta que se ha propuesto. Pero en caso de admisión por parte de la Administración turística existe un elevado riesgo de que el inquilino no se preste a la misma (pues seguramente, ya habrá vuelto a su residencia habitual).

Por otra parte, la fianza exigida para los contratos de arrendamiento para uso distinto a la vivienda, nos parece una cantidad desproporcionada para los arrendamientos de temporada, y más si la duración del contrato es inferior a los dos meses (la cuantía de la fianza obligatoria). Exigirla supondría la imposibilidad práctica de los arrendamientos de temporada, pues impondría al arrendatario adelantar una cuantía desproporcionada sobre el importe total del contrato. Por ello, los arrendatarios no la exigen.

En principio, esta falta de exigencia no debería tener mayor problema, pues la sanción de no prestarse la fianza será la resolución a instancia del arrendador, lo que en el contrato de arrendamiento de temporada inferior a los dos meses será difícil que ocurra, dada la brevedad de los mismos.

Ahora bien, el arrendador no es el único interesado, pues la Disposición Adicional Tercera de la LAU señala que las Comunidades Autónomas podrán establecer la obligación de que los arrendadores de finca urbana depositen el importe de la fianza, sin devengo de interés, a disposición de la Administración autonómica o del ente público que se designe hasta la extinción del correspondiente contrato. Y ello lo puede hacer la CAIB con la finalidad de destinar temporalmente dichas cantidades a obtener ingresos financieros que permitan desarrollar una política pública de vivienda.¹⁷ Con todo, aunque la LAU es clara, podría alegarse ante los tribunales que, conforme al artículo 3 CC, una interpretación histórica de la norma (pues antes de la reforma de 2013 no era exigible tal fianza), y una interpretación de la norma conforme a la realidad social (que vemos que es la no exigibilidad, y mucho menos de dos meses, pues está pensada para supuestos en los que

17.- La CAIB impone esta obligación de depósito a favor del Instituto Balear de la Vivienda en el Decreto 109/1990, por lo que si esta no se realiza, podría imponer la sanción que se prevé en dicha normativa. Si bien, ello no sería competencia de la Conselleria de Turismo, sino del Instituto Balear de la Vivienda, ni podría integrarse en el mismo expediente sancionador.

los arrendatarios vayan a destinar la finca a usos industriales o comerciales, y no para usos residenciales, pues sería ilógico que se exigiera una fianza de un mes para contratos de tres años, y una de dos meses para contratos de una semana). En todo caso, *lege ferenda*, y para cumplir con la finalidad social de la fianza, parece que lo razonable es la modificación de la norma estatal solo exija una fianza proporcional al plazo de duración del arrendamiento de temporada, ya que la norma autonómica no puede variar la norma estatal y solo puede regular la institución que debe recibirla, el procedimiento y plazos para el depósito de las fianzas, y las sanciones administrativas en caso de incumplimiento de dicha obligación de depósito.

4.1.3.- Normas de la LAU sobre arrendamiento para uso distinto a la vivienda aplicables al arrendamiento de temporada.

Sin perjuicio de ello, los arrendamientos de temporada se rigen por la voluntad de las partes, en su defecto, por lo dispuesto en el título III LAU y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

En consecuencia, salvo que se excluya expresa y específicamente para cada derecho en el contrato:

- En caso de venta del inmueble, el adquirente quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador (artículo 29 LAU).¹⁸

- El arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario (artículos 30 y 21 LAU).¹⁹ En cualquier caso, no será lo habitual en el

18.- Salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria (artículos 29 LAU), lo que no ocurrirá normalmente en los contratos de arrendamiento de temporada.

19.- Artículo 21: “*Cuando la ejecución de una obra de conservación no pueda razonablemente diferirse hasta la conclusión del arrendamiento, el arrendatario estará obligado a soportarla, aunque le sea muy molesta o durante ella se vea privado de una parte de la vivienda*”. Lo normal es que las obras de reparación o conservación se realicen fuera de temporada.

“*Si la obra durase más de veinte días, habrá de disminuirse la renta en proporción a la parte de la vivienda de la que el arrendatario se vea privado*”. Actualmente, la mayor parte de los arrendamientos de temporada son de duración inferior a un mes, muchas veces de una o dos semanas.

“*El arrendatario debe poner en conocimiento del arrendador, en el plazo más breve posible, la necesidad de las reparaciones. En todo momento, y previa comunicación al arrendador, podrá realizar las que sean urgentes para evitar un daño inminente o una incomodidad grave, y exigir de inmediato su importe al arrendador. Las pequeñas reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la vivienda serán de cargo del arrendatario*” (artículos 30 y 21 LAU).

contrato de arrendamiento de temporada, pues en este tipo de contratos suelen realizarse las obras fuera de temporada. Si las obras tienen que realizarse por imposición de una autoridad competente y hacen la vivienda inhabitable el arrendatario podrá optar entre suspender el contrato o desistir del mismo,²⁰ que es lo más habitual en el arrendamiento de temporada.

- El arrendador podrá resolver el contrato de pleno derecho por falta de pago de la renta o, en su caso, de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario, la falta de pago del importe de la fianza o de su actualización, la realización de daños causados dolosamente en la finca o de obras no consentidas por el arrendador cuando el consentimiento de éste sea necesario, o cuando en la vivienda tengan lugar actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas (artículos 35 y 27 LAU).

4.1.4.- Normas de la LAU sobre arrendamiento para uso distinto a la vivienda no aplicables al arrendamiento de temporada.

Esta remisión al Título III no es predicable de todos sus artículos:

- No existe posibilidad de subarrendamiento o cesión del contrato sobre la finca por parte del arrendatario sin el consentimiento del arrendador (artículo 32 LAU), por estar limitada a casos en los que en la finca arrendada se ejerza una actividad empresarial o profesional.

- No es aplicable la elevación de renta por mejoras (artículos 30 y 19 LAU), en el arrendamiento de temporada, al ser inferior a un año, por estar pensada la norma en arrendamientos para uso distinto de la vivienda que duren más de tres años.

- Tampoco es aplicable el derecho de subrogación de los herederos o legatarios del arrendatario, por aplicarse solo cuando en el local se ejerza una actividad empresarial o profesional (artículo 33 LAU).

- Ni es aplicable la indemnización a favor del arrendatario a cargo del arrendador en caso de extinción por transcurso del término convencional del arrendamiento (prevista en el artículos 34 LAU), tanto por el plazo de cinco años de duración del arrendamiento que exige, como por la naturaleza de la

20.- Artículo 30 LAU que se remite al artículo 26 LAU: “Cuando la ejecución en la vivienda arrendada de obras de conservación o de obras acordadas por una autoridad competente la hagan inhabitable, tendrá el arrendatario la opción de suspender el contrato o de desistir del mismo, sin indemnización alguna. La suspensión del contrato supondrá, hasta la finalización de las obras, la paralización del plazo del contrato y la suspensión de la obligación de pago de la renta”.

actividad que debe desarrollarse en el inmueble, la actividad comercial de venta al público (siendo la del arrendamiento de temporada que tratamos en el presente escrito con finalidad exclusivamente residencial).

4.1.5.- Normas de la LAU sobre arrendamiento para uso distinto a la vivienda de dudosa aplicación al arrendamiento de temporada.

El derecho de adquisición preferente que se concede al arrendatario, en caso de venta de la finca (artículos 31 y 25 LAU), es de discutible aplicación al arrendamiento de temporada, por lo que es conveniente excluirlo expresamente en el contrato de arrendamiento de temporada. Nos parece inadecuado, en primer lugar, porque lo que parece lógico en contratos de arrendamiento de vivienda, o para uso industrial o comercial, no parece adecuado en contratos de temporada que duran algunos meses, semanas, o incluso días. En segundo lugar, porque el plazo de treinta días naturales desde la notificación de la venta al arrendatario, en el que puede ejercerse el derecho de tanteo es notoriamente inadecuado, y más considerando el plazo del derecho de retracto, pues pueden darse varios arrendamientos de temporada durante dicho plazo, lo que plantea la cuestión de cómo solucionar la preferencia entre ellos, o si el ejercicio corresponde a los que pretendan ejercerlo por igual, etc.²¹

4.1.6.- Otras normas aplicables al contrato de arrendamiento de temporada.

Como contrato de arrendamiento, al arrendamiento de temporada, se le aplican reglas diferentes a las de los contratos de alojamiento, como la prescripción de las rentas a los cinco años, a diferencia del plazo de prescripción del precio del alojamiento, que es de tres años (artículo 1967.4 CC).

Si el arrendatario de temporada no abandona el inmueble voluntariamente finalizado el contrato, o si lo ocupa sin pagar, es necesario un juicio de desahucio para expulsarlo.

Si el arrendamiento de temporada es de una finca en un edificio constituido en propiedad horizontal, la cláusula de los estatutos de la comunidad que prohíban el uso turístico, no pueden serles de aplicación, pues el arrendamiento de temporada se considera uso residencial, aunque sea

21.- El problema no es baladí, pues si se quiere inscribir en el Registro de la Propiedad la transmisión de la propiedad del inmueble deberá justificarse que han tenido lugar las notificaciones a los arrendatarios con los términos de la compraventa (artículo 25.5 LAU).

Para conseguir la inscripción, el arrendador-vendedor podrá declarar en la escritura pública que la venta no se ha arrendado, so pena de falsedad en documento público.

por temporadas cortas (de días o semanas). Ello no impide que si se realizan actividades molestas, lo que es probable, por el trajín que se derive del frecuente cambio de usuarios, o del excesivo uso de los elementos comunes, como la piscina, cualquier vecino de la comunidad o la comunidad misma pueda ejercer una acción judicial de cese en el uso de la vivienda (por un periodo de hasta tres años), pueden ser actividades molestas que priven del uso.

Al articularse por vía de la LAU, por ser cesión del inmueble con finalidad residencial (aunque sea temporal), la normativa de ordenación del turismo lo entiende exento del cumplimiento de los requisitos propios de los contratos de alojamiento turístico, como el cumplimiento de los principios de uso exclusivo (artículo 32), (que no es compatible con el residencial, aunque con excepciones), y de unidad de explotación (artículo 33). No tiene obligación de presentar la declaración responsable (artículo 23 LTIB), ni comunicación previa (artículo 24 LTIB). No se sujeta al estricto régimen de bajas y altas (Capítulo IV), registro (artículo 27), ni está obligado a cumplir planes de mejora (Capítulo III), ni está sujeto a calificación de calidad pública, ni adoptar las estrictas normas preventivas de seguridad de los alojamientos turísticos (como las de prevención de incendios). En consecuencia, la autoridad administrativa no puede imponerles las sanciones derivadas de las normas de ordenación turística, pues no les son aplicables.

Tampoco necesitan cumplir las normas de protección del consumidor ni del turista, en el caso de que no sean empresarios.

En el arrendamiento de temporada, no existe responsabilidad del arrendador en caso de que los inquilinos tengan un accidente en el inmueble. Por ello, el arrendador de temporada no tiene obligación de contratar un seguro de responsabilidad civil.

En el contrato de arrendamiento de temporada no se prestan servicios complementarios de carácter turístico, aunque cabe la prestación de servicios no turísticos, como los básicos de electricidad, recogida de basuras, etc.

Como uso residencial, no pueden celebrarse contratos de arrendamiento de temporada en suelo destinado a usos turísticos, por lo que deberá realizarse en suelo destinado a uso residencial. La jurisprudencia ha considerado la calificación turística del suelo como criterio relevante para considerar que el contrato de arrendamiento de temporada era simulado, siendo la verdadera naturaleza del contrato el de alojamiento.

A efectos tributarios, el régimen de estas cesiones de uso será el de las actividades no sujetas al IVA, y su venta tributará al 8% propio de la venta de inmuebles residenciales, sin que quepa la deducción de dicho IVA en los alquileres posteriores del inmueble. Por otra parte, sí debe declararse el ingreso en IRPF.

4.2.- El contrato de alojamiento u hospedaje.

El contrato de alojamiento u hospedaje es un contrato de cesión de uso de un inmueble (o parte del mismo), junto con servicios complementarios: lavandería y planchado, teléfono, primeros auxilios y asistencia sanitaria, bar, desayuno y comedor, depósito necesario.

La jurisprudencia ha reconocido que su naturaleza es diferente a la del contrato de arrendamiento. Según la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1995, es un “*contrato de tracto sucesivo en el que se combina el arrendamiento de cosas (para la habitación o cuarto), arrendamiento de servicios (para los servicios personales), arrendamiento de obra (para comida), y depósito (para los efectos que se introducen)*”.

Su régimen legal es el específicamente regulado en las normas administrativas de ordenación turística, protectoras del turista, las específicas del Código Civil sobre hospedaje (el derecho de retención del hotelero sobre los bienes muebles del huésped del artículo 1922.5 CC, y el plazo prescriptivo de tres años de los créditos del hotelero sobre el huésped del artículo 1967.4 CC), y, supletoriamente, las de arrendamiento de cosa y de servicios del Código Civil, y las de depósito necesario de los artículos 1783 y 1784 CC.

Si el hospedado se niega a abandonar el inmueble, basta con llamar a la policía municipal de la localidad donde se sitúa el inmueble.

5. Régimen del contrato de alojamiento turístico en viviendas.

Ley 8/2012, del Turismo, regula administrativamente modalidades de estancia turística. Todas ellas son modalidades del contrato de hospedaje o alojamiento, al ser cesiones de uso de inmueble con prestación de servicios complementarios, de carácter turístico.²² Entre ellas encontramos el contrato

22.- Las estancias en establecimientos de alojamiento hotelero, apartamentos turísticos, alojamiento de turismo rural, albergues, refugios, hospederías, la explotación de establecimientos de alojamiento turístico bajo la modalidad de pensión completa integral, y las empresas turístico-residenciales, **empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas**, albergues, refugios y hospederías.

Tiene una regulación estatal propia, a la que se remite el artículo 34 LTIB, la contratación en régimen de aprovechamiento por turnos (Real Decreto-Ley 8/2012, de 16 de marzo).

Carece de regulación específica estatal, lo que genera problemas de aplicación la LTIB por falta de coordinación con la LPH o el 392 y ss CC: Establecimientos de alojamiento turístico coparticipados o compartidos u otras formas análogas de explotación de establecimientos de alojamiento turístico.

de empresas comercializadoras de estancias turísticas en viviendas, que nos ocupa, que se trata de un contrato de alojamiento, al ofrecer no solo la cesión del uso del inmueble, sino también unos servicios (artículo 49 *in fine* LTIB), cuyo contenido mínimo se regula en el artículo 51 LTIB.

La LTIB, como norma de ordenación turística, no regula las relaciones jurídico privadas. Por ello, no puede regular la nulidad de contratos de alojamiento que no cumplan ciertas condiciones. En consecuencia, el contrato de cesión de uso de un inmueble con servicios, es un contrato de alojamiento que genera obligaciones exigibles entre las partes, esté o no prohibido por la normativa autonómica. Ello no impide que la Administración pueda imponer importantes sanciones en el caso de que se comercialicen alojamientos que no cumplan los requisitos y las limitaciones que impone la LTIB, al tratarse de oferta ilegal.

Y la LTIB impone requisitos para que se puedan comercializar, sin riesgo de ser sancionados, contratos de alojamiento en una vivienda.

5.1.- Requisitos subjetivos.

Debe comercializarse por una empresa comercializadora de estancias turísticas en viviendas, sean personas físicas o jurídicas (artículo 49 LTIB *in limine*). Ello implica una organización empresarial, profesionalidad y habitualidad (artículo 30 LTIB),²³ en la actividad turística (fuera del entorno habitual del alojado, artículo 3 LTIB). Puede comercializarse por el propietario entendido como empresario, que lo es, al prestar servicios complementarios, y al organizar empresarialmente la actividad (por ejemplo, gestionando un sistema de reservas). Otra manifestación del carácter empresarial, es la sujeción a IVA de la actividad de alojamiento.

5.2.- Requisitos objetivos.

Los inmuebles comercializados deben ser viviendas (artículo 49 LTIB *in limine*). Ello implica que urbanísticamente no pueden tener el destino turístico o empresarial. La pretensión de la norma es que, aunque no tengan destino turístico, puedan tener dicho uso temporalmente, sin necesidad de modificación de las normas de planeamiento urbanístico municipal. Con ello, se permite el otorgamiento de licencia de comercialización turística temporal de la residencia por parte de la Conselleria de Turismo sin necesidad de que

23.- Los conceptos de empresa y empresario son conceptos mercantiles, que encontramos en el Código de Comercio. El artículo 3 del Código de Comercio presume el ejercicio habitual del comercio desde que la persona que se proponga ejercerlo anuncie un establecimiento que tenga por objeto alguna operación mercantil.

su explotador tenga que obtener licencias del Consell Insular ni las urbanísticas municipales. Distinto es que los estatutos de una propiedad horizontal establezcan que el inmueble concreto tenga un uso residencial, pues en dicho caso, no cabrá uso turístico sin modificación de los estatutos de la comunidad de propietarios, pues la LTIB no puede regular contenidos propios de la propiedad horizontal (con la excepción de Cataluña). En todo caso, no se exige que sea la residencia habitual del arrendador, lo que permite que un propietario de dos o más fincas, pueda contratar alojamiento en dichas viviendas, siempre que cumplan los demás requisitos de los artículos 49 a 52 LTIB.

La vivienda debe tener la disposición y la configuración de una vivienda unifamiliar aislada o pareada, en principio ideada para uso residencial. Según el artículo 52.1 LTIB, *“Se entiende por vivienda unifamiliar aislada a los efectos de esta ley aquella en que únicamente esté permitida una vivienda por parcela. No obstante, previa tramitación previa del correspondiente expediente, podrán aceptarse supuestos en que exista más de una vivienda por parcela, siempre que se den circunstancias que reflejen analogía.”*²⁴ *Se entienden por viviendas unifamiliares pareadas a los efectos de esta ley aquellas que se encuentran en una misma parcela sometida a régimen de propiedad horizontal o cuando en distintas parcelas existan viviendas unifamiliares adosadas a la pared medianera que las separa”*.

Se excluyen expresamente en el artículo 52.2 LTIB las viviendas en edificios plurifamiliares, constituidas en régimen de propiedad horizontal o no, así como los adosados, constituidas en régimen de propiedad horizontal tumbada. Y ello, aunque no aparezca el problema de exclusividad de uso residencial conforme a los estatutos. No se justifica en la norma esta limitación, pero si se debe a las molestias que pudieran ocasionarse a los vecinos, parece injustificada la limitación a priori, en los casos en los que el ordenamiento urbanístico permita la explotación turística, pues las molestias pueden ser perseguidas por los vecinos por vía judicial jurídico privada. Tanto más en los supuestos en los que el arrendador lo sea de todo el edificio plurifamiliar con posible doble uso residencial o turístico, pues en dicho caso, además de cumplir el principio de unidad de explotación, no existe perjuicio de terceros.

Con todo, la prohibición de comercializar turísticamente y realizar

24.- El requisito de una plaza por parcela se cumple en los casos de que haya una casa por parcela (por ejemplo, en una casa de pueblo de interior. Por la vía de analogía cabe el alojamiento, por ejemplo, en tres casas por parcela, lo que se da con frecuencia en las casas de campo. En el expediente de analogía, la Conselleria de Turismo exige una declaración responsable de que ningún vecino de la parcela se opone.

contratos de alojamiento en viviendas plurifamiliares se da siempre y cuando estas no estuvieran explotándose legalmente en el momento de la entrada en vigor de la LTIB, pues *“podrán mantener su categoría o convertirse en otras empresas de alojamiento turístico siempre que reúnan los requisitos exigidos en esta ley y en la normativa que les sea de aplicación para adquirir dicha condición, debiendo superar los planes de modernización existentes o que se establezcan”* (Disposición adicional octava).

Las viviendas que se comercialicen turísticamente deben cumplir cumulativamente otros requisitos mínimos que son: *“disponer como máximo de seis dormitorios y con un máximo de doce plazas”* (artículo 52.3 LTIB), dotación mínima de cuartos de baño será de uno por cada tres plazas, debiendo en lo demás ajustarse a los parámetros urbanísticos que les sean de aplicación (artículo 52.4 LTIB), y haber *“presentado la declaración responsable de inicio de actividad turística ante la administración competente”* (artículo 52.3 LTIB). Este listado de requisitos puede ser ampliado por vía reglamentaria: *“Reglamentariamente se podrá establecer la obligatoriedad de que las viviendas que se comercialicen turísticamente deban someterse a planes de calidad, y deben determinarse su periodicidad y sus efectos”*.

5.3.- Los servicios que deben prestarse.

Como contrato de alojamiento, la cesión de uso lleva aparejada la prestación de servicios. Para que se califique de alojamiento, tales servicios deben ser los específicos de la actividad turística. Por lo tanto, la prestación de servicios básicos de electricidad, o de recogida de basuras, propios de los arrendamientos urbanos, como los arrendamientos de temporada, no son suficientes como para calificar la cesión de uso como contrato de alojamiento.

Para que la cesión sea la propia del contrato de alojamiento, y pueda entenderse que el contrato queda sujeto a la LTIB, se deben prestar servicios de alojamiento turístico, aunque, en el caso de las viviendas, se alterne con el uso propio y residencial de la vivienda durante la mayor parte del año (artículo 49 *in fine*).

El artículo 51 LTIB señala específicamente los servicios que deben prestarse en este tipo de contratos:

“1. El comercializador de estancias en viviendas para uso vacacional deberá garantizar, con el objeto de facilitar la estancia, la prestación directa o indirecta de los siguientes servicios:

a) Limpieza periódica de la vivienda.

b) Ropa de cama, lencería, menaje de casa en general y reposición de éstos.

c) *Mantenimiento de las instalaciones.*

d) *Servicio de atención al público en horario comercial.*

2. *Además de las obligaciones impuestas en el artículo 19 LTIB a todas las empresas turísticas,²⁵ el comercializador de estancias turísticas en viviendas deberá disponer de un servicio de asistencia telefónica al turista o usuario del servicio turístico prestado durante 24 horas”.*

25.- *El artículo 19 LTIB, sobre deberes de las empresas turísticas incluye, entre los deberes, otros servicios u obligaciones directamente relacionadas con ellos, que debe prestar el comercializador:*

b) *Mantener vigentes y actualizados los seguros de responsabilidad civil, las fianzas y otras garantías equivalentes, a los que les obliga la normativa que les es de aplicación.*

c) *Exhibir en un lugar de fácil visibilidad los diferentes distintivos acreditativos de clasificación, categoría y especialización del establecimiento, así como los distintivos de calidad, aforo y cualquier otra información referida al ejercicio de la actividad, conforme a lo establecido por la normativa correspondiente.*

d) *Ofrecer un producto adecuado a los objetivos y a las finalidades de la ley.*

e) *Hacer públicos los precios finales completos de todos los servicios que ofrezcan, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean aplicables a la oferta y los gastos adicionales que se repercutan al turista o usuario de los servicios turísticos.*

f) *Expedir factura desglosada de los servicios prestados, de acuerdo con los precios pactados o convenidos.*

g) *Cuidar del buen funcionamiento de los servicios y del mantenimiento correcto de las instalaciones y los equipamientos de los establecimientos mediante un seguimiento técnico periódico, e informar a los usuarios de los servicios turísticos de cualquier riesgo previsible que pudiera derivarse de la prestación de los servicios o del uso de las instalaciones, así como de las medidas de seguridad adoptadas.*

h) *Velar por la seguridad, la tranquilidad, la comodidad y la intimidad de los usuarios de los servicios turísticos, garantizando un trato amable, cortés y respetuoso del personal empleado en la empresa.*

i) *Permitir el acceso libre y la permanencia a los usuarios de los servicios turísticos, sin más restricciones que las que vengan establecidas por el sometimiento a la ley, a las prescripciones específicas que regulen la actividad y, en su caso, al reglamento de régimen interior que establezcan estas mismas empresas.*

Este reglamento no podrá contener preceptos discriminatorios por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social, excepto en aquellos casos en que el fin perseguido sea el de especialización del establecimiento.

j) *Tener a disposición de los usuarios de los servicios turísticos las hojas de quejas y reclamaciones oficiales y facilitárselas.*

k) *Prestar los servicios de acuerdo con la categoría del establecimiento y con lo dispuesto reglamentariamente.*

l) *Colaborar en la preservación del medio ambiente en el marco de sus políticas de responsabilidad empresarial.*

Si alguno de estos servicios no se presta, el contrato sigue siendo de alojamiento, por lo que la empresa explotadora o el propietario podrán ser sancionados. En especial, la jurisprudencia ha considerado que el libre acceso al establecimiento referido en el artículo 19 i) LTIB es un criterio especialmente relevante para calificar al contrato de cesión de uso como contrato de alojamiento y no de arrendamiento de servicios.

Si estos servicios no se prestaran, pero sí se prestaran otro tipo de servicios turísticos, como desayuno, arrendamientos complementarios de cajas de seguridad, de televisión, servicio telefónico cobrado aparte del contrato principal, etc. Cabría sanción, al tratarse de un contrato de alojamiento que incumpliría los exigidos por el artículo 51 LTIB.

Pero si no se prestara servicio alguno, no cabría sanción alguna por este motivo, pues ello sería contrario a la propia naturaleza del contrato de alojamiento. Se trataría de un contrato de arrendamiento de temporada, excluido expresamente por la LTIB, y, por tanto, sin posibilidad de sanción por parte de la administración autonómica.

5.4.- La comercialización.

Las estancias turísticas de corta duración en viviendas unifamiliares se pueden comercializar *“por su propietario o por medio de operadores o cualquiera de los canales de comercialización turística y siempre que se ofrezca con los servicios turísticos a que se refiere el artículo 51. (Artículo 50.1 LTIB)*. Son canales de comercialización las agencias de viajes, los portales de internet turísticos, la inclusión en folletos de las empresas hoteleras encargadas de la gestión por un contrato de gestión hotelera, o de las franquiciadoras. No lo son las empresas o los portales (de internet) inmobiliarios.

“Se entiende que hay comercialización de estancias turísticas en viviendas cuando no se puede acreditar, de acuerdo con la normativa aplicable, que la contratación efectuada sea conforme a la legislación sobre arrendamientos urbanos, rústicos u otra ley especial”. (Artículo 50.2 LTIB). En realidad, este párrafo es una presunción *iuris tantum* de existencia de un contrato de alojamiento siempre que se comercialicen turísticamente las viviendas. Permite, por ejemplo, que la administración turística inicie un expediente sancionador por el mero hecho de que la vivienda se comercialice por dichos canales. Pero, por supuesto, cabe prueba en contrario por parte del titular de la vivienda, que invierta de nuevo la carga de la prueba. Es decir, en caso de que se inicie un expediente sancionador por el mero hecho de que se haya comercializado una vivienda en un canal de comercialización turístico, cabe prueba de que se trataba de un contrato de arrendamiento de temporada presentado el contrato (que, recordemos, no tiene por qué constar por escrito),

y acreditando que el inspector turístico no visitó la vivienda para comprobar que se estaban prestando servicios turísticos, o probando que no se prestaron servicios (aunque no exista un contrato escrito), por ejemplo, proponiendo una testifical.

La única duda que plantea el razonamiento que exponemos es la difícil interpretación conjunta del artículo 50 LTIB y 5.e LAU. Así, el artículo 5 LAU establece que “e) La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa”, queda excluida de la LAU “cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”. Es decir, según la LAU, la comercialización turística de la cesión temporal de uso de la vivienda, sea de temporada, o sea en el seno de un contrato de alojamiento, queda excluida de la LAU, si tiene un régimen específico según la normativa sectorial. La normativa sectorial deberá ser jurídico privada, pues estamos tratando de calificación del contrato y de su ámbito de aplicación jurídico privado. Y no existe normativa sectorial jurídico privada. La LTIB no puede entenderse como normativa sectorial a este respecto, pues solo puede regular cuestiones jurídico públicas, ya que la CAIB no tiene competencias normativas en materia de Derecho mercantil, ni de Derecho civil que no sea especial. Y no puede entenderse que la reforma de la LAU habilite a las Comunidades Autónomas para regular la cuestión, pues solo podría hacerlo de ser una Ley Orgánica.

Por otra parte, al ser arrendamiento de temporada, y no alojamiento podría alegarse que las denominaciones ‘vacacional’, ‘turística’ o similares, sancionables como oferta ilegal en el artículo 28.2 y 3 LTIB en caso de falta de inscripción en el registro de empresas, actividades y establecimientos turísticos, no puede aplicarse. Y ello porque como no son alojamientos, no es exigible su inscripción en dicho registro, además de no poder existir riesgo de inducción al error, al no incluir servicios, a diferencia de los alojamientos, y de la comercialización de estancias turísticas en viviendas, no inscritas y que no cumplan los requisitos ya vistos.

5.5.- Otras limitaciones.

La LTIB trata de ofrecer una facilidad a determinado tipo de viviendas, para que puedan actuar periódicamente como empresas de hostelería. Por ello, “*las estancias que se comercialicen turísticamente tendrán que consistir en la cesión temporal del derecho de goce y disfrute de la totalidad de la vivienda por periodos de tiempo no superior a dos meses*” (artículo 50.3 LTIB). Existe el peligro de interpretar *sensu contrario* esta disposición. Ello no

sería una interpretación correcta. Como hemos visto, la cesión temporal de goce y disfrute de la totalidad de una vivienda mediante un arrendamiento de temporada no entra en el ámbito de la LTIB, por lo que caben estancias de arrendamiento de temporada que superen los dos meses, sumadas o incluso individualmente. El sentido del artículo 50.3 LTIB no puede prescindir del contenido de los artículos 49 y 51 LTIB, por lo que debemos entender que la cesión de uso a la que se refiere es la propia del contrato de alojamiento.

“Tampoco se permite la formalización de contratos por habitaciones o hacer coincidir en la misma vivienda a usuarios que hayan formalizado distintos contratos” (artículo 50.3 LTIB). De nuevo, esta norma autonómica solo puede entenderse aplicable referida a contratos de alojamiento, pero no pueden impedir el subarriendo de habitaciones cuando no se presten servicios de carácter turístico, pues se rigen por la LAU y el CC.

“Reglamentariamente se podrán desarrollar los requisitos, las condiciones, los límites y el contenido de la actividad de comercialización de estancias turísticas en viviendas” (artículo 50.4 LTIB). Obviamente, estas normas reglamentarias no pueden imponer nuevos requisitos o límites superiores a los establecidos en la norma legal, de rango superior. Y menos, normas que contradigan o restrinjan la aplicación de las normas nacionales sobre arrendamientos.

6. Consideraciones jurisprudenciales.

Finalmente, analizaré los criterios que suelen usarse por los inspectores de turismo, conforme a lo que se observa de la jurisprudencia sobre la materia, para concluir que los criterios de diferenciación entre arrendamientos de temporada y alojamientos turísticos en viviendas reside en la prestación de servicios que este último lleva aparejada.

La STSJ Islas Baleares (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 799/2006 de 5 octubre. Confirma la sanción impuesta por la inspección de Turismo conforme a la legislación anterior (Orden Ministerial de 17 de enero de 1967, y Ley 2/1999). La sancionada alegó que había celebrado un contrato de arrendamiento de temporada a una empresa turística (*Interhome*). El arrendamiento fue de 3 edificios y un total de 12 apartamentos, que estaban abiertos al público. La inspección presentó como prueba el folleto publicitario de los apartamentos, que hacía referencia expresa a los servicios que se prestaban, y una copia de la página de internet donde se anuncian las características del establecimiento y sus unidades, los servicios que se ofrecen y los precios de cada uno de ellos.

En el mismo sentido, la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo

nº 3, 148/2010 de 1 de junio, confirmó la sanción impuesta por la inspección. El sancionado había cedido el uso de la vivienda a dos alemanes durante 7 días. La inspección levantó acta presencial y añadió la prueba sobre la comercialización en un portal de viviendas turísticas en internet (www.ferienhausmiete.de). En este portal se describía el inmueble y los servicios que se prestaban, fechas de disponibilidad y precio. (Entre los servicios se incluía el asesoramiento en excursiones, etc.). La inspección detectó además instrucciones escritas a los inquilinos para que dijeran que son amigos. Decreto 2877/1982 y Orden Ministerial de 17 de enero de 1967 aplicables como norma reglamentaria de la Ley 2/1999. Ahora derogadas por RD 39/2010, de 15 enero.

Por otra parte, no consideran decisiva la utilización de canales de comercialización turísticos, destacando la necesidad de que la utilización de estos canales sea habitual:

La STSJ Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 237/1999 de 13 abril, destaca que, aunque se utilicen canales de comercialización turísticos, cabe que no sea estancia turística por ser una situación esporádica de vivienda. La sancionada aportó contratos escritos y solicitaron que se recabara una testifical que el inspector ni siquiera tuvo en cuenta al imponer la sanción. Se revocó la sanción.

La STSJ Islas Baleares, (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 422/1997 de 31 julio. Tienen el carácter de turísticas las villas en las que de modo habitual se ejerza la actividad de facilitar alojamiento a las personas mediante precio, presumiéndose la habitualidad tanto cuando se hiciese publicidad por cualquier medio como cuando se facilitase alojamiento en dos o más ocasiones dentro del mismo año por tiempo que en conjunto exceda de un mes –artículos 1.1 y 3 de la Orden Ministerial de 17 enero 1967–.

Finalmente, nos parece especialmente interesante la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 4ª) 358/2012 de 11 septiembre, que exime de responsabilidad al arrendador del accidente sufrido por el arrendatario al calificar el arrendamiento como arrendamiento de temporada *“concertado entre particulares y no entre un particular y una empresa que tenga como actividad profesional o empresarial actividades turísticas de alojamiento, pues precisamente requisito indispensable para calificar una actividad como actividad turística de alojamiento es que el servicio de alojamiento turístico se ofrezca desde un establecimiento abierto al público”* lo que no acontecía en el supuesto enjuiciado, y para ello, el tribunal se fija en *“cómo se publicitan los demandados, que simplemente ofrecen en arrendamiento el único apartamento de su propiedad en el complejo residencial, no existiendo un entramado empresarial que explote un simple*

apartamento”, y no es tal el hecho de que las rentas las recibiera la persona que en la isla se encarga de recibir el precio del arriendo (pues sus propietarios viven en Gran Bretaña) o que se cediera en arrendamiento solo 7 noches.

En este sentido, compartimos las declaraciones del Conseller de Turismo del Govern Balear, Carlos Delgado, publicadas en Europapress y Diario de Menorca el día 12 de noviembre de 2013, en tanto afirmó que tanto la Ley de Arrendamientos Urbanos del Gobierno central como la Ley de Turismo Balear permiten el alquiler de viviendas plurifamiliares, tal y como ha pasado siempre, con la condición de que no ofrezcan servicios turísticos. Señaló que *“un ciudadano de Baleares que tiene un piso y quiere alquilarlo una semana puede hacerlo con un contrato de la Ley de Arrendamientos Urbanos perfectamente”*. Aunque debe matizarse el resto de la afirmación: *“Lo que no está permitido es su explotación ni la canalización turística de servicios y portales turísticos, algo que ni se puede hacer ahora, ni se podía hacer antes de que se aprobasen estas leyes”*, pues, como hemos visto, la comercialización turística de estancias en arrendamiento de temporada (es decir, sin servicios), no puede sancionarse.

7. Conclusiones.

La cesión de uso de viviendas con prestación de servicios turísticos es un contrato de alojamiento sujeto a los requisitos y límites de la LTIB y a su régimen sancionador.

En caso de que no se presten servicios turísticos, nos encontraremos ante un arrendamiento de temporada, no regulado por la LTIB, por lo que no quedará sujeto a su régimen sancionador. En consecuencia, caben arrendamientos de temporada en viviendas plurifamiliares, en adosados, en pareados, en viviendas unifamiliares, y durante más de dos meses al año. Su régimen se regirá por la LAU, lo que permite a los vecinos a ejercitar las acciones de cesación de actividades molestas, en caso de que los arrendamientos de temporada lo sean en periodos muy breves.

Para finalizar concluiré resumiendo lo que me parece que puede resultar de mayor interés para los asistentes: cómo eludir legalmente la aplicación de la LTIB.

Es recomendable que las cesiones de uso del inmueble con fin vacacional se instrumenten mediante contratos de arrendamiento de temporada, en los que se haga constar que no se prestan servicios turísticos (o sea, sí se pueden prestar servicios básicos como la electricidad, o la recogida de basuras). Se debe tener precaución y pactar expresamente la exclusión del derecho de adquisición preferente del arrendatario, así como prohibir

expresamente el subarrendamiento o cesión del contrato.

Dichos arrendamientos pueden ser comercializados en canales no turísticos, como los portales inmobiliarios de internet. Pero también pueden comercializarse en canales turísticos, pues siempre que no se ofrezcan servicios complementarios, seguirá siendo un contrato de arrendamiento de temporada. Es cierto que, en este caso, será conveniente que pueda probarse que no se han prestado servicios complementarios, con el contrato escrito u otro tipo de pruebas (testificales, facturas de limpieza pagadas por el arrendatario a otra empresa, probando que el edificio no esté abierto al público, acreditando el uso residencial en estatutos de la propiedad horizontal y de acuerdo con la normativa urbanística, o demostrando que el inspector de turismo no acudió a comprobar que realmente tales servicios no se prestan). Ello no impide que no se pueda recomendar, a petición del usuario, quien puede prestar servicios, pero estos deberán ser prestados por personas o empresas diferentes del arrendador.

VII.2- ARRENDAMIENTOS URBANOS: DE LA LEY ESTATAL 4/2013 A LA LEY GENERAL TURÍSTICA.

Bernardo Feliu Amengual

I.- ANTECEDENTES Y NORMATIVA VIGENTE.

Las leyes promulgadas sobre Arrendamientos Urbanos, así la de **22 de Diciembre de 1955**, articulada por el Decreto de 13 de Abril de 1956, y el Texto Refundido de **24 de Diciembre de 1964**, contemplan en su articulado el **contrato de temporada** que, en función de su naturaleza temporal, **queda excluido de los meritados preceptos arrendaticios**, en especial en lo concerniente al derecho de prórroga obligatorio a favor del arrendatario, remitiéndose su contenido a lo pactado y por lo establecido con carácter necesario en el Código Civil.

Alterando la línea que históricamente ha regulado tal tipo de arriendo, esto es, su exclusión de la L.A.U., la vigente **Ley 29/94 de 24 de Noviembre**, al igual que la **Ley 4/2013 de 4 de Junio** que la modificó parcialmente, los somete expresamente a dicha normativa y bajo la denominación genérica de **“arrendamientos para uso distinto del de vivienda”**, al igual que los locales de negocio, en el **Título I (arts. 1, 3.2 y 4.1. y 3), Título IV: Fianza, y Título V: procedimiento**, a la voluntad de las partes y en su defecto por lo dispuesto en el **Título III** de la propia Ley fundamentalmente en lo referente a las obras de conservación y mejora, enajenación y derecho de adquisición preferente y resolución, y, supletoriamente, por lo dispuesto en el Código Civil.

En el **preámbulo** de la primera de dichas normas se indica que **“este nuevo categorismo se asienta en la idea de sólo conceder medidas de**

protección al arrendatario sólo allí donde la finalidad del arrendamiento sea la satisfacción de la necesidad de vivienda del individuo y su familia, pero no en otros supuestos en los que se satisfagan las necesidades económicas, recreativas o administrativas y por ello en la regulación de los Arrendamientos para Uso Distinto al de Vivienda, como es el de temporada, se configura una regulación supletoria del libre pacto que también permite un amplio recurso al régimen del Código Civil”.

Y en el **preámbulo** de la **Ley de Reforma Arrendaticia de 4/2013 de 4 de Junio** se recoge la posibilidad de que se siga aplicando el **“régimen de los arrendamientos de temporada, que no sufre modificación alguna”**, y ello aún cuando en el **art. 5** y bajo el **epígrafe e)** incorpora como **arrendamiento excluido** del ámbito de dicha ley el Contrato de Alojamiento Turístico y que lo somete al régimen específico derivado de su normativa sectorial.

El **Arrendamiento de Temporada** históricamente se ha definido como el referido a **“fincas cuyo arrendatario las ocupe únicamente por la temporada de verano, o de cualquier otra”** y en la vigente ley de forma similar al tener dicha consideración los **“arrendamientos de fincas urbanas, celebradas por temporada, sea ésta de verano o cualquier otra”** y cuya vigencia –y considero importante el dato– se reitera en la reciente **Ley de Reforma 4/2013 de 4 de Junio de Medidas de Flexibilización y Fomento del Mercado** del alquiler de viviendas.

En dicha normativa, que entró en vigor el pasado **6 de Junio**, y en el **preámbulo** de la misma se alude al **posible intrusismo y competencia desleal dimanante del uso del alojamiento privado para el Turismo indicado en el epígrafe e)** del **art. 5**, que quedan excluidos de dicha normativa cuando se trata de:

“La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial”.

Y la **Ley del Turismo de las Illes Balears 8/2012 de 19 de Julio**, en la línea indicada, posibilita en su **art. 50.3** la comercialización turística de las estancias que **“tendrán que consistir en la “cesión temporal del derecho de goce y disfrute de la totalidad de la vivienda por periodos de tiempo no superior a dos meses”,** y a tal fin prohíbe **“la formalización de contratos por habitaciones”.**

Dicha norma permite deducir que **no será turístico**, y “a sensu contrario” estará sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos, el arriendo de

habitaciones o por un periodo superior a dos meses con facultad del arrendatario, p.e., para poder subarrendar por períodos cortos, cesiones en arriendo –por otra parte– que se practican con frecuencia en la Isla.

En aplicación del precepto arrendaticio analizado, la **Ley 8/2012 de 19 de Julio del Turismo de las Illes Balears** debe atraer bajo su ámbito aquellos **arriendos o cesiones temporales de uso que cumplan plenamente los requisitos y prestación de servicios que recoge dicha Ley Autonómica**, toda vez que de no producirse tal circunstancia el arriendo se regirá por la normativa de la Ley de Arrendamientos, sin que pueda ser fiscalizado por esta Comunidad Autónoma y a tal fin adquiere especial relevancia el hecho de que a tenor del **art. 50.2** de dicha **Ley del Turismo** se admita explícitamente la posibilidad de que **“la contratación efectuada sea conforme a la legislación sobre arrendamientos urbanos, rústicos u otra ley especial”**.

El arriendo de temporada, y máxime con la vigente normativa, **está plenamente enmarcado en el ámbito de un contrato locaticio, con su libre precio y duración, derechos y obligaciones de sus contratantes y sometido a una expresa regulación en cuanto el procedimiento a seguir en su resolución judicial.**

Desde tiempo inmemorial y sin solución de continuidad, **la normativa estatal regula tal tipo de arriendo**, sea por la temporada de verano o cualquier otra, regido por los pactos convenidos libremente entre las partes, sin limitar su duración, precio, sin distinguir que el arrendatario sea español o de distinta nacionalidad exigiéndose únicamente que se trate de una **vivienda habitable, independientemente de que esté ubicada en edificio plurifamiliar residencial o en viviendas unifamiliares aisladas o pareadas, y que tenga como destino primordial uno distinto del de satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario**, ya que en dicho caso quedaría catalogado como arrendamiento de vivienda, con el derecho de prórroga obligatorio de tres años que contempla dicha normativa.

La LAU 4/2013, aún cuando en su **art. 5-e)** recoge en su redactado y por primera vez como excluido de la misma el Arrendamiento Turístico y con remisión expresa al régimen específico derivado de su normativa sectorial, esto es, la **Legislación Turística Autonómica**, NO POR ELLO cabe deducir que ha imposibilitado “de iure” el que se puedan seguir formalizando los denominados Contratos de Temporada, y para sostener dicha tesis basta remitirnos, como he dicho antes, a la propia **Ley Arrendaticia**, tanto en su **preámbulo** como en los artículos antes citados que contemplan tal tipo de arriendo y que queda sometido a su propia normativa, amén de que la propia **Ley del Turismo de las Illes Balears** en su **art. 50.2** prevé dicha posibilidad, de ahí que **no se pueda calificar como novedoso** el hecho de

que la **LAU de Junio 2013 remita a las Autonomías la regulación de los Apartamentos Turísticos toda vez que el Texto Arrendaticio se limita a recoger lo establecido desde siempre, esto es; que el arriendo turístico está excluido de la LAU y que incumbe a la Consellería de Turismo regular tal tipo de actividad, imponiendo las condiciones que estime oportunas.**

Tanto es así que sin necesidad de la Ley de Reforma desde hace años se viene sancionando la actividad extrahotelera o turística en apartamentos en el caso de que no esté legalizada ante la Consellería de Turismo.

A todo lo dicho cabe añadir que difícilmente se podría anular por una Ley Autonómica el Contrato de Temporada so riesgo de incurrir en su **nulidad radical por un principio de jerarquía de fuentes legales y vulnerar o limitar una prerrogativa sustancial del derecho de propiedad**, consagrado con carácter general en el **art. 348 del CC** y conculcando al propio tiempo el principio de libertad de contratación que recoge el **art. 1.254** del mismo cuerpo legal **como constituye el uso que de cara al arrendamiento se haga del mismo.**

En definitiva, pues, cabe decir que **el Arriendo de Temporada sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos es perfectamente compatible con el de Apartamentos Turísticos regulado por la Ley del Turismo de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.**

II.- DIFERENCIAS ENTRE EL ARRENDAMIENTO TURÍSTICO Y EL DE TEMPORADA.

- **El Arrendamiento Turístico implica una comercialización de estancias turísticas de forma habitual**, lo que supone darse de alta en esta actividad, esto es, que **la explotación del apartamento se lleve a cabo en Régimen de Empresa (S. A. T. Palma 17 Junio 1981)**, lo que presupone una actividad organizada, **sin que al propietario de un apartamento no organizado pueda considerarse empresario, y menos hablar de habitualidad sin previa actividad organizadora en régimen de empresa.**

El Arrendamiento de Temporada no supone una comercialización sino una cesión temporal, sin ninguna obligación adicional (no hay que prestar servicios).

- Se diferencian tanto por su **naturaleza y finalidad** como por el **objeto sobre el que recae, el precio a pactar, los elementos personales que intervienen, los derechos y obligaciones** de los mismos, **sus causas de resolución** y el **procedimiento** que se sigue para el desalojo de los

ocupantes, así en el Arrendamiento Turístico o Extrahotelero mediante la intervención de la fuerza pública y en el Arrendamiento de Temporada por lanzamiento vía judicial dimanante de la demanda de desahucio, **teniendo en definitiva cada uno de ellos sus propias peculiaridades y tratamiento jurídico y fiscal distinto.**

- El Arrendamiento Turístico supone la concurrencia de los siguientes requisitos (art. 5-e LAU 4/2013):

1. Cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato.
2. Comercializado o promocionado en canales de oferta turística.
3. Realizado con finalidad lucrativa.
4. Que esté sometido a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial, y que a tal fin recoge la **Ley del Turismo de las Illes Balears** en sus **arts. 19, 50 y 51**, en cuyos artículos se pormenorizan los servicios turísticos a prestar u otros deberes de la Empresa Turística.

El meritado precepto arrendaticio, al igual que la **Ley del Turismo** guardan silencio o no desarrollan debidamente sobre lo que debe entenderse por cada uno de estos requisitos o servicios turísticos a prestar, sobre si se precisa su concurrencia conjunta o es suficiente la de alguno de ellos, amén de cuando se entiende comercializado o promocionado el producto en canales de oferta turística, por lo que **cabe hablar de una absoluta falta de concreción legal susceptible de múltiples interpretaciones y que, salvo que por vía reglamentaria de la Ley Turística se concrete en el futuro, cuestión harto difícil, y cuyo texto a tenor de la Disposición Final Tercera debió aprobarse antes del pasado 22 de Enero, tendrán que ser los Tribunales a quienes corresponderá resolver las controversias que se planteen al respecto.**

III.- LAS COMUNIDADES DE PROPIETARIOS FRENTE A LA OCUPACION COMO APARTAMENTO TURISTICO O DE TEMPORADA DE ALGUNA DE SUS PARTES DETERMINADAS.

A).- Apartamento Turístico.

Independientemente de su posible legalización futura, vetada en la actualidad, como es sabido en tales edificios plurifamiliares por la vigente Ley del Turismo, en el supuesto de explotarse turísticamente –de facto– algún

apartamento, la Ley de Propiedad Horizontal posibilita el que a través de la propia Comunidad de Propietarios se pueda:

Interponer la correspondiente demanda judicial contra el propietario que contraviniendo el Título y –en su caso– Estatutos de la Comunidad **ha alterado el destino residencial explicitado en tales documentos en relación a su propiedad, convirtiéndolo en industrial o comercial** como resulta ser la explotación del apartamento como turístico.

No debe olvidarse –en línea de lo expuesto– que el coeficiente de propiedad (**art. 5 Ley Propiedad Horizontal**) y que sirve de **“módulo para determinar la participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad”** ha sido fijado –entre otros extremos– **“en función del uso que se presuma racionalmente que va a efectuarse de los servicios o elementos comunes”** y que **“de facto”** se alteraría sustancialmente explotándolo como Apartamento Turístico al conllevar una mayor utilización de tales servicios debido al inevitable trasiego y sobreocupación de la vivienda arrendada.

El ejercicio de dicha acción **no prosperará** en el supuesto de que bien en el Título Constitutivo o Estatutos se contemple el **doble destino** residencial y de Apartamentos Turísticos, circunstancia que se da en múltiples edificios situados en zonas turísticas de la isla y construidos hace una serie de años, y en los que conviven propietarios que residen en sus viviendas con otros que las explotan y arriendan como Alojamientos Turísticos.

B).- Arrendamientos de temporada.

No puede la Comunidad de Propietarios impedir que una vivienda se arriende como Arrendamiento de Temporada, habida cuenta que ello supondría limitar o vulnerar una prerrogativa sustancial del derecho de propiedad que consagra el **art. 348 del CC** y el principio de libertad de contratación que recoge el **art. 1.254** del mismo Cuerpo legal, a cuyos preceptos antes me he referido.

Y llegado el supuesto de que por parte de los ocupantes del piso por vía de arrendamiento, al igual que el propio propietario, desarrollen actividades que resulten contrarias a los estatutos, dañosas para la finca o contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, la Comunidad de Propietarios puede ejercitar la **acción de cesación de uso** que contempla el **art. 7 de la ley de Propiedad Horizontal**, pudiendo llegar incluso a la privación del uso de la vivienda por tiempo no superior a tres años en función de la gravedad de la infracción e inmediato lanzamiento del arrendatario si resultase ser el infractor.

Entiendo que –aún cuando la Ley no lo prevea expresamente– en los

supuestos de arrendamiento de corta duración (temporada) cabe la posibilidad de ejercitar la indicada acción de cesación de uso frente al propietario-arrendador **cuando se acredite que los sucesivos ocupantes del apartamento causan sistemáticamente continuadas y graves molestias al resto de convecinos.**

Una solución práctica y que está dando resultados positivos es la de incluir en el Reglamento de Régimen Interior una cláusula penal que contemple la imposición de sanciones pecuniarias bien al titular de tales viviendas que la ocupa o –en su caso– a sus arrendatarios cuando se alteren las normas de convivencia.

IV.- EPILOGO: SITUACION ACTUAL Y DE FUTURO.

A).- Apartamentos Turísticos.

Si están ubicados en edificios **plurifamiliares** no resulta posible su legalización a tenor de la vigente **Ley del Turismo art. 52.2** –y sin esperanzas de cambio de momento–, y a tal fin me remito al acuerdo del Pleno del Parlament del día 29 de Octubre del corriente año rechazando con los votos del PP la moción del PSOE por la que se instaba al Govern modificar la meritada Ley en el sentido de que **“esta oferta de alojamiento se pueda llevar a cabo de forma legal”** y cumpliendo unos requisitos.

Dicha situación de alegalidad ha provocado una fuerte protesta de numerosos Alcaldes de la Isla y otras entidades representativas del sector, culminando con declaraciones de los máximos responsables de la Consellería sobre ralentizar las posibles inspecciones y –en definitiva– hacer la “vista gorda” como vulgarmente se dice ante el problema planteado que, como muy bien han editorializado diversos medios de comunicación locales **ha sido cerrado en falso** y sin vislumbrarse de momento una solución de futuro, toda vez que la referencia de la **Disposición Final Cuarta de la Ley del Turismo** sobre que los **Consejos Insulares** en el plazo de seis meses desde su publicación –y que por cierto finalizó el pasado 22 de Enero del corriente año– **deben iniciar la tramitación para la adaptación de sus respectivos planes territoriales insulares a las disposiciones de la presente Ley**, no parece que permita dicha **adaptación** modificar sustancialmente la tipología de las viviendas en que está permitida la comercialización de estancias turísticas, que conforme se ha reiterado únicamente es posible en **“viviendas unifamiliares aisladas o pareadas”**, debido no sólo a que no todos los Consells tienen transferida la competencia

de ordenación turística, sino especialmente por cuanto sus normas tienen el rango único de **Reglamento** y por jerarquía normativa un **Reglamento no puede ir contra una Ley**, por lo que salvo que se modifique la Ley Turística lo único que se conseguirá es aumentar la inseguridad.

A tenor de lo dispuesto en la **Disposición Adicional Octava de la Ley del Turismo** parece deducirse que resultará posible seguir explotando comercialmente en el futuro y como apartamentos turísticos (“**mantener su categoría**”, dice literalmente la ley) los que estaban legalizados (registrados) en el momento de su entrada en vigor, esto es, el **22 de Julio de 2012**, y ello independientemente de la tipología de los edificios en que estuvieren ubicados “**o convertirse en otras empresas de alojamiento turístico siempre que reúnan los requisitos exigidos en esta Ley y en la normativa que les sea de aplicación para adquirir dicha condición**”, y cuyo texto debido a la confusión de su redactado viene siendo interpretado de diferentes maneras.

B).- Arrendamiento de temporada.

Por lo que se refiere al “**Arrendamiento de Temporada**”, y máxime después de vetarse el arrendamiento de un apartamento como estancia turística en edificios plurifamiliares –a pesar de la prometida y nunca garantizada ralentización de posibles inspecciones– **va a adquirir un importante protagonismo** al constituir la única opción de que va a disponer el titular de una vivienda para obtener su rentabilidad, y por ello deberá cuidar que el arriendo concertado **se documente debidamente a tenor de la Ley de Arrendamientos Urbanos y con exclusión expresa de la prestación de los servicios turísticos y asunción de deberes que a tal efecto impone la normativa autonómica al explotador turístico, amén de evitar en lo posible que se comercialice o promocióne por los sectores y canales propios de oferta turística y eludiendo en todo momento la utilización de la denominación “empresa turística”.**

Es de dominio público y en particular debido a las denuncias que se presentan con dicho fin, que se están dictando resoluciones administrativas por la Consellería imponiendo sanciones a los propietarios so pretexto de explotarse como turístico un apartamento no legalizado para tal actividad y habida cuenta de lo elevado de las mismas, así el tipo medio de sanción menos grave **art. 105 de la Ley del Turismo** es de 4.001 a 40.000 , dicha situación está provocando actualmente y de seguro en el futuro una cascada de recursos contenciosos administrativos, si bien teniendo en cuenta la reciente entrada en vigor de dicha **Ley del Turismo el 22 de Julio de 2012 y la Ley de Reforma de la LAU el 6 de Junio de 2013**, no permite

conocer aún pronunciamientos judiciales que determinen extremos tan importantes y a los que antes me he referido, como p.e., si para ser calificado como turístico deben prestarse:

a.- Conjuntamente todos o sólo algunos de los servicios turísticos que contempla el **art. 51 de la Ley del Turismo**.

b.- Lo que ha de entenderse por cada uno de estos requisitos.

c.- Sobre el significado de comercializar o promocionar en canales de oferta turística, que paradójicamente y en su gran mayoría permiten ofertar tanto Arrendamientos Turísticos o de Temporada sometidos a la LAU, así los de:

- HOMEAWAY (Comercialización de Casas Vacacionales en todo el mundo. Actúa como intermediario: 6.782 viviendas mallorquinas).
- OWNERS DIRECT (Apartamentos-Chalets-Pisos), salvo hoteles y temporada larga.
- HOUSETRIP (página web de Europa: 3.669 viviendas de Mallorca en alquiler).
- HOLIDAY LETTINGS (Arrendamientos vacacionales, portal-oferta y fotos).
- MIV-FERIENINMOBILIEN GMBH (Arrendamientos vacacionales. Agencia alquileres para residentes de vacaciones, apartamentos y chalets. Su lema: Asesoramiento individual y competente es nuestra pasión).
- AIRBNB (americano).

d.- Sobre si publicar simplemente un anuncio de un Arrendamiento de Temporada en una **página web** sería suficiente para tener que ser catalogado necesariamente como Turístico, extremos todos ellos no resueltos ni por la Ley de Arrendamientos ni por la Ley del Turismo, acerca de cuyos extremos en ambas normativas se guarda un total silencio, por lo que cabe afirmar que se está ante una absoluta falta de concreción legal.

En mi opinión, aún cuando se utilicen los canales de promoción o comercialización turística antes mencionados, bien vía Internet u otro medio, así p.e., Agencias de Viajes, publicidad propia de un Agente Inmobiliario en su propia oficina, o similares, etc., **no por ello se deben calificar como turísticos los Arrendamientos de Temporada sometidos a la LAU si se hace constar dicha circunstancia en los anuncios o vías de promoción indicados y en el contrato individualizado formalizado al efecto**, pudiéndose exhibir a través de los indicados medios de publicidad

incluso **fotografías** del apartamento a ocupar, y **haciendo constar expresamente en el propio anuncio que no se oferta como “apartamento o alojamiento turístico”** (art. 41 Ley del Turismo), que el arriendo se efectúa **“sin la prestación de los servicios turísticos que al efecto se recogen (art. 51 y concordantes de la indicada Ley), y en particular en lo referente al servicio de atención al público en horario comercial o asistencia telefónica al ocupante del apartamento durante 24 horas.**

Es de la mayor evidencia que si el ofertante se ajusta a las meritadas formalidades y en la práctica se cumplen, el presunto cliente y ocupante de la vivienda, sea español o de otra nacionalidad, conoce perfectamente y con anterioridad a su ocupación que lo arrendado nada tiene que ver con el arrendamiento turístico y consecuentemente no puede exigir ningún servicio propio del mismo al no haber sido ofertado y por ende en nada perjudica la imagen turística de la isla y la calidad de la explotación hotelera al tratarse en definitiva de ofertas totalmente distintas y sin que, tampoco se frusten las expectativas creadas al ocupante del apartamento.

Alojarse en un apartamento residencial y por temporada es una opción, igual de válida que la de elegir un Apartamento Turístico u hotel con o sin “un todo incluido”.

En todo caso y para que sea considerado como Apartamento Turístico deberá ser la Consellería de Turismo a tenor del “onus probandi” o carga de la prueba (art. 217-2º de la LEC) quien acredite haberse prestado por parte del presunto expedientado los servicios turísticos que contempla la Ley del Turismo, y ello **“aún cuando las actas de inspección levantadas y firmadas por los inspectores de turismo”, y a tenor del art. 101 de la Ley del Turismo, “tienen presunción de certeza y valor probatorio de los hechos constatados”, pero que en todo caso se tratará de una presunción “iuris tantum” esto es que admite prueba en contra, ya que el mismo precepto así lo establece al indicar “sin perjuicio de las pruebas que las personas interesadas puedan aportar o señalar en defensa de sus intereses”.**

Ante la perspectiva de **legitimarse en el futuro en edificios plurifamiliares la explotación en régimen de Apartamento Turístico** cual sucede en la práctica totalidad de países de la C.E.E. y Autonomías de España, deberá tenerse en cuenta que ello únicamente será posible en aquellos inmuebles en los que bien en el Título Constitutivo o Estatutos prevean tal posibilidad de comercialización turística, circunstancia que –por otra parte– raras veces se produce, ya que en caso de no estar previsto dicho posible destino comercial extrahotelero alternativamente con el residencial, para su viabilidad se requerirá el **consenso unánime** de los propietarios que

así lo autoricen habida cuenta del cambio de destino que ello supone, amén de que con el arrendamiento turístico se estarían conculcando los derechos de los demás propietarios del propio edificio quienes se verían abocados a tener que soportar una **explotación industrial o extrahotelera con las perniciosas consecuencias que ello comporta a dicho colectivo, así un mayor consumo de servicios, falta de control debido al continuado e inevitable trasiego de ocupantes, etc.**, posibilitando –en suma– a la comunidad de propietarios **el ejercicio de una acción judicial postulando la ilegalidad de dicha utilización turística**, y ello incluso en el supuesto de no causar molestias o perjuicios con dicha actividad turística.

V.- CONCLUSIÓN.

Cabe decir que a pesar de la polvareda que ha provocado **la Ley 2013 de 4 de Junio sobre Arrendamientos Urbanos, en nada ha alterado la anterior situación y que se remonta a muchos años atrás:**

a).- Así el Arrendamiento de Temporada se mantiene en los términos que hemos analizado antes, esto es de forma similar como ha venido siendo regulada desde tiempos históricos y sometido a la normativa arrendaticia, lo que en definitiva supone el poder arrendar una vivienda en cualquier tipo de edificios y sin que por este solo hecho la Comunidad de Propietarios o la Consellería de Turismo esté legitimada para impedirlo, y menos imponer cualquier tipo de sanción.

b).- Existe un segmento de población, nacional y extranjero, que conscientemente busca y solicita un tipo de Alojamiento en la isla al que da respuesta adecuada el Arrendamiento de Temporada sometido a la vigente L.A.U. y no a la Ley Turística, bien sea por las características del habitáculo, por razones económicas o de otra índole sin exigir prestación alguna de los servicios turísticos propios de la actividad hotelera, lo que en definitiva conlleva a la conclusión de que lo ofertado se acomoda plenamente a las exigencias del interesado y sin que por tanto se frustren en modo alguno las expectativas creadas.

Sostener lo contrario pugnaría frontalmente con el sagrado principio de libertad de contratación que al efecto consagra el **art. 1254 del Código Civil**.

Por otra parte dicha vía de comercialización turística está en línea con lo que recoge la **Exposición de Motivos V de la Ley del Turismo de las Illes Balears al aludir a “la fuerte competencia internacional, en un escenario marcado por la globalización así como las nuevas**

tecnologías y las redes sociales aplicadas a las actividades productivas y concretamente al turismo ... y que se deben posibilitar fórmulas que desarrollen al máximo las oportunidades que puedan ofrecer los recursos turísticos de las Illes Balears”.

c).- Que la referencia en la mentada Ley Arrendaticia a los Apartamentos Turísticos, como excluidos de su ámbito y con remisión expresa a la normativa sectorial de las Autonomías, **no supone otra cosa que ratificar la normativa anterior que desde siempre ha regulado dicha explotación a través de una Norma Estatal o –en su caso– Autónoma,** como es el caso de Baleares, imponiendo a tal fin las condiciones y requisitos para que se pueda legalizar tal tipo de explotación turística o extrahotelera **y que habida cuenta de la inconcreción y falta de seguridad dimanante de la vigente normativa de aplicación en la materia (Ley del Turismo y Ley de Arrendamientos), al plantear serias dudas en su interpretación,** inevitablemente supondrá y ante los expedientes incoados al efecto, el que sea bien el propio Govern o –en su caso– los Tribunales de Justicia y a través de la vía contencioso administrativa los que resuelvan en definitiva **cuando el arrendamiento de un apartamento deba ser calificado como de Temporada sometido a la LAU o Turístico sometido a la Ley del Turismo.**

d).- Que de accederse por el Govern en el futuro a la legalización de los Apartamentos Turísticos en edificios plurifamiliares, se deberá condicionar en todo caso a lo establecido en el Título Constitutivo y Estatutos de cada edificio en el sentido de que no veten la explotación turística o –en su caso– a lo que resuelva la Junta de Propietarios.

e).- Que las comunidades de propietarios disponen de instrumentos jurídicos suficientes para impedir las molestias y perjuicios que puedan ocasionar tales arriendos, bien sean de temporada o turísticos.

Palma de Mallorca, 18 de Noviembre de 2013.

VIII.- XI PREMIO LUIS PASCUAL GONZÁLEZ.

Los premios Luis Pascual Gonzalez siguen su brillante curso, dando lugar a importantes obras monográficas centradas en las instituciones de nuestro Derecho civil. A continuación se inserta la obra ganadora del XI Premio Luis Pascual González, de la que es autor el Catedrático de Derecho civil de la UIB Pedro A. Munar Bernat y que lleva por título “Disposición de la vivienda familiar y donaciones entre cónyuges. Algunas consideraciones críticas sobre el Anteproyecto de Ley de Régimen Patrimonial del Matrimonio de 2013.”

En la obra premiada se comienza haciendo referencia a los antecedentes de este Anteproyecto, comenzando por el Documento de trabajo de la Comisión Asesora de Derecho civil de las Illes Balears, proponiendo una nueva redacción para los artículos 3, 4 y 5 de nuestra Compilación, hasta llegar al Anteproyecto de 2013, habiéndose producido tres intentos infructuosos de modernizar la normativa de nuestra Compilación, planteando esta parálisis legislativa verdaderos problemas a los Tribunales de nuestras Islas.

En el estudio del Doctor Munar Bernat se destaca el hecho de que el Anteproyecto introduzca la necesaria autorización del cónyuge no titular de la vivienda familiar para disponer de sus derechos sobre la misma, aunque sólo para Mallorca y Menorca, ya que el Consejo Asesor del Derecho civil propio de Ibiza y Formentera ha rechazado para dichas islas el sistema de

autorización preceptiva. Se exponen en el estudio sólidos argumentos de los que se deriva lo absurdo que resulta que el cónyuge titular de la vivienda familiar pueda disponer libremente de sus derechos sobre la misma, ya que ello supone una evidente desprotección de la familia, cuando precisamente todos los regímenes económico matrimoniales han de ir encaminados a su protección.

Se analizan igualmente en el trabajo premiado las donaciones entre cónyuges, señalando el acierto del Anteproyecto al apartarse de la actual redacción del artículo 4.3 de la Compilación –reformado por la ley 3/2009 de 27 de Abril– que considera como posible causa de revocación la separación y el divorcio en todo caso, con lo cual el precepto sería de aplicación incluso en el caso de ser el donante quien hubiere obrado de mala fe. Por el contrario, parece más lógico considerar que los supuestos de crisis matrimonial no pueden dar lugar a la revocación de donaciones libremente realizadas. Es de particular interés la consideración de que sobre estas donaciones entre cónyuges debería planear la reserva vidual, extendiéndola no sólo a los casos de fallecimiento del cónyuge donante –cual ocurre actualmente– sino también a los de separación y divorcio, pasando a ser la reserva vidual una reserva binupcial.

**VIII.1- DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR
Y DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.
ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS
SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY DE RÉGIMEN
PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO DE 2013.**

Pedro A. Munar Bernat

ÍNDICE

PRELIMINAR.

I. UN EXAMEN CRÍTICO A LA LABOR LEGISLATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

1. LOS TRABAJOS PRELEGISLATIVOS.

1.1. La Comisión Asesora de Derecho civil.

1.2. La labor de la Comisión de Derecho Privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

2. BALANCE DE LA NORMATIVA APROBADA.

II. GÉNESIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

1. LOS ANTECEDENTES REMOTOS DE ESTA REALIDAD.

2. EL CONSEJO ASESOR PARA EL MANTENIMIENTO, LA CONSERVACIÓN Y LA DEFENSA DEL DERECHO FORAL DE IBIZA Y FORMENTERA.

3. LA VERSIÓN DEFINITIVA DEL ANTEPROYECTO, DE 6 DE FEBRERO DE 2013.

III. LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

1. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN ASESORA EN 2000.

2. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN ASESORA DE 2007.

3. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN ASESORA DE DERECHO CIVIL DE 2013.

3.1. La regulación prevista.

3.2. Elementos fundamentales de la propuesta.

3.2.1. Su disposición sistemática.

3.2.2. Objetos sobre los que debe recaer el consentimiento.

3.2.3. Carácter del consentimiento exigido.

3.2.4. La referencia a las hipótesis de cotitularidad.

3.2.5. El carácter imperativo de la norma.

3.2.6. La autorización judicial en supuestos de imposibilidad de obtener el consentimiento del cónyuge.

3.2.7. Las reglas relativas a la obligación de manifestar el carácter de la vivienda.

3.2.8. El régimen jurídico de la protección.

4. VALORACIÓN SOBRE LAS POSIBLES ALTERNATIVAS PROPUESTAS.

- 4.1. Es una norma de régimen económico matrimonial primario.
- 4.2. Es una norma que protege a la familia más allá de la titularidad dominical.
- 4.3. Su relación con la norma sobre fijación del domicilio conyugal.
- 4.4. Trata de peor condición al cónyuge casado no titular que al divorciado, anulado o separado.
- 4.5. ¿Tiene sentido la peculiaridad que manifiesta?
- 4.6. Solución que se sugiere.

IV. LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.

2. LA DONACIÓN Y EL MATRIMONIO.

3. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.

- 3.1. La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho Romano.
 - 3.2. La prohibición de las donaciones entre cónyuges en los textos precompilatorios.
 - 3.3.1. Memoria de Ripoll y Palou de 2 de febrero de 1880.
 - 3.3.2. Exposición del Colegio de Abogados de Palma de Mallorca con motivo de la proyectada codificación del derecho civil común y foral. 1881.
 - 3.3.3. Proyecto de apéndice al Código civil redactado por la mayoría de la Comisión Especial de Derecho foral. 1903.
 - 3.3.4. Informe del Colegio de Abogados de Palma sobre el proyecto de apéndice al Código civil. 1921.
 - 3.3.5. Proyecto de Apéndice elaborado por la Comisión de Juristas nombrada por la OM de 10 de enero de 1948.
 - 3.4. Las donaciones entre cónyuges en la Compilación de 1961.
 - 3.5. La regulación tras la reforma operada por la Ley 8/1990 y el Decreto Legislativo 79/1990.
 - 3.6. La modificación operada por la Ley 3/2009, de 27 de abril.
 - 3.6.1. El sentido de la reforma.
 - 3.6.2. La situación en que queda el art. 1343.3 in fine del Código civil.
 - 3.6.3. La opción escogida por el legislador balear.
 - 3.7. La alternativa del Anteproyecto de régimen patrimonial del matrimonio.
4. Donaciones entre cónyuges y reserva.

- 4.1. La situación actual en las Illes Balears.
- 4.2. La situación que plantearía el Anteproyecto.
- 4.3. La propuesta de la Comisión de Derecho Privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.
- 4.4. Conclusión.

BIBLIOGRAFIA.

ANEXO. ANTEPROYECTO DE LEY DE RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

PRELIMINAR.

En la sesión inaugural del curso académico 2012-2013 de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las islas Baleares¹, su Presidente, el Dr. Miquel Masot Miquel, anunció que la Comisión Asesora de Derecho civil del Gobierno Balear² había concluido un anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio³. Desde el 13 de septiembre se ha abierto un período de exposición pública del mismo⁴.

La pretensión de este trabajo es analizar dos aspectos de esta propuesta que suponen un cambio respecto de la normativa actualmente vigente.

Nos referimos a la exigencia del consentimiento del cónyuge no titular en supuestos de actos de disposición sobre la vivienda familiar en las islas de Mallorca y Menorca y a la regulación de las causas de revocación de las donaciones entre cónyuges, constante matrimonio.

En todo caso, antes de proceder a ese análisis, pensamos que resulta conveniente dedicar sendos epígrafes a dos temas de fondo; en primer lugar, hacer una reflexión general sobre la actuación del Parlament de les Illes Balears y de los diferentes gobiernos que, desde 1983, han dirigido los designios de nuestra Comunidad Autónoma; en segundo término, analizar la génesis del anteproyecto de ley dando cuenta de sus vicisitudes para, en su caso, establecer un cierto paralelismo con las que se produjeron en la elaboración y aprobación de la Compilación de Derecho civil de Baleares de 1961.

1.- *Revista Missèr*, gener-març 2013, pág. 45.

2.- Órgano permanente de consulta y asesoramiento del Gobierno de las Islas Baleares en materia de derecho civil propio, creada por Decreto 229/1999, de 29 de septiembre (BOCAIB n° 136, de 30 de octubre 1999), posteriormente regida por el Decreto 168/2003, de 23 de septiembre (BOIB n° 136, de 30 de septiembre 2003) y actualmente regulada por el Decreto 9/2009, de 23 de febrero (BOIB n° 26, de 19 de febrero), modificado por Decreto 1/2012, de 20 de enero (BOIB n° 14, de 31 de enero).

En la actualidad, forman parte de la misma nombrados por Decreto 14/2009, de 6 de marzo (BOIB n° 37, de 12 de marzo) y Acuerdo del Consejo de Gobierno de 3 de febrero 2012 (BOIB n° 22, de 11 de febrero): Miguel Coca Payeras (Presidente), Pedro A. Aguiló Monjo (Secretario), Olga Cardona Guasch Jaime Ferrer Pons, M^a Pilar Ferrer Vanrell, Francisca Llodrà Grimalt, Miquel Masot Miquel, M^a Antonia Mateu Gelabert, Tomas Mir de la Fuente, Andrés M^a Monserrat Quintana, Josep M^a Quintana Petrus, M^a del Carmen Vila Ribas (Vocales).

3.- Se maneja una versión de fecha 6 de febrero de 2013, que se acompaña como Anexo al final del trabajo.

4.- <http://www.caib.es/govern/sac/fitxa.do?estua=3&lang=ca&codi=1571171&coduo=3>

I. UN EXAMEN CRÍTICO A LA LABOR LEGISLATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA.

1. LOS TRABAJOS PRELEGISLATIVOS.

1.1. La Comisión Asesora de Derecho civil.

Como hemos señalado, la Comisión Asesora de Derecho civil es el órgano permanente de consulta y asesoramiento del Gobierno balear en materia de Derecho civil propio.

Además de la labor que ha concluido con las normas aprobadas por el Parlament de las que al final de este epígrafe daremos cuenta, ha realizado una importante labor en aras a conseguir una reforma de las normas relativas a los efectos patrimoniales del matrimonio, como acreditan los hitos que a continuación se enumeran, pero que desgraciadamente hasta la fecha no ha tenido reflejo normativo.

a) Documento de trabajo de 26 de octubre de 2000, aprobado en el seno de la Comisión Asesora de Derecho civil de les Illes Balears⁵, por el cual se da nueva redacción a los artículos 3, 4 y 5 de la Compilación de Derecho civil de las islas Baleares, que fue entregado al Gobierno de la Comunidad Autónoma en 2004⁶.

b) Propuesta de reforma de los aspectos patrimoniales del Matrimonio, presentada por la Comisión Asesora de Derecho civil de les Illes Balears, aprobada por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma el 23 de marzo de 2007⁷.

5.- Los integrantes de la misma, nombrados por el Decreto 50/2000, de 17 de marzo (*BOCAIB* n° 38, de 23 de febrero) eran, a la sazón, Miquel Masot Miquel (Presidente), Juan López Gayá (Secretario), Miguel Ángel Aguiló Monjo, M^a José Cánaves Bertos, Miguel Coca Payeras, Jaume Ferrer Pons, Josep M^a Quintana Petrus, Ignasi Ribas Garau, y Cristina Tur Sans. Por Decreto 76/2002, de 17 de mayo (*BOIB* n° 63, de 25 de mayo de 2002), se produjo una modificación en su composición, abandonándola los Sres. Masot Miquel, López Gayá, Aguiló Monjo y Sra. Cánaves Bertos e incorporándose Raimundo Clar Garau, Bernardo Garcías Vidal y M^a Antonia Mateu Gelabert, que asumió el cargo de Secretaria.

6.- Según manifiesta la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 29 de abril de 2011.

7.- Nombrada por Decreto 15/2004, de 6 febrero (*BOIB* n° 22, de 14 de febrero) e integrada por M^a Pilar Ferrer Vanrell (Presidenta), Felisa Vidal Mercadal (Secretaria), Antonio D. Canals Prats, Olga Cardona Guasch, Raimundo Clar Garau, Jaime Ferrer Pons, Bernardo Garcías Vidal, Pedro Monjo Cerdaétrus, Pedro A. Munar Bernat y Antonio Planas Rosselló.

Compuesta por 25 artículos, quedó integrada en el Proyecto de Ley por el que se reforma el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears.

Dicho Proyecto de Ley, que no llegó a ser objeto de tramitación parlamentaria, pretendía modificar no sólo el Título I del Libro I, dedicado a Mallorca, aplicable por mor de la remisión del artículo 65 de la CDCIB, a Menorca, sino que también aspiraba a reformar el Título Preliminar de la Compilación. De ahí que dicha propuesta de reforma de los efectos patrimoniales del matrimonio se contuviera en los artículos 4 a 28, ambos inclusive, de dicho Proyecto, toda vez que los artículos 1, 2 y 3 del mismo estaban destinados a sustituir a los dos que componen el actual Título Preliminar de la CDCIB.

c) Anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio, presentado por la Comisión Asesora de Derecho civil a la consideración del Gobierno, donde:

La ley se denomina “de régimen patrimonial del matrimonio”, porque no se limita, como hacía hasta ahora la Compilación, a regular el régimen económico matrimonial propio de las diferentes islas, sino que intenta incluir los diferentes aspectos patrimoniales que derivan del hecho de contraer matrimonio con la finalidad de que en las situaciones en que sea aplicable esta ley la ordenación sea completa y no sea necesario acudir a ordenaciones supletorias.⁸

que es el que da pie a este trabajo.

La parálisis legislativa en esta materia, con independencia de la valoración que se quiera hacer de ella, hay que reconocer que está planteando verdaderos problemas a los tribunales de las islas, como acredita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears, de 24 de marzo 2010⁹ en que, para evitar la evidente discriminación para las parejas casadas que puede

8.- Fiel al modelo aprobado por unanimidad de la Comisión Asesora de Derecho Civil en las sesiones de 30 de marzo y 28 de abril de 2009, que es el de la elaboración de leyes sectoriales especiales en torno al Derecho civil propio que de forma parcial deben ir derogando la Compilación, con el fin último de, una vez promulgadas las diferentes leyes sectoriales, decidir la refundición en un solo cuerpo legal, o mantener el sistema sin un cuerpo legal de referencia. *Cfr.* COCA PAYERAS, Miguel – VILA RIBAS, M^a del Carmen: “El Derecho civil balear en su Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro”. *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 de Mallorca, 2011, pág. 223.

9.- Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio F. Capó Delgado. RJ 2010/4019.

suponer el reconocimiento de una indemnización por el trabajo para la casa que haya podido desarrollar uno de los integrantes de una pareja estable por parte del art. 9 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, entiende que procede realizar una aplicación analógica de dicho precepto ante la reclamación de un cónyuge en el marco de un procedimiento de divorcio al considerar que

“si así no se hiciera, el trato diferente de esta situación semejante y en la que existe identidad de razón por el mismo Ordenamiento Jurídico conduciría al absurdo, vulneraría la técnica integradora de la analogía legis e implicaría, necesariamente, una discriminación proscrita por el artículo 14 de la Constitución Española”.

Al margen de que la solución a la que llega la sentencia pueda ser plausible desde una perspectiva de justicia material, resulta muy atrevido realizar esa aplicación analógica aunque sólo sea por el hecho objetivo de que el Legislador balear ha procedido a reformar la Compilación en materia de régimen económico, en concreto su artículo 4, en 2009 y, pudiendo, no ha creído necesario incorporar un precepto equivalente al art. 9 de la LPE, argumento que es una de las bases por las que el TSJIB entendió que no procedía la aplicación supletoria del artículo 1320 Cc ante el silencio del legislador balear, en su sentencia de 3 de septiembre de 1998¹⁰.

1.2. La labor de la Comisión de Derecho Privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

La Academia, de acuerdo con el art. 3.3 de sus Estatutos, plantea entre sus actividades:

“el estudio de las disposiciones legales para orientar su aplicación, formular propuestas de reforma, y concurrir a las informaciones públicas sobre la nueva legislación, dedicando especial consideración al Derecho propio de las Illes Balears”.

En aras a dar cumplimiento a esa misión, desde 2009 tiene constituida una Comisión Académica de Derecho Privado¹¹ que en los últimos años ha publicado una serie de valiosas contribuciones para la conveniente reforma del derecho de sucesiones:

10.- Ponente Ilmo. Sr. D. Rafael Perera Mezquida. RJ 1998/8505.

11.- Creada por acuerdo adoptado en la sesión de la Academia de 16 de febrero de 2009.

- Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad¹².
- Sistemas legitimarios de las Illes Balears¹³.
- Los contratos sucesorios en las Illes Balears¹⁴.
- Reservas hereditarias y derecho civil balear¹⁵.

En todos los casos, se ha remitido ejemplar de los estudios realizados a la Comisión Asesora de Derecho civil y a la Presidencia del Parlament Balear.

El último de los trabajos presentados por la Academia será objeto de especial atención en este trabajo al hilo del tema de las donaciones entre cónyuges, por su vinculación con la materia de la reserva viudal.

2. BALANCE DE LA NORMATIVA APROBADA.

A pesar de estas importantes iniciativas prelegislativas o de propuestas académicas, hay que convenir que es llamativa la falta de voluntad política de los diferentes Gobiernos de la Comunidad Autónoma que, desde 1983 hasta la fecha, se han visto incapaces de afrontar una reforma en profundidad del derecho civil propio de las islas Baleares¹⁶, de acuerdo con la competencia que tiene reconocida la Comunidad Autónoma en la conservación, modificación

12.- A partir de una ponencia de Miquel Masot Miquel, con aportaciones de Bernardo Cardona Escandell, José Cerdá Gimeno, Jaime Ferrer Pons, Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés y Tomás Mir de la Fuente. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, X, págs. 307-326.

13.- Cuyos autores han sido Jaime Ferrer Pons (Mallorca), Josep M^a Quintana Petrus (Menorca) y Bernardo Cardona Escandell (Ibiza), bajo la coordinación de Tomás Mir de la Fuente, Miquel Masot Miquel y Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XI, págs. 307-326.

14.- *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XII, págs. 176-217.

15.- A partir de una ponencia de Carlos Jiménez Gallego, con aportaciones de Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, M^a Pilar Ferrer Vanrell, Jaime Ferrer Vanrell, Tomás Mir de la Fuente, Bernardo Cardona Escandell, Miquel Masot Miquel, actuó como moderador, y tomando en consideración los informes remitidos por Josep M^a Quintana Petrus y José Cerdá Gimeno. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XIII, págs. 291-338.

16.- Resultan expresivas las palabras de COCA PAYERAS, Miguel –VILA RIBAS, M^a del Carmen: *Loc. Cit.*, pág. 223: “Han pasado más de diez años desde que la Comisión de Expertos para el estudio de una posible reforma de la CDCIB, designada por Acuerdo del Gobierno de 9 de octubre de 1998, elaboró su Informe, en el que de forma premonitoria se acuciaba sobre la necesidad de que la Comunidad Autónoma realizara *un esfuerzo para sentar unas bases claras de política legislativa, so pena de quedar irremediabilmente descolgada del devenir futuro de los Derechos civiles propios del Estado español, malbaratando una oportunidad histórica.*

Ciertamente la creación de la Comisión Asesora de Derecho Civil supuso un hito en esta dirección, pero insuficiente habida cuenta de que ninguno de los gobiernos de la Comunidad ha sido capaz de exponer a dicha Comisión cuál era su programa de política legislativa al respecto”.

y desarrollo del derecho civil de las islas Baleares, ex art. 149.1.8ª de la Constitución Española y art. 10.21 Estatuto de Autonomía de les Illes Balears, aprobado por LO 2/1983, de 25 de febrero¹⁷.

En efecto, más allá de la Ley 8/1990, de 29 de junio sobre la Compilación de derecho civil de Baleares y el Decreto Legislativo 79/90, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho civil de Baleares que tenían por principal función “constitucionalizar” el texto de la Compilación de 1961, con independencia de alguna valiosa modificación de fondo que se hizo sobre el texto originario, las intervenciones han sido puntuales:

- La Ley 3/1985, 11 de abril, de modificación del artículo 63 de la Compilación.

- La Ley 7/1993, de 20 de octubre, de reforma del art. 2 del Título Preliminar del DL 79/1990, como consecuencia de la Sentencia de 6 de mayo de 1993 del Tribunal Constitucional que declaró inconstitucional el inciso “y serán de aplicación a quienes residan en él, sin necesidad de probar su vecindad civil” del art. 2.1.

- La Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables.

Con relación a esta Ley es obligado aludir, por una cuestión de candente actualidad, a la luz de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 93/2013, de 28 de abril, porque podría suponer la inconstitucionalidad del art. 2.2 de la Ley balear¹⁸ puesto que el TC en el punto 6 de los Fundamentos Jurídicos afirma:

“la adopción de normas unilaterales o de extensión delimitadora de los respectivos ámbitos de aplicación espacial y personal de la norma en tanto que técnica de solución de conflictos es... una tarea que resulta vedada a la actuación del legislador autonómico. Quiere ello decir que, en este caso, es al legislador foral a quien corresponde determinar el ámbito de aplicación de las normas que aprueba si bien tal labor no puede ser realizada al margen del principio de territorialidad que limita las normas autonómicas.

17.- Que pasó a ser el art. 10.23 tras la reforma operada por la LO 3/1999, de 8 de enero y que en la actualidad se halla reconocida por el art. 30.27 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.

18.- “Para poderse acoger a esta Ley, como mínimo, uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por esta”.

Sin embargo, es patente que el art. 2.3 de la Ley Foral 6/2000 se aparta de esta doctrina, pues, al establecer su aplicación al supuesto en que uno de los dos miembros de la pareja estable tenga vecindad civil navarra, determina el ámbito personal de aplicación de una norma integrada en el ordenamiento navarro y dispone unilateralmente, por tanto, la eventual aplicación de la normativa de la Comunidad Foral al miembro de la pareja que no tenga la vecindad civil antes citada. Al definirse el ámbito de aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función de la ley personal de uno de los miembros de la pareja estable se contiene así una norma de solución de conflicto con otras leyes (aplicación de la Ley Foral 6/2000 en función del criterio de la vecindad civil foral de uno de los miembros de la pareja estable) que expresa la preferencia por el propio ordenamiento foral, cuando la competencia de dictar normas para resolver los conflictos de leyes se halla reservada al Estado con carácter exclusivo por el art. 149.1.8 CE, según hemos ya señalado.

En tal sentido, con la utilización del criterio de la vecindad civil y al constituir ésta el punto de conexión para la determinación del estatuto personal, es claro que se viene a incidir sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes». Determinar cuál es la ley personal aplicable en los conflictos interregionales derivados de la potencial concurrencia de legislaciones diversas en la regulación de una situación, es una materia que se sitúa extramuros de las competencias autonómicas en tanto que la Constitución ha optado por que sea al Estado al que corresponda, en su caso, el establecimiento de las normas de conflicto en estos supuestos”¹⁹.

- La Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas.

- La Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de mediación familiar, derogada y sustituida por la Ley 19/2010, de 9 de diciembre, de mediación familiar.

- La Ley 3/2009, de 27 de abril, de modificación de la Compilación sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento.

- La Ley 3/2010, de 7 de junio, de constatación de censos y alodios y de extinción de los inactivos.

Si se compara esa actividad legislativa con la de otras Comunidades

19.- *BOE*, 23 de mayo 2013.

Autónomas que también partían de una Compilación, nuestra posición no es precisamente airosa²⁰:

- Aragón ha aprobado el Código de Derecho Foral de Aragón mediante Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo en el que refunde todas las Leyes civiles aragonesas

- Cataluña ha alcanzado la cota al tener ya un Código civil propio del que sólo falta el Libro VI relativo a obligaciones y contratos, materia sobre la que ha hecho intervenciones puntuales habida cuenta de la competencia estatal en materia de base de las obligaciones.

- Galicia ha aprobado la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia.

- País Vasco aprobó la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil del País Vasco.

Por su parte, la Comunidad Valenciana ha dictado nada menos que la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, además de haber intervenido legislativamente en distintos ámbitos cuya competencia legislativa en materia civil se halla sub iudice²¹.

Pero es que incluso alguna otra Comunidad Autónoma ha pretendido, por la vía de la legislación sobre parejas estables o mediación, entrar a regular aspectos propios de derecho civil. Esta posibilidad ha sido cortada de raíz por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 81/2013, de 11 de abril²²:

“pues ya tenemos declarado que las regulaciones relativas a las relaciones *interprivatos* constituyen reglas de derecho privado encuadrables en la materia de legislación civil (STC 28/2012, de 1 de marzo, FJ 5), relaciones *interprivatos* en las que, indudablemente, se integran los pactos de contenido económico y patrimonial a que se refieren estos preceptos. En

20.- Así lo reconoce la Exposición de Motivos del Anteproyecto de 2013 cuando afirma: “ha tingut fins avui un desenvolupament escàs, especialment insòlit si es compara amb el que ha succeït en altres comunitats autònomes que gaudeixen de la mateixa competència legislativa exclusiva”.

21.- Hay que recordar que está pendiente de resolución el Recurso de Inconstitucionalidad que el Gobierno de la Nación planteó en 2007 frente a los artículos 15, 17.2, 27.2, 30, 33, 37, 39, 42, 46, 47 y 48 de la Ley citada, si bien por Auto de 12 de junio de 2008 se levantó la suspensión cautelar que existía desde la admisión a trámite del recurso.

22.- Que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Madrid en relación a diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de parejas de hecho, declarando la nulidad de sus artículos 4 y 5.

dicha materia, el Estado ostenta, conforme al primer inciso del art. 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre “legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existan”. Esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito”²³.

II. GENESIS DEL ANTEPROYECTO DE LEY DE REGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO.

La propuesta normativa que origina este trabajo ha conocido dos versiones y son sustancialmente distintas. Ello obliga a analizar las circunstancias que justifican ese cambio de rumbo y, en su caso, hacer una valoración crítica de la solución que se alcanza.

En efecto, existe un primer texto fechado a 29 de abril de 2011, que advierte que “está pendiente de finalizar la redacción de algunos artículos y su estructura” y otro posterior, que es la versión definitiva, de 6 de febrero de 2013.

La primer versión está dividida en seis Títulos (Disposiciones Generales; De las cargas familiares y su levantamiento; De la vivienda y el menaje familiar; De las donaciones por razón del matrimonio; De los capítulos matrimoniales (dividido a su vez en tres capítulos: Disposiciones generales, De los espòlits, Del usufructo universal capitular); Del régimen económico matrimonial (también estructurado en tres capítulos: Disposiciones generales, Del régimen de separación de bienes, Del régimen convencional de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras).

El texto definitivo del Anteproyecto presenta una estructura radicalmente diferente atendido el hecho de que se añade un Título VII bajo la rúbrica “Disposiciones aplicables a Ibiza y Formentera” donde, además de un capítulo dedicado a Disposiciones Generales, se dedica uno a los Espòlits, otro al usufructo universal capitular y otro al régimen convencional de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras.

Como se puede deducir la gran diferencia de estructura, pero también en el contenido normativo, como más tarde se explicará, viene motivada por la

23.- *BOE*, 10 de mayo 2013.

existencia de una corriente de opinión en Ibiza contraria a que exista una legislación balear única aunque sea respetuosa con las peculiaridades de esas islas pitiusas²⁴.

1. LOS ANTECEDENTES REMOTOS DE ESTA REALIDAD.

Esta situación que se plantea en 2013 no es nueva como acreditan los acontecimientos que dieron lugar al texto definitivo de la Compilación de 1961, como pudo demostrar la recordada Luz ZAFORTEZA DE CORRAL²⁵.

El 6 de noviembre de 1958 la Comisión Permanente de la Comisión General de Codificación acuerda constituir una Sección Especial para el estudio del Derecho civil de Baleares integrada por Rafael Rubio (Presidente), Santiago Pelayo Horé, Pablo Jordán de Urries, Francisco Bonet Ramón, Gabriel Subías Feliu, Germán Chacártegui Sáenz y Marcelino Cabanes Rodríguez (Secretario). Esta Comisión comienza su trabajo partiendo del Anteproyecto de Apéndice de Derecho Foral mallorquín, redactado y aprobado por la Comisión de Juristas de Baleares, nombrada por Orden de 10 de febrero de 1948²⁶.

La situación da un vuelco espectacular cuando mediante carta de 2 de abril de 1960 el vocal Pelayo Horé remite a Marcelino Cabanas:

“una pequeña bomba que acabo de recibir” de cuya lectura deduce “que una cosa son las islas Baleares y otra distinta las islas Pitiusas (Ibiza y Formentera)”²⁷.

La conclusión que alcanza es que:

“parecería aconsejable tomar algún detalle por ejemplo en la regulación de los “espolits”, para dar la impresión de que el trabajo de los juristas de las Islas Pitiusas ha sido apreciado por la Comisión. Ello podría completarse con una carta dirigida a

24.- Basta reproducir las expresiones de Germán LEÓN PINA en el artículo publicado en el *Diario de Ibiza* el 12 de marzo de 2011: “el Consejo Asesor, al que ya no pertenezco, va a tener que dedicar el talento de sus componentes, a frenar la enésima ofensiva que se está preparando en Mallorca, solo que esta vez el riesgo de desaparición del Derecho pitiuso es mucho mayor, y ello obedece a que se pretende que el legislador rompa el esquema tripartito de la Compilación, y promulgue un Código Civil único para todas las Baleares, que recoja como excepciones locales las especialidades de Menorca, Ibiza y Formentera”.

25.- ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz: La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo: Antecedentes, documentos y actas. Palma de Mallorca, 1992.

26.- Formada por Gonzalo Fernández de Castro, Juan Alemany, Manuel Cerdó, Germán Chacártegui, Gabriel Subías, Félix Pons y José Quiñones.

27.- ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, *Ob. Cit.*, pág. 100.

Cruz Carrasco... agradeciendo la colaboración prestada y haciendo algunas consideraciones acerca de cómo estas compilaciones no pretenden disgregar minuciosamente la legislación española, sino antes al contrario disponer de una amplia información para ser tenida en cuenta el día que se acometa de lleno la redacción de un nuevo Código civil en el que se recoja toda aquella parte del Derecho Foral que merezca ser conservada”.

La “bomba” no era otra cosa que el Acta de la sesión celebrada por la Comisión de Juristas de Ibiza²⁸ el 14 de marzo de 1960, donde se afirma:

“Siguiendo en este orden de ideas podemos decir que ni por su origen²⁹, ya que el Derecho civil de Ibiza y Formentera arranca en la Carta de Franquicias dada a Ibiza por los magnates que la conquistaron en 1236, según apunta Puig Peña (Derecho civil tomo 19, vol. I, pág. 239), ni por las normas actualmente vigentes en este territorio foral, es admisible la tesis de identidad de su Derecho foral con el de la isla de Mallorca³⁰, y hay que afirmar, por el contrario, su más próximo parentesco con el derecho foral catalán.

La noticia, recientemente divulgada, de que la Comisión General de Codificación estudia, en fase previa, el proyecto de Apéndice balear formado por la comisión de juristas mallorquines en 22 de Febrero de 1949, para su ulterior remisión a las

28.- Formada por José Cruz Carrasco (ponente y redactor de la Exposición y proyecto de Apéndice), Miguel Pastor, J. Marí, José Costa Ramón, Antonio Prats, Juan de Valldeu, A. Ballester, S. Llano, Juan Tur, A. Roig, Alberto Prats, José Luis Cañadas, Higinio Pi y Antonio Planells.

29.- Esta cuestión, que genera el debate sobre si Ibiza formaba parte o no del Reino de Mallorca parece resuelta en sentido afirmativo, si se tiene en cuenta el parecer de MACABICH LLOBET: Isidoro: “Sobre el antiguo Reino de Mallorca”. *Revista de Estudios Ibicencos*, núm. 3 (2ª época), 1956: “fué debida a que, cuando la anexión de Menorca e Ibiza, funcionaba ya la vida pública en Mallorca como verdadero Reino. Y a la limitada trabazón con el mismo de parte de dichas islas menores que recibieron, por la reconquista, una gran autonomía Ibiza en particular, en cuya conquista no intervino directamente el poder real. Pero, claro está que pertenecían al Reino de Mallorca y formaban parte del mismo, con ese dictado, formulario de “islas adyacentes”.

30.- En 1897, cuando se estaba en plena elaboración del que más tarde fue Proyecto de Apéndice de 1903, Víctor NAVARRO, registrador de la Propiedad, manifestaba: “si se llega a formar el Apéndice foral para Baleares y se hace extensivo a Iviza, se le vendrá a imponer a esta isla un derecho nuevo y extraño para ella”, citado por LLODRA GRIMALT, Francesca: “La *Compilación del Derecho civil especial de las islas Baleares* y el su carácter innovador”. *El dret viscut...*, pág. 84.

Cortes españolas y aprobación como Derecho civil vigente en todo el archipiélago balear, ha provocado en esta isla la natural inquietud³¹ ante el evidente peligro que de aprobarse dicho proyecto no sólo se le prive de su tradicional régimen jurídico foral y consuetudinario, con violación de la garantía de conservación que establecieron los artículos 12 y 13 del Código civil, sino de que se le imponga o trate de imponer un derecho nuevo completamente extraño a sus convicciones jurídicas y a sus tradiciones familiares y sucesorias”³².

La consecuencia, como es conocido, fue que se dividiera la Compilación en tres libros, uno para Mallorca, otro para Menorca y un tercero para Ibiza y Formentera³³.

Al procederse a la reforma de la Compilación a partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, ya se partió de la existencia de los tres Libros y dentro de la Comisión Compiladora de Juristas de Baleares, nombrada por RD 1007/1981, de 22 de mayo, se incorporó ex profeso a un

31.- Como señala LLODRA GRIMALT, Francesca: *Loc. Cit.*, pág. 84, en la Comisión de Juristas de 1948 ni en las ternas que se propusieron para su elección no había ningún representante ibicenco.

En todo caso, vale la pena recordar las palabras de Gabriel Subías en sendas cartas remitidas a Marcelino Cabanas, al hilo de la reacción ibicenca. En la de 31 de mayo de 1960 afirma: “Debo decirle, sin embargo, que cuando actuó la Comisión en 1948 se puso en relación con las gentes de Leyes de Menorca e Ibiza y no pareció entonces que tuvieran el interés que ahora han demostrado”; en la de 4 de junio de 1960 es todavía más rotundo: “En Menorca e Ibiza, y por tanto también en Formentera, han regido el mismo Derecho y las mismas disposiciones que en Mallorca y de ahí que se haya considerado como Derecho Balear el Derecho Mallorquín, con tanto mayor motivo cuanto que cuando se hizo la Compilación (Anteproyecto) de 1949 ...los ibicencos callaron como muertos”. ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz, *Ob. Cit.*, págs. 101 y 104.

Sin duda contradictorias con ese parecer son las expresivas palabras de José COSTA RAMON, citadas también por Francesca LLODRA GRIMALT, *Loc. Cit.*, pág. 84: “Cada una de las islas del Archipiélago balear tiene modalidades peculiares, que las diferencia entre sí y que a su vez han impreso su huella en el campo del derecho, reflejándose en la vida jurídica”.

32.- FERRER VANRELL, María Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A. *Materials precompilatoris del Dret civil de les Illes Balears, Palma, 2002, págs., 201-221.*

33.- Frente a esta alternativa, sin duda entendemos más plausible la opción propuesta por Miguel COCA PAYERAS (“Introducción” *Compilación de Derecho civil de Baleares*. Ed. Ramón Areces, 1991, pág. 14) y que sin duda inspiró la primera versión del Anteproyecto de Régimen Patrimonial del Matrimonio que estamos analizando: “Lo aconsejable, al final, hubiera sido crear un Libro tras el Título Preliminar de disposiciones generales a todas las islas, a las cinco. En contra de tan racional pretensión juegan razones históricas de prurito entre las islas, señaladamente entre Mallorca e Ibiza, que ya se produjeron con motivo de la elaboración de la Compilación de 1961. Entiéndaseme bien, no abogo por la unificación del Derecho civil de las Islas sobre la base del de Mallorca, sino al contrario, porque sea ordenado unitariamente lo que ya es común, y separadamente las especialidades de cada una de las islas”.

representante de los Consejos Insulares de Menorca (Miguel Coll Carreras) y de Ibiza y Formentera (José Cerdá Gimeno), además de que uno de los representantes del Colegio de Abogados era ibicenco: primero, Juan José Tur Serra y a su fallecimiento, Bernardo Cardona Escandell³⁴.

2. EL CONSEJO ASESOR PARA EL MANTENIMIENTO, LA CONSERVACIÓN Y LA DEFENSA DEL DERECHO FORAL DE IBIZA Y FORMENTERA.

El 27 de noviembre de 1998 el Consell Insular de Ibiza y Formentera creó el Consejo Asesor para el mantenimiento, la conservación y la defensa del derecho foral de Ibiza y Formentera y aprobó su reglamento de funcionamiento. Dicho reglamento fue modificado por Acuerdo del Pleno del Consell Insular de 28 de junio de 2004³⁵.

Posteriormente, y a partir de la reforma estatutaria que comporta la existencia separada de un Consejo Insular de Ibiza y otro de Formentera, el 30 de abril de 2010 el Pleno del Consejo Insular de Ibiza aprueba un nuevo Reglamento y altera el nombre del órgano consultivo que pasa a ser el Consejo Asesor del Derecho civil propio de Ibiza y Formentera, explicando que

“el cambio de nombre del Ente, abandonando toda referencia al derecho foral, se justifica por la conceptualización actual de nuestro derecho de acuerdo con las previsiones estatutarias”.

La finalidad del ente viene determinada por el art. 2 al manifestar que es:

“velar por la conservación, actualización y desarrollo del derecho civil de Ibiza y Formentera”.

Está compuesto por 12 miembros,

“profesionales del Derecho y/o personas de reconocido prestigio en el ámbito de la defensa de los hechos, de las costumbres jurídicas y de los usos propios de la isla de Ibiza”³⁶.

34.- MIR DE LA FUENTE, Tomás: “La evolución del Derecho civil balear compilado. El contenido de la Compilación y sus modificaciones”. *El dret viscut...*, págs. 233-234.

35.- BOIB nº 103, de 24 de julio de 2004.

36.- Juan Carlos Torres Ailhaud (Presidente), Olga P. Cardona Guasch (Vicepresidenta), Álvaro Esteban Gómez, Ana López Woodcok, Fernando Ramos Gil, Jaime Roig Riera, Javier Tur Mena, Javier González Granada, María Torres Bonet, Germán León Pina, José Gómez de Serna Nadal y Miquel Guasch Ramón. Acuden, como invitados: José Cerdá Gimeno, Ángel C. Navarro Sánchez, M^a Eugenia Roa Nonide.

A partir de la versión de abril de 2011 del Anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio comienzan a levantarse voces críticas contra aquel texto, significándose Germán León Pina, Notario de San Antonio, que denuncia en la prensa

“la mallorquinización del derecho de Ibiza y Formentera, lo cual no es más que un artificio o maquinación insidiosa o fraudulenta para la aplicación del derecho de Mallorca en las Pitiusas”,

haciendo referencia a una serie de puntos que entiende contrarios al derecho pitiuso:

- Exigencia del consentimiento del cónyuge no titular en caso de disposición de la vivienda familiar, que supone desvirtuar la separación de bienes entre los consortes, uno de los rasgos característicos de las Pitiusas.

- Exigencia de que los cónyuges se faciliten información sobre la gestión de su patrimonio con vistas a la toma de decisiones sobre la forma de subvenir a las necesidades familiares, que considera “absurdo en una situación de calma marital constante”.

- La responsabilidad del cónyuge por las deudas contraídas por el otro, que entiende que debe ser limitada.

- La prohibición de que un cónyuge pueda designar un sustituto para otorgar poderes sin autorización de su consorte, porque “supone la mallorquinización del derecho ibicenco”.

- El proyecto autoriza que la parte de las ganancias del marido que se pueden conferir a la esposa en espòlits se pueda satisfacer total o parcialmente en bienes, cuando la tradición ibicenca exige el abono en metálico.

- El que no se consideren cargas familiares las ayudas por manutención que los hijos otorgan a los padres cuando éstos viven en la misma construcción pero en una planta distinta.

- La predetracción del ajuar familiar “que es un tema que siempre ha preocupado a los juristas mallorquines por la influencia del elemento judaico en la sociedad de Mallorca, pero que en cambio nunca ha sido motivo de preocupación entre los juristas ibicencos, pues la sociedad pitiusa tiene raíces púnicas y no hebreas”³⁷.

El 19 de octubre de 2011 se constituyó y a finales de 2102 presentó al

37.- FERRER, Joan Lluís: “El Govern concluye la redacción de la Ley que altera el derecho autóctono de las Pitiusas”. *Diario de Ibiza*, 8 de mayo 2011.

Vicepresidente del Gobierno el borrador de anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio, con la inclusión de las excepcionalidades específicas de las Pitiüses, explicando el Presidente del Consejo Insular de Ibiza que

“esta Ley no se entiende sólo como una ampliación y actualización, sino también como una revitalización y recuperación de aspectos jurídicos propios, históricos y tradicionales de Ibiza y Formentera”³⁸.

3. LA VERSIÓN DEFINITIVA DEL ANTEPROYECTO, DE 6 DE FEBRERO DE 2013.

El texto definitivo del Anteproyecto, fechado a 6 de febrero de 2013, explica en su Exposición de Motivos que tras una primera fase en que se elaboró entre marzo de 2009 y abril de 2011 en la Comisión Asesora, posteriormente se enriqueció

así como las propuestas presentadas por el Consejo Asesor de Derecho Civil Propio de Ibiza y Formentera.

El punto de inflexión lo marca el artículo 45 cuando establece que serán de aplicación a los matrimonios que se rigen por las disposiciones aplicables a Ibiza y Formentera los títulos I a VI de esta Ley, salvo:

- Artículos 12 y 13; relativos a la responsabilidad de los cónyuges por el levantamiento de las cargas del matrimonio.

- Artículos 15, 16 y 17; relativos a la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular en actos de disposición sobre la vivienda familiar.

- Artículo 38.2; que prohíbe el nombramiento de apoderado para la administración sin el consentimiento del otro cónyuge.

- Artículo 42.1,c), que en sede de liquidación del régimen económico alude a daños y perjuicios por la disposición de la vivienda familiar sin el consentimiento del otro, ex art. 17.3.

Si se compara el ámbito de esas excepciones con las que denunciaba LEÓN PINA en 2011 se aprecia que se han tomado en consideración la mayoría de ellas, si bien no en su totalidad³⁹.

Por lo que a este trabajo respecta, naturalmente deberá ser objeto de

38.- <http://www.caib.es/govern/sac/fitxa.do?lang=es&codi=1474474&coduo=3>

39.- Circunstancia que ha generado un encendido debate en los medios de comunicación, como demuestra el cruce de artículos entre el Presidente del Consejo Insular de Ibiza, Vicente Serra, y el mencionado Germán León Pina en el *Diario de Ibiza*. .../

especial estudio la excepción planteada respecto de la exigencia de consentimiento del cónyuge no titular para los actos disposición sobre la vivienda y ajuar familiar, que mantiene la misma línea que en la actualidad se predica del ordenamiento balear.

III. LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.

Como es conocido por todos, desde 1981 el artículo 1320 del Código civil establece la necesidad de que el cónyuge no titular preste su consentimiento en el supuesto de que el otro pretenda realizar un acto de disposición sobre la vivienda habitual, tanto si el derecho que ostenta es de naturaleza real (propiedad o usufructo, por ejemplo) o es de naturaleza obligacional (arrendamiento de vivienda).

/... Así el 14 de julio de 2013 el Sr. Serra publica “Sobre el Derecho civil pitiuso” donde aludiendo a las discrepancias del Sr. León sobre las conclusiones que se alcanzaban en las reuniones del Consejo Asesor manifiesta:

“El hecho de emitir públicamente opiniones que no se han sabido o podido defender en el seno de este Consejo podrían mostrar un *porque lo digo yo* que está fuera de lugar en un contexto técnico y profesional, en el que las decisiones se han adoptado de forma democrática y por mayoría. No se puede mal informar a los ciudadanos con argumentos que han sido rebatidos en un contexto estrictamente profesional. Y, por supuesto, no se deberían anteponer posibles egos individuales ante el trabajo colectivo de compañeros igualmente cualificados”.

El 17 de julio responde el Sr. León publica “El Presidente Vicente Serra, Ulises y Pinocho” donde manifiesta:

“Vicente Serra ha asistido a alguna de las reuniones del Consejo para la defensa y conservación del Derecho civil de Ibiza y Formentera, conoce que hemos tenido que trabajar a contracorriente sobre un anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio elaborado por la Comisión de expertos de Baleares, y que nos encontrábamos ante un callejón sin salida: o rechazábamos de pleno este embrión de norma que ponía en peligro la pervivencia y autonomía de nuestro acervo jurídico, o la recibíamos «con dolor de tripas y corazón», intentando adaptarla a la realidad social y jurídica de las Pitiusas.

Optamos pragmáticamente por lo segundo, y debatimos y consensuamos unas conclusiones. El problema es que nos han hecho pasar por el filtro de la Comisión balear, que a su antojo ha sesgado el texto propuesto desde Ibiza, eliminando lo que no les ha parecido bien, en ocasiones ofreciendo razones, y en otras «porque lo dicen ellos».

Es por tanto una falacia, además de una demostración personal de ingratitud, afirmar que he lanzado constantes ataques hacia el trabajo de la Comisión pitiusa, de la cual formo parte, y en la que he participado de manera activa y altruista (sería ir contra mis propios actos), como con tan poco tino y mal gusto, Vicente Serra aseveraba el pasado domingo en este periódico.

Lo que he reiteradamente denunciado es la labor de censura desarrollada en Mallorca, y la actitud servil exhibida por el Consell insular de Ibiza, antes y después de Vicente. Por ejemplo, ni siquiera nos han permitido reconocer la existencia de un Derecho civil propio de Ibiza y Formentera, y en su lugar se habla asépticamente de disposiciones aplicables a estas islas”.

En las Islas Baleares, con relación a los derechos de naturaleza dominical, esta norma no resulta de aplicación como viene en reconocer la sentencia de la Sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia, de 3 de septiembre de 1998⁴⁰, cuando afirma que el régimen económico matrimonial de Mallorca y Menorca, recogido en los artículos 3 a 5 de la Compilación, es un conjunto cerrado y si no existe mención a la exigencia del consentimiento del cónyuge es porque el legislador decidió que esta era la mejor opción, habida cuenta que el régimen económico es el de absoluta separación de bienes⁴¹.

En el último párrafo del Fundamento Jurídico Octavo de la aludida sentencia, el Tribunal afirma:

“por lo demás, no desconoce esta SALA la posibilidad (o quizás la conveniencia) *de lege ferenda*, de que, en el futuro, mediante una Ley del Parlament Balear, pudiera incorporarse al texto de la Compilación Balear –siguiendo la pauta de la Compilación de Catalunya– una norma del tenor del artículo 1320 del Código civil”.

1. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN ASESORA EN 2000.

La Comisión Asesora de Derecho civil, en documento de 26 de octubre de 2000 proponía incorporar un apartado 4º al artículo 3 de la Compilación⁴² en donde se señalaba que

“Los actos de disposición o gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar requerirán el consentimiento de ambos cónyuges, y, de no prestarlo el cónyuge no titular, autorización judicial. La

40.- Para una información completa sobre esta sentencia y los motivos que la originaron, vid. FERRER VANRELL, Mª Pilar: “La problemática de la aplicabilidad del artículo 1320 del Código civil a los ordenamientos civiles territoriales”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 665, 2001.

41.- En la tramitación parlamentaria se desechó una enmienda que pretendía su inclusión argumentando que “equivaldría a insertar una cuña extraña al sistema de separación matrimonial vigente en Baleares a falta de capitulaciones”.

42.- Sin duda, entre otros motivos, porque es la tesis que ha venido defendiendo desde siempre el Presidente de la Comisión, Miquel Masot: “Indudablemente, a mí me parece de la mayor conveniencia insertar en nuestro Ordenamiento positivo una norma que exija el consentimiento del cónyuge no titular de la vivienda para la disposición y gravamen de los derechos, a semejanza del artículo 1320 C.c. No desde luego por mimetismo, sino por entender que ello no es sino una manifestación del principio general –elemental en esta materia– de afección de los bienes de cada cónyuge al levantamiento de las cargas del matrimonio”. Cfr. MASOT MIQUEL, Miguel: “Artículo 3”. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXXI, v. 1º, 2ª edición, Edersa. Madrid, 2000, pág. 85.

manifestación errónea o falsa del disponente sobre el carácter de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe”.⁴³

Por tanto, la solución propuesta sigue la línea marcada por todos los textos legislativos de los distintos ordenamientos civiles de España.

2. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN ASESORA DE 2007.

En febrero de 2004, se nombró una nueva Comisión que comenzó a trabajar en marzo de ese año. Fruto de su labor, en la reunión de la Comisión de 27 de febrero de 2007 se aprobó, por mayoría al salvar mi voto, un texto por el que se modificaba y ampliaba la regulación del régimen económico del matrimonio para Mallorca y Menorca, como antes hemos comentado.

En el texto aprobado se guarda un silencio atronador con relación al domicilio familiar, entendiéndose que no existe un tratamiento distinto al de cualquier otro bien que pueda pertenecer a uno de los cónyuges, por la propia esencia del régimen de separación de bienes y así en la Exposición de Motivos se afirma, sin ambages:

“El régimen de separación de bienes se caracteriza por la independencia de patrimonios y la falta de comunicación entre ellos así como la total autonomía de gestión, administración y disposición de cada titular”.

Responde sin duda a la tesis defendida por la Dra. M^a Pilar Ferrer Vanrell, a la sazón Presidenta de la Comisión y que desde siempre había defendido la conveniencia de mantener ese silencio⁴⁴.

3. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN ASESORA DE DERECHO CIVIL DE 2013.

3.1. La regulación prevista.

El Anteproyecto de Ley de régimen patrimonial del matrimonio de 2013 rubrica el Título III como “De la vivienda y el menaje familiar”.

43.- Esta redacción coincide con la que tenía el anteproyecto de Ley, que luego se convirtió en Ley 8/1990, de 28 de junio, y que fue eliminada cuando el Gobierno presentó el proyecto de Ley. La redacción originaria se pretendió reintroducir mediante un voto particular del grupo parlamentario socialista, pero no triunfó al ser rechazado por el grupo parlamentario popular y de Unió Mallorquina que, a la sazón, daban soporte al gobierno.

44.- FERRER VANRELL, M^a Pilar: Informe sobre la reforma de la Compilación de Dret civil de Balears (Su origen y fundamento, la STSJB de 3 de septiembre de 1998)., Palma 2000.

Dedica el artículo 14 a definirlos:

1. Se entiende por vivienda familiar aquella en la que residen habitualmente los cónyuges o uno de ellos con la mayor parte de los hijos comunes.

2. El menaje familiar comprende los muebles, los utensilios, la ropa y otros bienes de uso ordinario de la vivienda familiar. No tienen esta consideración los objetos de valor extraordinario visto el nivel de vida familiar.

En todo caso, las normas que resultan relevantes a nuestros efectos son los artículos 15, 16 y 17.

Artículo 15. Legitimación para los actos de disposición o gravamen.

1. El cónyuge titular o cotitular de cualquier derecho sobre la vivienda constitutiva del hogar familiar y su menaje no podrá realizar actos de disposición, alienación o gravamen de su derecho sin el consentimiento expreso del otro cónyuge.

2. Si el cónyuge no titular no da su consentimiento, el juez podrá autorizar el acto pretendido, en interés de la familia.

3. Las reglas establecidas en los dos apartados anteriores tienen carácter imperativo.

Artículo 16. Obligación de manifestar el carácter de la vivienda.

1. Cualquier acto de disposición, alienación o gravamen de derechos sobre una vivienda, realizada por una persona casada, exige la manifestación del transmitente sobre si constituye o no hogar familiar.

2. Los notarios se abstendrán de autorizar y los registradores de inscribir los títulos que contengan actos de disposición, alienación o gravamen de derechos sobre una vivienda otorgados por una persona casada, sin la manifestación negativa sobre su carácter de hogar familiar, o sin la constancia fehaciente del consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial.

3. La omisión de la manifestación mencionada en el contrato impide al adquirente ampararse, si procede, en la protección prevista en el artículo 17.3 de esta ley, sin perjuicio de las responsabilidades del transmitente.

Artículo 17. Ineficacia de los actos de disposición o gravamen.

1. Los actos de disposición, alienación o gravamen realizados sin el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial firme son anulables a instancia de aquel.

2. La acción de anulación caducará en el plazo de cuatro años a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o desde que el cónyuge legitimado haya conocido de la disposición, alienación o gravamen.

3. La ineficacia del acto no se puede oponer al adquirente de buena fe y a título oneroso, en los casos de manifestación inexacta o falsa sobre el carácter de la vivienda, sin perjuicio de lo que disponga la legislación hipotecaria. En este caso, el cónyuge transmitente tiene que responder ante el otro de los daños y perjuicios irrogados a la familia por su actuación.

De todas maneras, hay que llamar la atención de un detalle fundamental: sólo es de aplicación para las islas de Mallorca y Menorca, porque el aludido artículo 45 del Anteproyecto expresamente se refiere a estos tres artículos entre aquellos que no son de aplicación a Ibiza y Formentera.

3.2. Elementos fundamentales de la propuesta.

Esos artículos 15, 16 y 17 regulan todos los aspectos de la cuestión, amparando no sólo la exigencia del consentimiento sino también otras cuestiones sobre las que el legislador civil, estatal y autonómicos, se han ido pronunciando después de la aprobación en 1981 de ese artículo 1320 del Código civil⁴⁵.

En todo caso, presenta algunos aspectos que son dignos de resaltar, al margen de una discutible redacción, puesto que coloca en pie de igualdad los actos de disposición, de enajenación y de gravamen cuando con los dos

45.- DE LOS MOZOS, José Luis: "Artículo 1320" *Comentarios al Código civil...* T. XVIII, v. 1º; ESPIAU ESPIAU, Santiago: "La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF). *La Notaria*, n° 4, 2001, págs. 17 ss.; HERRERO GARCÍA, Mª José: "Comentarios al artículo 1320 del Código civil" *Comentarios al Código civil*. T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, págs. 586 y ss.; DíEZ-PICAZO, Luís: "Comentario al artículo 1320 del CC". *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Madrid, 1984; ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho civil, IV: Derecho de Familia*; LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, IV: Derecho de Familia*, V. I; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil, 6: Derecho de Familia*; TORRES LANA, José Ángel: "Artículo 1320" *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, pág. 866.

últimos no son más que especificaciones del tipo general actos de disposición⁴⁶.

3.2.1. Su disposición sistemática.

Lo primero que hay que señalar es que, acertadamente, no se ubica esta norma formando parte de las reglas propias del régimen de separación de bienes (arts. 44 – 51), sino en un título propio, aplicable a cualquier matrimonio, con independencia del concreto régimen económico a que se halle sujeto; es decir, es una norma paralela al art. 1320 Cc que forma parte de las “Disposiciones Generales” del Capítulo I del Título III del Libro IV “Del régimen económico matrimonial” o al artículo 231-9 del Código civil de Cataluña situado dentro de la Sección I “El matrimonio: disposiciones generales y efectos”.

Se trata de una manifestación de la protección que ha de brindar el legislador a la estabilidad de la sede familiar⁴⁷, por la cual entre la necesidad a una vivienda (derecho a la vivienda) y los intereses del propietario (derecho sobre la vivienda) en las circunstancias que prevé prima el primero de ellos para proteger a la familia⁴⁸.

De esta manera, queda definitivamente zanjada la cuestión sobre si la peculiaridad del régimen económico de separación de bienes legitimaba esa excepción a la especial protección de la vivienda familiar, puesto que apuesta por la exigencia del consentimiento del otro cónyuge, en cualquier supuesto, dejando al margen claro está a Ibiza y Formentera.

3.2.2. Objetos sobre los que debe recaer el consentimiento.

El art. 15 alude a la vivienda familiar y su menaje.

La vivienda familiar es aquella que constituye la residencia habitual de los cónyuges, en la que se desarrolla la convivencia conyugal y donde se desenvuelve la vida familiar⁴⁹. En este sentido, parece pleno de sentido excluir del ámbito de protección aquellas otras viviendas que pudiera tener la unidad familiar que sean de temporada o recreo o los lugares donde uno de los cónyuges pueda desarrollar su profesión o actividad profesional⁵⁰.

46.- Así, el, art. 239-1.1 del Código civil de Cataluña se refiere a “enajenación, gravamen o, en general, disposición de su derecho”.

47.- GIMÉNEZ DUART, Tomás: “La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981”. *Revista de Derecho Notarial*, nº 113-114, pág. 87.

48.- HERRERO GARCÍA, M^a J. *Loc. Cit.*, pág. 293.

49.- ESPIAU ESPIAU, S. *Loc. Cit.* pág.23.

50.- LACRUZ, *Ob, cit.*, págs. 299-300; DE LOS MOZOS, *Loc. Cit.*, pág. 130; ROCA TRIAS, E.: *Instituciones del Dret civil de Catalunya*, pág. 305.

El menaje alude a los muebles de uso ordinario de la familia que se encuentran en la vivienda familiar, es decir, aquellas cosas que cuyo principal destino es amueblar o alhajar las habitaciones de la vivienda familiar⁵¹, y que sean “usuales y usuables”, aunque ello comporta prescindir del valor de los bienes, que puede ser también extraordinario⁵².

3.2.3. *Carácter del consentimiento exigido.*

Hay que advertir que ese consentimiento excepcional sólo se predica de aquellos supuestos en que la titularidad del bien o de una cuota del mismo sólo se predica de uno de los cónyuges, porque en el supuesto de que se trate de inmuebles o muebles en régimen de copropiedad ordinaria la exigencia del consentimiento por parte de ambos no se deriva de la norma específica sino de las normas generales de la copropiedad (art. 397 Código civil).

En los supuestos a que se refiere la norma, ese consentimiento exigido cumple una mera formalidad de control y debe ser caracterizado como un asentimiento, entendido como aquella declaración de voluntad de conformidad con el negocio ajeno, por el que un cónyuge tolera o concede su aprobación a un acto en el que no es parte⁵³.

3.2.4. *La referencia a las hipótesis de cotitularidad.*

El art. 15.1 se refiere no sólo al supuesto en que la vivienda familiar sea propiedad exclusiva de uno de los cónyuges, sino que también contempla cualquier derecho y en cualquier régimen de titularidad; dicho de otra manera, ampara los casos en que el derecho de uno de los cónyuges esa vivienda sea copropiedad de uno de los cónyuges y un tercero.

Se trata de una redacción similar a la del art. 231-9.1 del Código civil catalán que se refiere a

“actos de disposición sobre derechos sobre la vivienda familiar o muebles de uso ordinario que comprometa su uso, aunque se refiera a cuotas indivisas”⁵⁴.

Podemos pensar, por ejemplo, en el supuesto de que esa copropiedad lo

51.- Para impedir que un cónyuge pueda, por sí, dejar al otro...en una casa sin amueblar”. LACRUZ, *Ob. Cit.*, pág. 299.

52.- LACRUZ, *Ob. Cit.*, pág. 299, que en todo caso apunta que en esas hipótesis cabe admitir que el titular sustituya, a los efectos de una enajenación posterior, un bien de uso ordinario y valor extraordinario, por otro de menos valor que desempeñe la misma función.

53.- LEHMANN *Tratado de Derecho civil. Parte General. V. I.* Trad. J.M. Navas, Madrid, 1956, págs. 469 y ss.

54.- Aplauda esa mejora ESPIAU ESPIAU, *S. Loc. Cit.*, pág. 23 con relación al, precedente inmediato del Código civil catalán que fue el Código de Familia.

sea con algún pariente (padres, hermanos) que haya concedido el uso del mismo o se trate de casos en que la nuda propiedad se halle en manos de otra persona.

La redacción mejora la de la propuesta de 2000 que sólo contemplaba la hipótesis de propiedad exclusiva de uno de los cónyuges y marca distancia con el tenor del artículo 1320 del Código civil que alude exclusivamente al caso en que los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles de uso ordinario “pertenezcan a uno sólo de los cónyuges”.

3.2.5. El carácter imperativo de la norma.

El apartado tercero del artículo 15 al declarar el carácter imperativo de esa exigencia de consentimiento o, en su caso, autorización judicial despeja cualquier duda sobre la viabilidad de que los cónyuges puedan acordar en capitulaciones⁵⁵ o a través de otro acuerdo de voluntades la exoneración de esa exigencia de consentimiento, es decir, que acuerden que el cónyuge titular pueda disponer libremente sin contar con la opinión del otro.

Se trata de una norma equivalente al artículo 231-9, 1 del Código civil catalán⁵⁶ y que vuelve a reflejar la idea que desde siempre hemos sostenido: que se trata de una norma que pretende proteger esa vivienda familiar con independencia del régimen económico a que está sometido el matrimonio y por encima de la voluntad de los cónyuges⁵⁷.

3.2.6. La autorización judicial en supuestos de imposibilidad de obtener el consentimiento del cónyuge.

Al igual que se hace en las restantes legislaciones españolas, se ofrece una alternativa en aquellos casos en que el cónyuge no titular se muestra remiso a consentir la disposición.

En tal hipótesis, se abre la posibilidad de acudir a la vía judicial para obtener la autorización judicial que sustituirá esa ausencia de consentimiento, atendido el hecho de que ese acto dispositivo pueda resultar

55.- ÁLVAREZ-SALA WALTHER: “Aspectos imperativos en la nueva organización económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular”. *Revista de Derecho Notarial*, n° 112, 1981, pág. 19.

56.- La redacción de la norma catalana es quizás más elocuente: “Este consentimiento no puede excluirse por pacto ni otorgar con carácter general”. Es decir, no sólo prohíbe un acuerdo puntual por el que se excluya la exigencia de ese consentimiento, sino que también impide que pueda existir una especie de “poder general” para disponer, en cualquier momento y en cualquier hipótesis, lo que nuevamente pone sobre el tapete que lo esencial es la protección del hogar familiar.

57.- Que no podrán prescindir, modificar o derogar esa regulación. ESPIAU ESPIAU, S. *Loc. Cit.*, pág. 20.

beneficioso para el interés de la familia⁵⁸.

3.2.7. Las reglas relativas a la obligación de manifestar el carácter de la vivienda.

El art. 16.1 impone a la persona casada que transmita una vivienda la obligación de manifestar si constituye el hogar familiar o no. En función del contenido de esa manifestación, ex art. 16.2 el Notario se abstendrá de autorizar el acto dispositivo y el registrador de calificar favorablemente el título que se pretenda inscribir si no consta el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial alternativa.

Es decir, que siguiendo la senda marcada por los artículos 169 del Reglamento Notarial⁵⁹ y 91.1 del Reglamento Hipotecario⁶⁰ se impone a los notarios que autoricen el negocio jurídico de disposición sobre la vivienda y a los registradores en el momento de calificar el documento a inscribir que desarrollen una labor de control, debiendo estar atentos si consta cuál es el carácter de la vivienda, constituyendo o no hogar familiar.

Es la primera norma autonómica que entra en este detalle, puesto que ni el Código civil catalán se ha atrevido a entrar en este ámbito que ya está perfectamente regulado por las normas notarial e hipotecaria antes aludidas.

Entiendo que se trata de una reiteración normativa innecesaria y que incluso podría presentar algún tinte de inconstitucionalidad habida cuenta que el Estado tiene reservada la competencia legislativa sobre la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos y con la previsión de este artículo 16.2 se está entrando de lleno en estas materias.

58.- El Código civil catalán abre el abanico de posibilidades, puesto que no sólo contempla el interés de la familia sino también “que se da otra justa causa”, lo cual resulta un tanto peligroso puesto que parece desvincularse esa causa justa del interés familiar, que parece que debe ser el elemento esencial a tener en cuenta para que el órgano jurisdiccional pueda dar viabilidad a la pretendida disposición.

59.- “Cuando para la plena eficacia del acto o negocio jurídico que se pretenda formalizar, sea precisa la concurrencia del consentimiento del cónyuge o conviviente no intervinientes, el notario podrá autorizar el documento siempre que, haciendo la oportuna advertencia a las partes, éstas insistieren en ello y prestaren su conformidad, todo lo cual se consignará expresamente conforme al artículo 164”.

60.- “Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno sólo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter”.

Hay que recordar que la Exposición de Motivos de la reforma del RH de 1982 expresamente manifestaba: “mediante ciertas normas limitativas, que el Registro coadyuve a la defensa y conservación del hogar familiar...”.

Lo que sí resulta plausible es la previsión del apartado 3º de este artículo 16 puesto que en él se establecen las consecuencias que para el adquirente tendrá la omisión de esa manifestación por parte del tradens: le impedirá hacer valer la protección que el art. 17.3 le concede en aras a mantenerle en la adquisición realizada si es un adquirente a título oneroso y de buena fe.

3.2.8. *El régimen jurídico de la protección.*

El art. 15.1 no constituye una prohibición de disponer para el propietario de la vivienda o de esos bienes muebles, puesto que no excluye su ejercicio; lo que sucede es que, admitiendo esos actos de disposición, condicionan su eficacia al consentimiento (asentimiento) del cónyuge o, en su defecto, a la autorización judicial.

Entendemos que se trata de un requisito de eficacia, no de validez, del negocio dispositivo puesto que no afecta a la capacidad de obrar del titular⁶¹, sino que la intervención del cónyuge o la autorización judicial están orientadas a completar el poder de disposición.

No obstante, el texto anteproyectado en sintonía con los otros ordenamientos civiles españoles que han regulado la materia, considera y da tratamiento de requisito de validez a la concurrencia de ese consentimiento, al calificarlo como anulable (art. 17.1). Cuando menos desde el punto de vista de técnica jurídica puede ser objetable porque cuestiona la misma finalidad protectora que tiene la norma. En efecto, si se trata como requisito de eficacia, su omisión determina la ineficacia del negocio dispositivo y se trata de un defecto insubsanable salvo una posterior intervención del cónyuge no titular consintiendo el negocio celebrado, sin que haya plazo para ello. Por el contrario, si se configura como requisito de validez, por más que su omisión comporte la posibilidad de impugnar el negocio, mientras no se impugne producirá efectos y, si la acción de nulidad no se interpone en el plazo de 4 años que establece el art. 17.2, devendrá inatacable⁶².

Fiel a la consideración de ese consentimiento como requisito de validez y de su omisión como causa de nulidad, el art. 17.1 legitima al cónyuge no titular para el ejercicio de esa acción de nulidad, que tiene un plazo de interposición de 4 años contados desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o desde que el cónyuge legitimado haya conocido la transmisión; plazo que es de caducidad.

61.- ESPIAU ESPIAU, Santiago: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil*. Barcelona, 1982, pág. 134 y ss.

62.- ESPIAU ESPIAU, S. *Loc. Cit.*, pág. 37.

Que se trate de un acto de disposición a título gratuito u oneroso no tiene trascendencia respecto de la invalidez del negocio, pero sí que es extraordinariamente importante la diferencia entre uno y otro supuesto en orden a la firmeza de la adquisición que haya realizado el tercero que adquirió. Así, el art. 17.3 deja patente que la “ineficacia” (aquí sí) del acto no es oponible al adquirente de buena fe y a título oneroso cuando haya existido una manifestación inexacta o falsa sobre el carácter de la vivienda⁶³. En tales hipótesis, cuando la posición del adquirente haya devenido inatacable, el art. 17.3 in fine reconoce al cónyuge no titular la posibilidad de ejercitar una acción de reclamación de daños y perjuicios donde podrá optar entre exigir una determinada cantidad o que se le proporcione un bien de características idénticas o similares a la de la vivienda que ya no podrá disfrutar; acción que tendrá un plazo de ejercicio de 1 año a contar desde la inscripción o desde que tuvo conocimiento de la transmisión, ex art. 1968.2º Código civil⁶⁴.

4. VALORACIÓN SOBRE LAS POSIBLES ALTERNATIVAS PROPUESTAS.

En el seno de la Comisión de 2004-2009, al hilo de los debates sobre la materia, sostuve una posición contraria al texto aprobado que mantenía el silencio al respecto, al entender que resulta de todo punto necesario incorporar una norma de esta índole al régimen económico del matrimonio de Mallorca y Menorca.

Vemos cómo las distintas propuestas normativas no mantienen una postura unánime: en 2000 se apuesta por la incorporación de una norma equivalente al art. 1320 del Código civil, en 2007 se opta por mantener un silencio que equivalía a no excepcionar la regla general de la libre disposición del titular sobre cualquier bien que forme parte de su patrimonio, mientras que en 2013 aparecen las dos alternativas: para Mallorca y Menorca los arts. 15, 16 y 17 obligan a contar con el consentimiento del cónyuge no titular; mientras que en Ibiza y Formentera ese consentimiento no resulta exigible.

Hay que partir de un hecho incontestable y sobre el que nada hay que añadir. La ausencia de esa previsión normativa en la legislación balear en modo alguno es contraria a la Constitución Española, puesto que el Auto de la Sección Tercera de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, de 22 de

63.- El legislador “olvida” proteger al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes muebles que conformen el *parament* familiar. Seguramente la explicación se encuentra que ese adquirente ya queda tutelado por el art. 464 del Código civil. ESPIAU ESPIAU, S. *Loc. Cit.*, pág. 43.

64.- ESPIAU ESPIAU, S. *Loc. Cit.* pág. 44.

marzo de 1999, considera que no es contrario a la protección del principio de igualdad entre los cónyuges y de la exigencia de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, recogidos en los artículos 32 y 39 de la CE, puesto que “dicha protección es perfectamente compatible con la opción legislativa elegida por el legislador autonómico que, con fundamento en el régimen económico matrimonial de separación de bienes que históricamente rige en las Islas Baleares, conscientemente no se consideró oportuno la vigencia del sistema que establece el art. 1320 del Código civil”.

A continuación nos proponemos desarrollar los argumentos que justifican la inclusión de una norma que exija la prestación de este consentimiento sea cual fuere el régimen económico del matrimonio, sea cual fuera la vecindad de sus integrantes, es decir, una regulación como la que proponía la Comisión Asesora de 2000 y que ahora, sólo para Mallorca y Menorca, ofrece la propuesta de 2013.

4.1. Es una norma de régimen económico matrimonial primario.

Debe contemplarse esa norma porque es una regla que forma parte del régimen económico matrimonial primario.

Al incorporarse en 1981 el actual artículo 1320 del Código civil, la casi totalidad de la doctrina entiende que se trata de una norma aplicable a cualquier régimen económico que exista entre los cónyuges, ya sea fijado en capitulaciones o sea el legal supletorio⁶⁵.

Abundan en este sentido las disposiciones que se han ido aprobando en las diferentes Comunidades Autónomas que, con derecho civil propio o no, han establecido las normas relativas al régimen económico matrimonial que es de aplicación a los sujetos de su respectiva vecindad civil⁶⁶.

Nótese que en todas ellas, aparece la disposición paralela al artículo 1320 en un título o capítulo preliminar a la regulación de los contenidos de los diferentes regímenes económicos que puedan regular, es decir, como norma del denominado régimen económico matrimonial primario.

65.- DÍEZ-PICAZO, Luís: “Comentario al artículo 1320 del CC”. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. Madrid, 1984; ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho civil, IV: Derecho de Familia*, pág. 149; LACRUZ BERDEJO, José Luís: *Elementos de Derecho Civil, IV: Derecho de Familia*, V. I, página 281; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil, 6: Derecho de Familia*, pág. 187; TORRES LANA, José Ángel: “Artículo 1320 Código civil. Doctrina y Jurisprudencia”, Trivium 1991, pág. 866.

66.- Ley 55 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra; artículo 190 del Código de Derecho Foral de Aragón; artículo 231-9 del Código civil de Cataluña; artículo 16 Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano.

Esta es la opción que acoge el Anteproyecto de 2013, quedando al margen Ibiza y Formentera⁶⁷.

4.2. Es una norma que protege a la familia más allá de la titularidad dominical.

Es una norma que trasciende el ámbito puramente patrimonial puesto que trata de salvaguardar el domicilio familiar y el interés conjunto de la familia.

Si se lee con atención el debate parlamentario que tuvo lugar en el Parlament Balear el 20 de junio de 1990 cuando se debatía el voto particular del Grupo Socialista, en el Pleno de la Cámara el Dictamen de la Comisión de Asuntos Institucionales y Generales sobre el Proyecto de Ley de reforma de la Compilación, al hilo de que en el seno de la misma merced a la enmienda del Grupo Popular se había eliminado el art. 4.2 del Proyecto que hacía suyo el texto propuesto por la Comisión de Juristas⁶⁸; se podrá advertir que este es el argumento que maneja el Sr. Martín Pelegrín, portavoz del Grupo Socialista⁶⁹:

Hay que romper la dinámica discursiva de que el artículo en cuestión atenta o va contra el régimen de separación de bienes. Nada más lejos de la realidad... Todo esto no tiene más razón de ser que la Constitución Española prima especialmente el principio de estabilidad familiar y que los cónyuges no están el uno sobre el otro, sino en un plazo horizontal de igualdad y que, en consecuencia, tienen que ser mirados desde esta perspectiva, desde la óptica de esa igualdad, los preceptos que posteriormente desarrollen positivamente la Constitución.

Entendemos que, al contrario de lo que parece sostenerse por el Consejo Asesor de Derecho civil propio de Ibiza y Formentera⁷⁰, no es tanto que se

67.- Lo deja patente la Exposición de Motivos: “No abarca esta regulación a las alienaciones de viviendas familiares realizadas en Ibiza y Formentera por personas sujetas a su derecho civil propio, que son objeto de regulación específica en el título VII.”.

68.- Los actos de disposición y gravamen de los derechos en cuya virtud se ocupa la vivienda constitutiva del hogar familiar y de sus muebles requerirán el consentimiento de ambos cónyuges...”.

69.- *Diari de sessions*, núm. 93, 20 juny de 1990, pág. 7105.

70.- Son reveladoras las expresiones de Germán León Pina, según relata el periodista Joan Lluís Ferrer en *Diario de Ibiza*, 8 de mayo de 2011: “Sin embargo, muchos de los artículos contenidos en la nueva ley establecen fórmulas jurídicas totalmente ajenas a las Pitiusas y que llegan incluso a desvirtuar el derecho autóctono, al introducir fórmulas procedentes de las leyes mallorquinas. Ello es especialmente evidente, como destacó ayer el notario de Sant Antoni, Germán León Pina, en lo relativo a la separación de bienes entre los consortes, uno de los rasgos característicos de las Pitiusas. Por ejemplo, en el artículo 15 se prohíbe que el consorte .../

cuestione la titularidad del inmueble ni que se incorpore una cuña de ganancialidad⁷¹, sino que esa titularidad dominical queda mediatizada por el hecho de ser el hogar familiar, entendiéndose que el interés de la familia debe prevalecer sobre el interés particular⁷².

Que la vivienda familiar goza de una especial protección ya lo puso de relieve el Tribunal Constitucional en la sentencia 135/1986, de 31 de octubre, atendiendo a dos principios fundamentales: el derecho a una vivienda digna ex artículo 47 CE y la protección a la familia del artículo 39 CE que, junto con el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio ex artículo 18.2 CE configuran un cuadro protección superior al que había regido hasta la reforma de mayo de 1981⁷³.

Precisamente por ello, ese consentimiento del cónyuge no titular no será necesario cuando se realicen actos dispositivos que no menoscaben el disfrute de la vivienda por parte del núcleo familiar, por ejemplo la enajenación con reserva del usufructo o la adquisición de la vivienda arrendada⁷⁴.

La finalidad protectora de la vivienda familiar por encima de los intereses individuales de alguno de los integrantes de la familia ya quedó patente en la Recomendación n° R (81) 15 del Consejo de Ministros del Consejo de Europa, de 16 de octubre de 1981 al afirmar que

“siendo sus objetivos asegurar a los esposos el derecho de ocupación de la vivienda familiar, garantizándose a ambos al menos el derecho a ocupar la vivienda familiar, aunque sólo sea uno de ellos quien tenga la titularidad jurídica sobre

/... que sea propietario de la vivienda familiar pueda venderla si no tiene el permiso de su cónyuge. «El cónyuge titular o cotitular de cualquier derecho sobre la vivienda constitutiva del hogar familiar y de su ajuar no podrá realizar actos de disposición, alienación o gravamen de su derecho sin el consentimiento expreso del otro cónyuge», afirma el proyecto de ley”.

71.- Este es el argumento que manejaba el Sr. Gilet Girard, representante del Grupo Parlamentario Popular en el mencionado debate manifiesta: “Immers en l’esmentada tradició es troba en caràcter propi el nostre règim matrimonial, règim que si frueix d’una condició és la de concedir la facultat de lliure disposició per als cònjuges respecte dels seus béns privatius... es continua mantenint l’ampli ventall de facultats originàries d’un règim matrimonial que ens precedeix de segles”. *Diari de sessions*, núm. 93, 20 juny de 1990, pág. 7106.

72.- VILA I RIBES, Carme: “El régimen económico en el proyecto de reforma de la Compilación del Derecho civil de Baleares” *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 16 (1987-1988), págs. 175-244, en concreto, pág. 212.

73.- ROCA TRIAS, Encarna: “Vivienda familiar”. *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Civitas, 1995, pág. 6876.

74.- HERRERO GARCÍA, M^a José: *Loc. Cit.*, págs. 586 y ss.: “El artículo 1320 sólo es aplicable a los actos que supriman o disminuyan las posibilidades de ocupación de la vivienda por el grupo familiar, pues dado el carácter limitativo de la norma, exigen una interpretación restrictiva”. Abundan en esta idea, ALBALADEJO, Manuel: *Ob. cit.*, pág. 157; LACRUZ, José Luis: *Ob. Cit.*, pág. 291; TORRES LANA, José Ángel: *Loc. Cit.*, pág. 866.

el inmueble, ya a título dominical, arrendaticio o de otra naturaleza⁷⁵;

y el Tribunal Constitucional, en la sentencia citada, alude a una cotitularidad legal justificada por

“la protección del interés común familiar, que viene a configurar a la familia como sujeto colectivo, como titular comunitario”⁷⁶.

Precisamente con la intención de amparar el interés de la familia, hay que recordar que la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 dedica su artículo 12 a los supuestos en que el titular del derecho arrendaticio es un cónyuge que desiste del contrato vigente o manifiesta su voluntad de no renovarlo sin contar con el consentimiento del otro⁷⁷. En tal hipótesis se reconoce el derecho a mantener el contrato a favor del hasta ahora no titular de la relación contractual, para lo cual se prevé la cautela de que el arrendador, conocida la voluntad de desistir o no continuar del arrendatario,

“podrá requerir al cónyuge... para que manifieste su voluntad al respecto”.

Por tanto, en la hipótesis en que el derecho a habitar la vivienda derive de un contrato de arrendamiento, el cónyuge no arrendatario sometido al régimen matrimonial de Ibiza y Formentera podrá esgrimir la norma, quedando en mejor posición que si el título es un derecho dominical, dada la indiscutible aplicabilidad de la LAU en el territorio balear.

Abundando en la misma línea, hay que subrayar que en algunas de las leyes autonómicas de parejas de hecho o estables de aquellos territorios con derecho civil propio o que se lo atribuyen, el legislador se ha preocupado de proteger la vivienda familiar más allá de la titularidad dominical sobre la misma (art. 234.3, 2 del Código civil de Cataluña; art. 6.1 de la Ley del País Vasco 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; art. 10 de la Ley de la Comunidad Valenciana 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas⁷⁸).

75.- CORRIENTE CÓRDOBA, José Antonio: “La configuración de la vivienda familiar en el derecho europeo. Líneas de construcción y directrices de política legislativa del Consejo de Europa”. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*. Pamplona, 1996.

76.- RTC 1986/135.

77.- PÉREZ GURREA, Rosana: “El desistimiento o no renovación de vivienda arrendada por el arrendatario ex artículo 12 LAU como manifestación de protección de la vivienda familiar”. *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 698, 2006, págs. 2.520-2.526.

78.- El 18 de julio de 2013 el Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad frente a esa Ley, que ha sido admitido a trámite el 10 de septiembre, momento a partir del cual se suspende la vigencia de la misma. *B.O.E.*, 14 de septiembre de 2013. .../

4.3. Su relación con la norma sobre fijación del domicilio conyugal.

Si en Ibiza y Formentera, con el texto propuesto, no se aplican los artículos 15, 16 y 17 del Anteproyecto, queda obstaculizada la efectividad del art. 70 del Código civil en orden a la fijación del domicilio conyugal. Es así, por cuanto dicho precepto exige la fijación de común acuerdo del domicilio conyugal y la disposición unilateral de la vivienda familiar supone una ruptura de ese acuerdo.

Precisamente porque es lógico que se pueda considerar conveniente el cambio de domicilio y la posible enajenación del existente, es por lo que cobra sentido que el cónyuge no titular deba prestar su aquiescencia, tanto a la disposición del actual como a la fijación del que lo haya de sustituir.

4.4. Trata de peor condición al cónyuge casado no titular que al divorciado, anulado o separado.

Se da la paradoja de que si no se aplican en Ibiza y Formentera esos preceptos, se estaría protegiendo menos al cónyuge no titular en situación de matrimonio normal que a ese mismo cónyuge o “ex cónyuge” en caso de nulidad, separación o divorcio al que se le haya atribuido el uso de la vivienda.

En efecto, el artículo 96.4 del Código civil, norma de aplicación directa en las islas pitiüses, al no existir regulación propia de los efectos de la nulidad, separación y divorcio, establece que

“para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial”.

De esta manera, mientras en supuestos de patología matrimonial deberá consentir por el hecho de tener reconocido un derecho de uso que tiene su origen en la sentencia; constante matrimonio en que el derecho a vivir en ese inmueble obedece a la voluntad de ambos que decidieron fijar la residencia en él, puede verse comprometido por la decisión unilateral del cónyuge titular.

4.5. ¿Tiene sentido la peculiaridad que manifiesta?

Puede ocurrir que si los cónyuges a quienes se aplican las disposiciones

/... En aplicación de esta norma, se ha producido un encendido debate que ha concluido con la recientísima RDGRN de 13 de mayo de 2013 que entiende que en un supuesto de una persona soltera que hipoteca una vivienda es preciso consignar entre las circunstancias del compareciente si reúne o no la cualidad o no de conviviente de hecho. Sobre la misma, (JLN) <http://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2013-JUNIO.htm>, nº 209.

de Ibiza y Formentera otorguen capitulaciones matrimoniales por las que se someten al régimen de separación de bienes del Código civil o al de cualquiera de los recogidos en las normas de derecho civil propio de otras Comunidades Autónomas, o al aplicable a Mallorca y Menorca. En estos casos, se exigirá el consentimiento del otro cónyuge para disponer de la vivienda, al preverse en todos esos regímenes económicos la exigencia de la prestación de ese consentimiento.

¿Acaso el régimen matrimonial de Ibiza y Formentera es tan sustancialmente distinto al de los otros territorios como para mantener esa peculiaridad?

En este sentido conviene volver la vista atrás y fijarse en un dato revelador. Cuando por RD 3215/1982 se reformó el artículo 91 del Reglamento Hipotecario para que fuera coherente con la previsión del artículo 1320 se estableció la redacción siguiente: “Cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, para la inscripción del acto de disposición que recaiga sobre inmueble que constituya la vivienda habitual de la familia, deberá constar el consentimiento del otro cónyuge a no ser que se justificare que no tiene tal carácter o que el disponente lo manifestare así”.

Tal redacción fue impugnada por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña que planteó un requerimiento de incompetencia, requerimiento que fue aceptado por el Gobierno de la Nación que procedió, mediante RD de 10 de octubre de 1984 a dar nueva redacción, que es la actualmente vigente y que reza: “Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, será necesario para la inscripción de actos dispositivos sobre una vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges que el disponente manifieste en la escritura que la vivienda no tiene aquel carácter”.

Es decir, que se planteaba la posibilidad de que en algunos territorios con derecho civil propio no resultara exigible ese consentimiento por la peculiaridad de su normativa en materia de régimen económico matrimonial.⁷⁹

No obstante ser esto así, la Comunidad Autónoma catalana al aprobar el Código de Familia, incorpora el artículo 9, precepto paralelo al artículo 1320 del Código civil, manteniéndose el mismo sentido aunque con alguna diferencia de redacción en el artículo del Código civil de Cataluña antes citado.

79.- De hecho, existía una sentencia de 19 de noviembre de 1990 de la Sección 16ª de la Audiencia Provincial de Barcelona que así lo mantenía. Parte de la doctrina se manifestaba en idéntico sentido, así GIMÉNEZ DUART. Tomás: “El artículo 1320 del Código civil, ¿es aplicable en Cataluña? *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, págs. 193-209; VILA I RIBES, Carme: *Loc. Cit.*; FERRER VANRELL, Mª Pilar: *Obras citadas*.

4.6. Solución que se sugiere.

Después de todos los argumentos ofrecidos, entendemos que el Gobierno de la Comunidad Autónoma, a la hora de hacer suyo el texto anteproyectado, debería reconsiderar la excepción que propone el artículo 45 a la aplicación a los cónyuges a quienes sea de aplicación la normativa propia de Ibiza y Formentera de la exigencia de contar con el consentimiento del cónyuge no titular en los casos en que se proceda a la disposición de la vivienda o ajuar familiar, apelando en último extremo a la consideración que se hace en la Exposición de Motivos del Anteproyecto cuando, para justificar la inclusión de los artículos 15, 16 y 17, afirma:

Creemos que la realidad social y las exigencias de protección a los integrantes de la familia imponen este cambio, presentado incluso en la sentencia mencionada del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears.

IV. LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES.

1. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.

El actual artículo 4.3.3 de la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears, tras la reforma operada por la Ley 3/2009, de 27 de abril, de modificación de la Compilación sobre causas de indignidad sucesoria y desheredamiento⁸⁰, establece:

3. Las donaciones entre cónyuges serán revocables tan sólo en los supuestos previstos en los apartados a) y b) del artículo 7 bis, cuando el donante sea el cónyuge agraviado, por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Se consideran causas de ingratitud, además de las establecidas en el Código civil, el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, la anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe, y la separación y el divorcio.

Por su parte, el artículo 35 del Anteproyecto de ley de régimen patrimonial del matrimonio bajo la rúbrica “Donaciones entre cónyuges” ofrece la siguiente redacción:

1. Las donaciones entre cónyuges son revocables únicamente por incumplimiento de cargas, por ingratitud y por

80.- Fruto de una enmienda de adición planteada por el Grupo Parlamentario Popular a la Proposición de Ley “d’indignitat sucesòria per violència masclista” presentada el 15 de septiembre de 2008 por el Grupo Parlamentario Bloc per Mallorca - Verds.

nulidad del matrimonio.

2. La acción de revocación caduca en el plazo de tres años a contar desde que el donante tiene conocimiento del incumplimiento de cargas o de la causa de ingratitud. En el supuesto de nulidad, desde la firmeza de la sentencia.

3. Esta acción debe ser ejercitada por el donante y, en el caso de nulidad del matrimonio, solo por el declarado de buena fe en la sentencia de nulidad. Los herederos se pueden subrogar a la acción si esta fue ejercitada dentro del plazo y en la forma apropiada por el donante.

4. Las causas de ingratitud y los efectos de la revocación son los que disponen los artículos 22.3 y 24 de esta ley, en aquello que resulten de aplicación.

Los artículos 22.3 y 24 a los que se remite establecen:

Artículo 22. Acción de revocación.

3. Son causas de ingratitud la denegación indebida de alimentos; la condena del donatario por sentencia sujeta por haber atentado contra la vida, por lesiones graves, por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual si el ofendido es el donante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho, su descendiente o su ascendiente.

Artículo 24. Efectos de la revocación.

1. Declarada judicialmente la revocación de la donación, el donatario queda obligado a reintegrar los bienes dados con los frutos producidos desde la interposición de la demanda.

2. Los derechos adquiridos con anterioridad a la interposición de la demanda revocatoria, por terceros de buena fe, sobre los bienes dados se mantienen.

3. Si el donatario no puede reintegrar los bienes dados queda obligado a reembolsar al donante su valor al tiempo de interposición de la demanda.

4. Si los bienes que se deben reintegrar estuvieran gravados, el donante podrá exigir su valor de acuerdo con el párrafo anterior o el reintegro con una compensación equivalente al menor valor que supone el gravamen.

Como se puede apreciar por la simple comparación de ambos textos, existe una importante diferencia en el tratamiento de las causas de revocación de

esas donaciones entre cónyuges, que la Exposición de Motivos explica con las siguientes palabras:

Se ha considerado necesario incluir una regla sobre revocación de donaciones entre cónyuges que sustituya el actual del artículo 4.3 de la Compilación para dotarla de más claridad y sencillez, a la vez que se procura limitar el alcance de la revocabilidad en cuanto al tiempo y a la legitimación, que corresponde exclusivamente al cónyuge.

Nuestra pretensión es estudiar las donaciones entre cónyuges y plantear, para el supuesto de que la regulación que plantea el Anteproyecto llegue a cristalizar, la conveniencia de hacer alguna incursión legislativa en materia de reservas hereditarias.

2. LA DONACION Y EL MATRIMONIO.

Bajo esta denominación tan genérica hay que tratar aquellos supuestos en que, existiendo una donación según los términos del art. 618 Código civil, su régimen sufre —o históricamente ha sufrido— una modificación en atención a la situación del donatario, de cónyuge o de futuro cónyuge.

En este sentido hay que diferenciar:

a) Donaciones postnupciales, es decir, las que se realizan constante matrimonio.

b) Donaciones prenupciales, que son anteriores al momento de contraer el matrimonio, que podríamos encuadrar bajo el *nomen* de donaciones *propter nuptias* y que son reguladas de forma independiente sólo en el Código civil (arts. 1336 a 1343) hasta la fecha, puesto que la Compilación no hace referencia alguna a las mismas.

Fijaremos nuestra mirada sobre las primeras, porque es la materia donde se produce un cambio significativo entre la normativa vigente y la propuesta que estamos analizando, en relación con las causas de revocación de esas donaciones.

En el marco de las postnupciales se pueden distinguir dos grandes subtipos, en función de quién sea el sujeto donante.

Si el donante es uno de los cónyuges, es la problemática que centrará nuestro análisis.

Si el donante es un tercero —no el cónyuge— la donación no presenta particularidad alguna en cuanto a su régimen, siendo únicamente de interés el patrimonio al que irá destinada legalmente, cuestión ésta que depende del

régimen económico del matrimonio y quien o quienes sean los donatarios.

A) Régimen de sociedad de gananciales: Si se realiza en favor de ambos cónyuges, ex art. 1353 Código civil, se integra en el patrimonio ganancial; si se realiza a uno solo de los cónyuges, ex art. 1346.2 Código civil, se integra en su patrimonio privativo.

B) Régimen de participación: si se realiza a ambos cónyuges: art. 1414 Código civil, se trata de una atribución en proindiviso ordinario; si es a favor de uno de los cónyuges, ex art. 1418.2 Código civil, se imputa al patrimonio inicial del cónyuge donatario.

C) Régimen de separación de bienes, habrá que distinguir si viene en aplicación el Código civil o nuestra Compilación. Si queda bajo la égida del Código civil, ex art. 1437, si es a favor de ambos, se integra por mitad en el patrimonio de cada uno; si es a favor de uno, se integra en su patrimonio. Si es de aplicación la Compilación, ex arts. 3.3 y 67.1, se aplica la misma regla que acabamos de enunciar.

3. EL REGIMEN JURIDICO DE LAS DONACIONES ENTRE CÓNYUGES ⁸¹.

Desde 1981 en los territorios en que se aplica directamente el Código civil las donaciones entre cónyuges no presentan ninguna peculiaridad en cuanto a su régimen jurídico, ya que el art. 1323 declara que

podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos
y celebrar cualquier clase de contratos.

La misma situación se predica del Derecho balear a partir de la reforma de 1989 cuando el art. 4.3 afirma

Los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de contratos
y transmitirse bienes y derechos por cualquier título.

Ahora bien, antes de entrar en el análisis actual de la figura y de las modificaciones propuestas, quizás resulte interesante volver la vista atrás y analizar la regulación que a lo largo de la Historia se había dado a esa figura, porque las donaciones entre cónyuges durante un largo período histórico han estado prohibidas.

81.- En esta materia y en el ámbito balear, deben destacarse las aportaciones de MASOT MIQUEL, Miguel: “La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho civil de Mallorca” *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1-1982, págs. 91-118 y CERDÁ GIMENO, José: “En torno a un tema clásico: donaciones entre cónyuges”. *Revista Jurídica del Notariado*, nº 19, 1996, págs. 9-120.

3.1. La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho Romano

Hay que recordar que en el sistema romano de los negocios típicos no existía la donación ni una acción típica que naciera de esa relación, puesto que la donación se presenta como causa de un variado número de actos productores de efectos jurídicos que se refieren a la esfera patrimonial⁸².

El origen de la prohibición de las donaciones entre cónyuges lo encontramos en el Derecho romano clásico, aunque la doctrina no se pone de acuerdo sobre cuál puede ser su origen. En todo caso, parece que se puede afirmar que el fundamento se ha de poner en relación con un momento histórico en que la difusión del matrimonio libre y de la dote, coincidiendo con la disolución de los lazos agnaticios, hace necesario, por la frecuencia de los divorcios, garantizar a la mujer la restitución de la dote⁸³.

En este sentido se ha afirmado que el origen de la prohibición no tiene por qué relacionarse con la *Lex Cincia* porque en aquella etapa la *fides* y el *officium* dominaban la concepción de los lazos personales y patrimoniales de la familia⁸⁴. Será cuando esos principios familiares quiebran y ni siquiera los mismos cónyuges se salvan de la influencia de la facilidad del divorcio cuando, para evitar que se burle la obligación de restituir la dote, se piensa en lograr la separación patrimonial de los cónyuges; separación que se vería burlada si se permitieran las donaciones entre ellos⁸⁵.

De esta manera se pretende una separación total entre los patrimonios de los cónyuges para el buen funcionamiento de los bienes que componen el patrimonio de la mujer (bienes extradotales, recepticia, peculio, dote), porque las recíprocas liberalidades podrían conducir a una fusión de patrimonios y se trataba de impedir que, con donaciones al marido, pudiera disminuir el peculio de la hija casada, como también impedir que pudiera desprenderse la mujer de sus bienes dotales y extradotales.

82.- BIONDI, G. *Sucesión testamentaria y donación*. 2ª ed. Barcelona, 1960, pág. 647.

83.- BIONDI, págs. 666 y 667 enumera, críticamente, las diferentes justificaciones que los textos había ofrecido a esa prohibición, concluyendo que ninguno de ellos parece completamente certero y que quizás “el principio pertenece a la lista de principios que se mantienen tan sólo por respeto a la tradición”.

84.- “La prohibición no se encuadra, como hoy, en un régimen de libertad de donar, sino en una prohibición general de donar derivada de la *Lex Cincia*, de manera que la introducción de la prohibición no significa imponer una prohibición, sino eliminar la excepción a la prohibición contenida en la misma *Lex Cincia*; la prohibición no era pues excepcional, sino que hacía más general una ley anterior”. BIONDI, G.: *Ob. Cit.*, pág. 666.

85.- LÓPEZ ROSA, Ramón: *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxores*. Jerez de la Frontera, 1977, pág. 188.

Hay que recordar que en un principio existían las *donatio ante nuptias*, pero es Justiniano quien cambia esa denominación por la de *donatio propter nuptias*⁸⁶ y las distingue de las *donatio simplex*, que es la donación entre cónyuges. De esta manera, toda donación *propter alias causa* está prohibida entre los cónyuges y sólo se considera válida la donación *propter nuptias* por su paralelismo con la dote⁸⁷.

En todo caso, en un Senadoconsulto propuesto por Septimio Severo y Caracalla en el año 206 conocido como *oratio divi Antonini o oratio divi Severi*, se produce una sustancial limitación a esa prohibición de donaciones entre cónyuges puesto que entiende que queda convalidada la donación realizada si el donante muere sin haberla revocado.

3.2. La prohibición de las donaciones entre cónyuges en los textos precompilatorios⁸⁸.

Como es sabido, hasta la Compilación de 1961 en nuestras islas han existido únicamente una serie de materiales precompilatorios que tienen la relevancia de poderse considerar los antecedentes de la legislación que desde ese año ha regido como derecho civil propio en nuestro territorio.

Con carácter general, se puede afirmar que en el derecho balear las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas siguiendo la tradición romana, si bien esta conclusión se extrae de la interpretación a contrario de las disposiciones, puesto que en todas ellas ya se parte de la premisa de esa prohibición y simplemente se afirma la validez de las realizadas *propter nuptias*⁸⁹.

3.3.1. Memoria de Ripoll y Palou de 2 de febrero de 1880:

Pedro RIPOLL Y PALOU, en el artículo 16 de la *Memoria sobre las Instituciones del Derecho Civil de las Baleares*⁹⁰, declara:

86.- D'ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1989, pág. 398.

87.- CI.5.3.20 pr.-4: *et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio*.

88.- FERRER VANRELL, M^a Pilar: *Lecciones de derecho civil balear*. M^a Pilar Ferrer Vanrell (coordinadora). 3^a edición revisada, Palma de Mallorca, 2004, págs. 244-245 y MASOT MIQUEL, Miguel: *Loc. cit.* págs. 98 y 99.

89.- Es rotundo MASOT MIQUEL, Miguel: *Loc. Cit.*, págs. 91-92 cuando afirma: “ha existido un criterio unánime y tradicional, dentro de nuestro Derecho, coincidente en que tales negocios jurídicos estaban prohibidos, y, en consecuencia, su otorgamiento afectado de nulidad. No hay en los protocolos notariales que se conservan en nuestro Archivo histórico –por lo menos en lo que referencia hace a los instrumentos por mí examinados, que han sido muchos– huellas de negocios jurídicos entre cónyuges; y, de otra parte, la doctrina ha considerado siempre que el criterio prohibitivo de las donaciones entre cónyuges era tradicional en nuestro Derecho”.

90.- FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Materials precompilatoris del Dret civil de les Illes Balears*. Palma de Mallorca, 2002, pág. 58.

“Antes de la celebración del matrimonio, pueden los cónyuges que tengan la capacidad que para contratar queda establecida en la ley, hacerse, tanto respecto de sus bienes, como del usufructo de ellos a favor del sobreviviente, las donaciones que tengan por conveniente, sin más limitación que la que se refiere á lo que pueda corresponder a sus herederos forzosos”. Es así que para las donaciones *propter nuptias*, no existe prohibición.

Así pues, a contrario, sí existe la prohibición para las donaciones entre los cónyuges que no se realicen antes de la celebración del matrimonio⁹¹.

Ahora bien, siguiendo a esta misma tradición romana plasmada en la comentada *oratio divi Antonini o oratio divi Severi*, las donaciones entre cónyuges quedaban convalidadas si premorí el cónyuge donante sin haberla revocado⁹², como afirmar el artículo 19:

“Si el marido no intentase durante su vida reclamación del dinero invertido en las compras verificadas por la mujer durante el matrimonio sin medios para ello, ó no dispusiese de él en ocasión de su muerte, se entenderá que de su importe hace donación á la misma, y esta donación tendrá, en cuanto á su validez y efectos, lo que se determina en las leyes comunes”⁹³.

3.3.2. *Exposición del Colegio de Abogados de Palma de Mallorca con motivo de la proyectada codificación del derecho civil común y foral. 1881.*

En la Conclusión IX de la Exposición elevada por el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Excmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia⁹⁴, dice:

“También es conveniente que subsista el fuero declaratorio de la irrevocabilidad, aún por mutuo consentimiento, de las donaciones otorgadas en contemplación de un matrimonio determinado”⁹⁵.

91.- Explicando en la Exposición que precede al articulado que: “ha sido natural que subsistiese todo el rigor de las antiguas leyes para prevenir el caso de que el marido, procediendo a impulsos del amor, o cediendo a los halagos de la mujer, cuando no por otras causas de diversa índole, ejecute adquisiciones figurándolas a nombre de aquella en los títulos del respectivo otorgamiento”. FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Op. cit.*, pág. 44.

92.- “no disponiendo de él en última voluntad, tiene en este caso el carácter de una donación, aunque con la eficacia y efectos que pueda corresponderle según derecho”, explica en la Exposición. FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Op. cit.*, pág. 44.

93.- FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Op. cit.*, pág. 58.

94.- FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Op. cit.*, pág. 71.

95.- Argumenta el Colegio de Abogados que sobre “tales donaciones basa la familia y se crean derechos a favor de tercero”. FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Op. cit.*, pág. 71.

Hay un absoluto silencio sobre las donaciones entre cónyuges constante matrimonio, sin contemplar tampoco la posible convalidación por premoriencia del donante, lo cual nuevamente nos pone sobre la pista de que en la conciencia jurídica de la época estaba la proscripción de tales negocios jurídicos.

3.3.3. *Proyecto de apéndice al Código civil redactado por la mayoría de la Comisión Especial de Derecho foral. 1903.*

El artículo 69 del Proyecto de Apéndice de 1903 establece:

“El marido puede constituir a la mujer soltera con la que trate de contraer matrimonio aumento de la dote hasta la cuantía de una cuarta parte de ésta”⁹⁶.

Vale lo dicho con referencia a la Exposición de 1881, si bien no cabe olvidar que algún ilustre tratadista de la época como es Matías Mascaró y Alberty⁹⁷ considera que

“en Mallorca, basándose su legislación en la romana, son válidas las donaciones entre cónyuges en los dos casos citados en los que lo eran por Derecho romano⁹⁸”.

3.3.4. *Informe del Colegio de Abogados de Palma sobre el proyecto de apéndice al Código civil. 1921.*

Mantiene en bloque y en lo sustancial lo sostenido en 1881, y su artículo 65 conserva la misma postura de entonces⁹⁹.

Ello permite afirmar nuevamente que esa ignorancia de regulación sobre la materia confirma la conciencia de la prohibición de tales donaciones entre cónyuges constante matrimonio.

3.3.5. *Proyecto de Apéndice elaborado por la Comisión de Juristas nombrada por la OM de 10 de enero de 1948*¹⁰⁰.

El artículo 58 establece:

A falta de contrato sobre los bienes, se entenderá contraído

96.- FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Op. cit.*, pág. 106.

97.- MASCARÓ Y ALBERTY, Matías: *Ensayos jurídicos sobre el derecho foral en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1904, pág. 55.

98.- Referido a los supuestos de premoriencia del donante sin haberla revocado o en los casos en que no se producía un correspondiente empobrecimiento del donante y enriquecimiento del donatario, como explica MASOT MIQUEL, Miguel: *Loc. Cit.*, pág. 98.

99.- FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Op. cit.*, pág. 146.

100.- FERRER VANRELL, M^a Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A.: *Op. cit.*, pág. 169.

el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de los mismos y el marido y la mujer podrán vendérselos recíprocamente.

Por su parte, el artículo 61 prevé:

El esposo puede constituir a la mujer soltera con la cual trate de contraer matrimonio aumento de la dote hasta la cuantía de una cuarta parte de ésta.

Por tanto, antes de contraer matrimonio el futuro esposo podía hacer donaciones en la cuantía fijada; pero una vez contraído matrimonio, cualquier donación entre cónyuges sería nula puesto que los negocios que el art. 58 legitima son los de carácter oneroso.

3.4. Las donaciones entre cónyuges en la Compilación de 1961.

El originario artículo 4.3 de la Compilación de 1961 disponía:

“Serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial la prueba del carácter oneroso corresponderá a los demandados”.

Como hemos señalado antes, este artículo sigue la senda de los textos precompilatorios en el sentido de que no dice expresamente que las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas, aunque quedaba clara la lectura del artículo a *sensu contrario*¹⁰¹.

3.5. La regulación tras la reforma operada por la Ley 8/1990 y el Decreto Legislativo 79/1990.

Como es conocido por todos, en 1989 se aprobó la Ley 8/1990, de reforma de la Compilación de 1961 para corregir aquellos aspectos que resultan inconstitucionales y para incorporar algunas significativas reformas.

101.- Resulta esclarecedora la explicación que ofrece MASOT MIQUEL, Miguel: *Loc. Cit.*, pág. 93 respecto de ese silencio: “No parece fácil adivinar a qué es debida la ausencia en nuestro Texto compilado de una regla general prohibitiva de las donaciones entre cónyuges. Tal vez la idea de hacer una Compilación que pudiera presentarse como un ejemplar botón de muestra de las virtudes de la brevedad y de la concisión ...tal vez se consideró que con la afirmación de este principio (validez de los contratos onerosos) había un valor entendido de mantenimiento de la regla prohibitiva de las donaciones; y es posible también que los compiladores no quisieran siquiera abordar la materia para no tener que tomar, de manera explícita, partido entre los dos principios que nos muestra el Derecho romano a lo largo de su evolución”.

Tras esa Ley, se delegó en el Gobierno para que elaborara el Texto Refundido de la Compilación, que recogiera los preceptos de la Ley de 1961 que permanecían vigentes y los recién incorporados por la Ley de 1990.

Es en esta reforma cuando se acaba con la prohibición de las donaciones entre cónyuges, fundamentándolo la Exposición de Motivos de la Ley 8/1990, de 28 de junio, con las siguientes palabras:

Además, y siguiendo el criterio sustentado por la doctrina¹⁰² y el ejemplo del Derecho comparado¹⁰³, se ha recogido el principio general de que el matrimonio no supone impedimento alguno para que los cónyuges puedan celebrar entre sí toda clase de contratos y transmitirse bienes y derechos por cualquier título.

En el texto articulado, el art. 4.3 establece:

Los cónyuges podrán celebrar entre sí toda clase de contratos y transmitirse bienes y derechos por cualquier título.

En caso de impugnación judicial se presumirá, salvo prueba en contrario, que la transmisión es gratuita.

Las donaciones entre cónyuges serán revocables sólo por incumplimiento de cargas y por ingratitud. Se consideran causas de ingratitud, además de las establecidas en el Código civil, el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, la anulación del matrimonio si el donatario hubiere obrado de mala fe, y la separación o divorcio, cuando sean imputables a éste los hechos que lo causaren.

En su análisis me voy a limitar al análisis de su párrafo tercero que es el que enumera las causas de revocación de las donaciones entre cónyuges.

102.- No hay que olvidar que Miguel MASOT formó parte de la Comisión redactora del Anteproyecto y que en el artículo tantas veces citado abogaba por la eliminación de la prohibición: “No hay razón alguna para seguir manteniendo la norma romana de la prohibición de donaciones entre cónyuges. Los motivos que determinaron su aparición histórica han devenido hoy totalmente irrelevantes y caducos... es preciso modificar el criterio con que nuestra Compilación aborda la cuestión” (pág. 117).

103.- Hay que recordar que, sin ir más lejos, en 1981 se modifica el Código civil en esta materia. Una vez desaparecidas las razones que justificaban la prohibición, desaparece del capítulo de las donaciones por razón del matrimonio el artículo prohibitivo, y en el capítulo dedicado al régimen matrimonial primario se inserta el art. 1323; lo cual es un doble acierto: por suponer la supresión de la prohibición en sí misma y por sacarla de un capítulo que no correspondía ya que era referido a las prenupciales.

Hay que convenir que la redacción del art. 4.3, párrafo 3º sin duda obedece a la pluma de Miguel MASOT MIQUEL puesto que responde íntegramente a su manera de pensar que dejó patente en el artículo tantas veces citado a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, queda descartado el juego de la supervivencia o superveniencia de hijos como causa de revocación porque se encarga de precisar que “sólo” son causa de revocación las que enumera, seguramente porque entiende el legislador que la legítima concedida a los hijos basta para protegerlos de las liberalidades anteriores a su nacimiento y porque en su caso la revocación no les aprovecharía directamente a ellos sino que los bienes volverían al cónyuge donante, que podrá disponer de ellos como mejor le parezca¹⁰⁴.

En segundo término, la dicción legal deja patente que en materia de revocación por incumplimiento de cargas se siguen las reglas que prevé el Código civil¹⁰⁵.

3.6. La modificación operada por la Ley 3/2009, de 27 de abril.

Aprovechando, como ya se ha dicho, la decisión de reformar de manera puntual la Compilación para impedir que las personas condenadas por delitos relacionados con violencia doméstica hereden el patrimonio de sus víctimas, mediante la incorporación de unos artículos 7 bis y 69 bis donde se recogen las causas de indignidad sucesoria y desheredamiento, se reforma también el art. 4.3, tercer párrafo.

De esta manera, quedan incursos en las posibles causas de revocación:

- 1) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por haber atentado contra la vida del donante o por lesiones graves contra el donante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.
- 2) Los condenados en juicio penal por sentencia firme por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual del donante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho o alguno de sus descendientes o ascendientes.
- 3) Por incumplimiento de cargas, que hay que entender remitido al art. 647 Código civil.

104.- MASOT MIQUEL, Miguel: *Loc. Cit.*, pág. 113.

105.- MASOT MIQUEL, Miguel: *Loc. Cit.*, págs. 113 y 114: “El régimen de la acción revocatoria de la donación entre cónyuges fundada en el incumplimiento de cargas sería el establecido de manera general por el Código civil”.

- 4) Por ingratitud, que comprende los siguientes supuestos, incluyendo los previstos en el art. 648 del Código civil:
- a) Que el donatario cometiere algún delito contra la persona, el honor o los bienes del donante.
 - b) Que el donatario imputare al donante alguno de los delitos que dan lugar a procedimientos de oficio o acusación pública, aunque lo pruebe; a menos que el delito se hubiese cometido contra el mismo donatario, su cónyuge o los hijos constituidos bajo su autoridad.
 - c) Si el donatario le niega indebidamente los alimentos al donante.
 - d) El incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales.
 - e) La anulación del matrimonio si el donatario hubiese obrado de mala fe.
 - f) La separación.
 - g) El divorcio.

3.6.1. El sentido de la reforma.

Si se compara el texto aprobado, además de la referencia a la revocabilidad si concurren los casos de los apartados a) y b) del art. 7 bis, con el hasta la fecha vigente desde la reforma de la Compilación de 1990, la diferencia fundamental se encuentra en el tratamiento de la separación y el divorcio como causas de ingratitud.

¿A qué obedece esa diferencia?

La respuesta no es otra que la necesidad de adecuar la norma a la Ley 15/2005, de 8 julio, por la que se modificó el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, a partir de la que desaparecen del ordenamiento jurídico español las causas de separación y divorcio.

A partir de este momento, la separación o el divorcio pueden tener su origen en un acuerdo de los cónyuges para suspender la convivencia o disolver el vínculo, o bien en la voluntad unilateral de uno de ellos sin necesidad de justificar su solicitud, siendo suficiente que el matrimonio hubiera tenido una duración superior a 3 meses, salvo los supuestos en que se acredite un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge que insta el procedimiento, de los hijos de ambos o de alguno de los cónyuges.

Esa reforma dejó vacíos de contenido algunos preceptos del Código civil, por ejemplo, el art. 1343 relativo a las causas de revocación de las donaciones *propter nuptias*¹⁰⁶, y de la Compilación, el mencionado art. 4.3.3, donde la separación o el divorcio pueden ser causas de revocación de la donación sí y sólo se pueden imputar al donatario los hechos que hubieran causado esa suspensión de la convivencia o la disolución del vínculo.

3.6.2. *La situación en que queda el art. 1343.3 in fine del Código civil.*

En el ámbito estatal, la problemática como hemos advertido, se planteó con virulencia respecto de las donaciones *propter nuptias*, donde el art. 1343.3 in fine establece como causa de ingratitud el supuesto en que le sea imputable al donatario, según la sentencia, la causa de separación o divorcio.

Haciendo un poco de historia, debe recordarse que esa previsión normativa incorporada en 1981 ya fue entonces criticada por entender que no tiene sentido reclamar la restitución de lo que fue inicialmente donado, porque la base del negocio es simplemente la celebración del matrimonio y la separación o divorcio que puede distar mucho del momento inicial no deben ejercer influencia para modificar a posteriori la eficacia de esas donaciones¹⁰⁷.

Con independencia de la constatación de que en su momento ya se produjo una desconexión en el tratamiento de esas donaciones (llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981) con la regulación de las crisis matrimoniales (Ley de 7 de julio de 1981), una parte de la doctrina entendía que era plausible distinguir los casos de separación o divorcio de mutuo acuerdo en cuyo caso la donación devenía firme, y aquellos otros en que la crisis era imputable a uno de los cónyuges, en cuyo caso si era el donatario cabía la revocación¹⁰⁸; pero otros autores consideraban que los fracasos matrimoniales suelen tener causas más complejas que la culpa de un cónyuge, por lo que la simple imputabilidad de la situación de crisis podría acabar

106.- Sobre esta cuestión, hay que atender sin duda a la valiosa aportación de DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho civil”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 13, agosto 2007, págs. 53-111.

107.- DÍEZ-PICAZO, Luis: “Comentario al art. 1343. VV. AA.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, II*, Tecnos. Madrid, 1984, pág. 1.580.

108.- ROCA TRIAS, Encarna: “Comentarios al art. 95” en VV. AA. *Comentarios ...cit.*, T. I, pág. 604; CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: “La aplicación judicial de la *conducta vejatoria o injuriosa y cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales* (art. 82.1 CC); la crisis matrimonial objetiva o quiebra definitiva e irreversible de la convivencia como causa de separación” *Aranzadi Civil*, 1993-II, pág. 2.439.

convirtiendo los procesos matrimoniales en una búsqueda de culpabilidades que el legislador, precisamente, quería evitar¹⁰⁹.

Si en ese sistema causal ya se cuestionaba la idea de imputabilidad de la causa de la separación o divorcio, en la situación actual la situación resulta todavía más acuciante.

Como siempre que se produce una reforma legislativa, pero quedan “flecós” de la situación anterior, la pregunta que surge es la de si el legislador fue consciente de esa situación y mantuvo esa situación de forma voluntaria o, simplemente, no fue consciente del problema.

Para responder a ese interrogante hay que valorar las interpretaciones que cabría hacer de esa incongruencia.

A) Una primera posibilidad es admitir como posible causa de revocación el dato de que el donatario haya sido el causante de la crisis.

Es decir, aunque ya no hay causas legalmente establecidas, en muchos casos habrá una “causa” que subyazca a la solicitud, sobre todo si es unilateral, de separación o divorcio. Dicho de otro modo, habrá que acreditar que ha existido una infracción de los deberes conyugales de los arts. 67 y 68 Código civil para instar la revocación¹¹⁰; demostración que tendría que hacerse en un procedimiento ordinario al exceder del marco del procedimiento matrimonial¹¹¹.

B) Mantener como causa de revocación la imputabilidad de la crisis a uno de los cónyuges, a través del expediente de incluir entre los supuestos de ingratitud el haber incurrido el donatario en alguna de las justas causas para desheredar del art. 855, en concreto, por incumplimiento grave y

109.- MARTÍN LEÓN, A.: *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código civil*. Pamplona, 2002, págs. 287 y ss.; SIRVENT GARCÍA, J.: *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código civil*. Valencia, 2003, págs. 29 ss.; ALGARRA PRATS, E.: Capítulo III: De las donaciones por razón del matrimonio” RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración a la doctrina jurisprudencial*. Madrid, 2005, págs. 221 ss.; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S. *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código civil*. Granada, 2006, págs. 176 y ss.; DOMÍNGUEZ LUELMO, *Loc. Cit.*, pág. 80 que ofrece un dato a tener en cuenta: esa imputabilidad puede ser un dato que muchas veces no viene a ser otra cosa que la manifestación externa del fracaso.

110.- CARRIÓN OLMOS, Santiago: “Reflexiones de urgencia en torno a los Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”. *La Ley*, 19 julio 2005, págs. 1 y ss.

111.- RUÍZ-RICO RUÍZ-MORON, Julia: “La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos”. *Aranzadi Civil* 9/2005. Pamplona, 2005 (BIB 2005/1381); FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Loc. cit.*, págs. 192 y ss.

reiterado de los deberes conyugales¹¹².

C) Considerar que las donaciones ya no son revocables con motivo de la separación o el divorcio, puesto que ya no existe cónyuge al que según la sentencia se pueda imputar la separación o el divorcio; como falta el presupuesto de aplicación de la norma, sobraría por inaplicable¹¹³.

Esta tesis no hace más que confirmar la idea que ya se había defendido en 1981 de que al suprimirse la idea de culpabilidad, no tiene sentido que la posibilidad de imputar el origen de la crisis matrimonial a uno de los cónyuges fuera motivo determinante de la posible revocación de las donaciones¹¹⁴.

La conclusión que extrae la doctrina de la situación en que queda el art. 1343 tras la reforma del Código civil de 2005 es que la separación y el divorcio resultan irrelevantes para la eficacia de las donaciones por razón del matrimonio, sin que tenga nada que ver con ello que el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales pueda ser causa de revocación pero únicamente por la remisión que el art. 1343 hace al art. 855 del Código civil¹¹⁵.

3.6.3. La opción escogida por el legislador balear.

Entre las alternativas que podía escoger el legislador balear ante la evidente falta de coordinación entre el nuevo régimen de la separación y divorcio y el art. 4.3, tercer párrafo, opta por mantener la separación y el divorcio como causas de revocación de la donación por ingratitud sin más¹¹⁶.

Esta misma solución es la que recoge el art. 35 de la Ley de régimen económico matrimonial valenciano, donde esa opción ha sido criticada con dureza utilizando un argumento demoledor:

“parece que también cabe revocar la donación cuando la

112.- FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Loc. Cit.*, pág. 192.

113.- RUÍZ-RICO RUÍZ-MORON, *Loc. Cit.*; FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, *Loc. Cit.*, pág. 199; ALGARRA PRATS, *Loc. Cit.*, págs.226 y 230.

114.- DÍEZ PICAZO, *Loc. Cit.*, pág. 1580.

115.- DOMÍNGUEZ LUELMO, *Loc. Cit.*, pág. 88.

116.- PORTO, Alejandra: “Lo que se da no se quita”. *Diario de Mallorca*, 10 de septiembre de 2010: “Actualmente se presume la ingratitud que antes se justificaba mediante la causa de dicha separación o divorcio, y debo reconocer que no entiendo por qué se lleva a cabo tal presunción, pues no hay que olvidar que, en la mentalidad de los baleares (entre los que me incluyo) se encuentra muy asumido aquello que señala el refranero popular de “Santa Rita, Rita, lo que se da no se quita”; debiendo entenderse en un doble sentido, de un lado, porque quien dona ha de ser consciente que, en principio, no podrá recuperar la titularidad del bien donado pues iría contra sus propios actos y, de otro lado, porque quien recibe generará unas expectativas legítimas sobre dicho bien”.

separación o el divorcio sean imputables al cónyuge del donatario, y también las realizadas por un contrayente o cónyuge al otro aunque sea el donante el que obró de mala fe en punto a la nulidad matrimonial o le es imputable la separación o el divorcio; todo ello salvo que recurramos a la aplicación del principio general de buena fe del art. 7.1 CC”¹¹⁷.

Otras voces se muestran menos reacias a esta solución, considerando que la revocación de las donaciones por divorcio realizadas una vez contraído matrimonio deberían ser tan revocables como las realizadas antes, tanto por razones de orden ontológico, histórico, lógico y Derecho comparado, habida cuenta que las habituales donaciones entre cónyuges son un subtipo de las donaciones por razón de matrimonio¹¹⁸

En este sentido, cabe recordar que el art. 1765 del Código civil portugués reconoce la posibilidad de revocación ad nutum de las donaciones entre cónyuges, pero el art. 1766 establece como único límite que el donatario haya sido el causante o culpable de la separación.

La conclusión que podemos compartir es que no parece tener sentido que se recojan, como supuestos de ingratitud a los efectos de revocación de las donaciones entre cónyuges, la separación o el divorcio, porque seguramente nos llevaría a generar una situación de inseguridad jurídica quizá desaconsejable.

3.7. La alternativa del Anteproyecto de régimen patrimonial del matrimonio.

Como hemos señalado antes, de aprobarse la propuesta normativa que analizamos, se produciría un vuelco radical de la situación actual, puesto que en ningún caso habría lugar a la revocación de las donaciones en supuestos de separación o divorcio, siguiendo en cierta medida lo que es el parecer mayoritario en el seno de la doctrina civilista española que considera que resulta difícil sostener que la base del negocio pueda entenderse que sea la pervivencia del vínculo, puesto que de poderse plantear en estos términos habría que convenir que cualquier donación sería susceptible de ser revocada, ya que en la mayoría de casos en que se producen subyace una relación de afecto entre donante y donatario que en caso de que quebrara podría suponer la revocabilidad de la donación, con lo que la pervivencia de la donación quedaría sujeta a la libre voluntad de una de las partes.

117.- CLEMENTE MEORO, Mario E.: “La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano”. *derechocivilvalenciano.com/.../19_5324aedecbfffef1e89d93ffcd8d7f8cd*

118.- HUALDE MANSO, Teresa: “Consecuencias sucesorias del nuevo matrimonio del viudo: reservas y limitaciones dispositivas”. *Cuadernos de Aranzadi Civil* n° 29 (Estudios), 2007. BIB 2007/1651, pág. 49.

Por tanto, no parece que sea objetable en sí mismo esa opción que escoge el anteproyecto. Lo que sucede es que produce unos efectos colaterales sobre los que quizás valdría la pena reflexionar.

4. DONACIONES ENTRE CÓNYUGES Y RESERVA.

Hay que recordar que los arts. 968 y siguientes del Código civil regulan la institución de la reserva viudal, mediante la cual se obliga al cónyuge viudo que pasa a segundas nupcias a reservar los bienes que hubiera podido recibir inter vivos o mortis causa del cónyuge premuerto a favor de los hijos comunes.

Uno de los debates que en la doctrina se han ido planteando a partir de la admisión en 1981 del divorcio como causa de disolución del matrimonio, ha sido si la figura de la reserva debe predicarse del cónyuge divorciado que accede a segundas nupcias.

En este sentido, LACRUZ es el primero que sostiene que el divorcio es un evento que no pudo tener en cuenta el legislador de 1889 y que disuelve igualmente el matrimonio y que

“el divorcio disuelve igualmente el matrimonio y por cierto sin dar lugar a la restitución de lo donado por un esposo a otro, y con mayor razón se impone la reserva si el divorciado vuelve a casarse o tiene otros hijos: el mismo conflicto de intereses debe tener la misma solución que el legislador de 1889 no pudo formular expresamente”¹¹⁹.

Frente a esta tesis, existe otra corriente doctrinal que encabezan DÍEZ

119.- LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Op. cit.*, pág. 572. Esta tesis posteriormente ha sido acogida por parte de la doctrina: VALLET DE GOYTISOLO, Juan B: *Estudios de Derecho sucesorio. Volumen V: La reserva clásica*. Madrid, 1983, pág. 42. MIQUEL GONZÁLEZ, José M^o: *Loc. cit.*, RUIZ-RICO RUIZ, Julia: “Artículo 968” en ALBACAR, José Luís y RUÍZ-RICO RUÍZ-MORON, Julia: “Artículos 968 a 980”. *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia, T. III* (José Luís ALBACAR LÓPEZ - Jaime DE CASTRO GARCÍA –directores–), Madrid, 1991, pág. 1068. Con relación a la Compilación catalana de 1984 explica CASANOVAS MUSSONS, Ana: “Artículo 272”. Artículos 248 a 276 de la Compilación de Cataluña. Tomo XXIX, Vol. 3^o. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, Madrid 1986, pág. 449, nota 2: “la situación de viudedad no puede considerarse como presupuesto exclusivo o necesario. La idea básica ha sido siempre la disolución del matrimonio, cuyas causas se contienen ahora en el artículo 85 del Código civil. Téngase en cuenta que en cualquiera de ellas la ratio de la reserva clásica, concurriendo los demás elementos del supuesto de hecho, se presenta con la misma intensidad. Es cierto que el tenor literal de las normas sigue limitándose al supuesto tradicional de la condición de viudo/a. Producto de la inercia, refleja todavía la anterior identificación entre un efecto (disolución del matrimonio) y una única causa (la muerte de uno de los cónyuges) que hoy ha de entenderse superada”.

PICAZO y GULLÓN que no entienden posible esa aplicación:

“Aunque persuasiva la argumentación, lo cierto es que el legislador, que introduce aquel cambio fundamental en el Código, no ha alterado la reserva clásica del cónyuge supérstite que pasa a nuevas nupcias. Que haya sido un desacierto es otro problema que el intérprete no puede corregir. No hay oscuridad o insuficiencia en el texto legal, que claramente se refiere al viudo o viuda”¹²⁰.

Seguramente es cierto que, habida cuenta que la regulación de la reserva en el Código civil se ha visto modificada en 1981 y en 1996 y a pesar de ello no se ha alterado la redacción literal que alude exclusivamente al cónyuge viudo, no es posible proceder a esa ampliación del elemento subjetivo de la institución.

No obstante, de *lege ferenda*, resultaría conveniente ampliar el campo de la reserva al supuesto de la disolución del matrimonio por divorcio, en atención especialmente a las donaciones que hubieran podido hacerse los cónyuges, reserva que dejaría de ser del cónyuge viudo para convertirse en reserva del cónyuge bínubo. Está claro que en supuestos de separación y divorcio las adquisiciones que pudiera hacer el primer cónyuge pueden ser irrelevantes porque deja de estar entre los vocados intestados, porque pierde el derecho a la legítima y porque en cualquier momento, una vez concluida la relación matrimonial, puede hacer testamento y revocar aquel en que hubiera podido instituirle heredero o legatario.

Que esto debe ser así se justifica en el propio fundamento de la institución: si se pretende la protección de los hijos del matrimonio disuelto ante el posible desvío de bienes hacia un segundo o ulterior cónyuge del favorecido por la donación fallecido, la pretendida protección del patrimonio del donante a favor de los hijos quedaría muy comprometida.

Como se ha dicho con acierto, la revocabilidad de las donaciones y la reserva son figuras excluyentes: si el donante puede hacer reingresar los bienes donados en su propio patrimonio haciendo que quede cerrado el riesgo de desvío hacia la nueva familia del donatario divorciado bínubo, no cabe pensar en la reserva como mecanismo de solución de agravios puesto que

120.- DÍEZ PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil IV*, 8ª edición, pág. 448. Esta tesis ha sido seguida por ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: “Divorcio y reserva de bienes”. *Anuario de Derecho Civil*, 1999. Tomo LII, fascículo IV (octubre-diciembre), páginas 1395-1434; GIMÉNEZ DUART, Tomás: “Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas”. *Revista de Derecho Notarial*, 1985, abril-junio, páginas 133-166; HUALDE MANSO, Teresa: *Loc. Cit.*; CUENA CASAS, Matilde: “Uniones de hecho y abuso de derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio”. *La Ley*, 15 de marzo de 2005.

la base ontológica de la reserva es el desvío inevitable de bienes de una familia a la otra¹²¹.

4.1. La situación actual en las Illes Balears.

Hay que recordar que en nuestra Comunidad Autónoma rigen los arts. 968 y ss del Código civil en materia de reserva ordinaria, al entenderse que se trata de un supuesto de aplicación supletoria ante el silencio del legislador balear al respecto, como ha reconocido la sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, de 25 de mayo de 2010¹²².

Si existe acuerdo en que en la actualidad no cabe plantear el posible juego de la reserva clásica en supuestos de separación y divorcio conforme a lo preceptuado en el Código civil, hay que reconocer que la redacción vigente del art. 4.3, tercer párrafo de la Compilación puede ser una solución a este problema en nuestra Comunidad Autónoma, porque el simple hecho de la separación o el divorcio aparece como causa suficiente para la revocabilidad de las donaciones, con independencia de quién pueda ser el causante de la ruptura del matrimonio.

De esta manera, queda resuelto una cuestión que seguramente, en el marco de la institución de reserva, resulta más acuciante en la actualidad puesto que seguramente se trata de un supuesto que socialmente sería no sólo comprendido sino comúnmente aceptado¹²³.

En esta misma línea se manifiesta la Comisión Académica de Derecho Privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears en su trabajo “Reservas hereditarias y Derecho civil balear” que reconoce el juego de este artículo 4¹²⁴.

4.2. La situación que plantearía el Anteproyecto.

De aprobarse la norma, como hemos comentado, las donaciones realizadas entre los cónyuges resultarían irrevocables y pasarían de manera definitiva al patrimonio del donatario, si el matrimonio se ha disuelto o ha cesado la

121.- ARECHEDERRA ARANZADI, *Loc. Cit.*, págs.. 1416-1417 y HUALDE MANSO, *Loc. Cit.*, pág. 51.

122.- RJ\2010\5126. Sobre la misma, MASOT MIQUEL, Miguel: PANIZA FULLANA, Antonia: “La problemática de la reserva vidual en el Derecho civil de Mallorca”. *Revista Jurídica de les Illes Balears*, nº 9, 2011, págs. 125-132.

123.- MUNAR BERNAT, Pedro A. *La reserva vidual. Especial consideración al Derecho civil de Mallorca*. Madrid, 2009, págs. 116-117.

124.- *Loc. Cit.*, pág. 331.

convivencia entre ellos. Si el donatario divorciado pasa a un segundo matrimonio, los bienes adquiridos no quedan sujetos a ninguna clase de reserva y podrían transmitirse a quien deseara, por ejemplo, a ese segundo cónyuge o a los hijos que tuviera con éste.

De esta manera la pretendida protección del patrimonio familiar a que obedece la institución de la reserva sufriría un importante perjuicio.

Es cierto, como señala la Academia, que como en muchos casos en los casos de divorcio se ha procedido a una liquidación de los bienes de los cónyuges, a través de un convenio regulador o a través de una sentencia judicial en supuestos de litigios contenciosos y en ese trámite el donante puede alegar que los bienes donados al consorte lo fueron realmente con la intención de que posteriormente pasaran a sus hijos¹²⁵. Pero esa circunstancia es absolutamente contingente, no es en absoluto seguro que se pueda producir ni existe ninguna norma que lo establezca en modo alguno. No parece que el legislador pueda prescindir de dar respuesta a una realidad, porque suele resolverse en la liquidación de los bienes.

4.3. La propuesta de la Comisión de Derecho Privado de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

Precisamente para zanjar la cuestión y no quedar al albur de la posible reforma o no de este artículo 4.3, tercer párrafo, somos partidarios de que, habida cuenta que la Academia, a través de su Comisión de Derecho Privado, ha presentado una iniciativa de reformar algunos ámbitos del derecho de sucesiones en la Compilación para incluir la regulación de la reserva, debe plantearse que en el supuesto de hecho que da origen a la figura no sólo aparezcan las causas de disolución del matrimonio que son la muerte y la declaración de fallecimiento, sino también el divorcio¹²⁶.

De esta manera, me parece atendible la propuesta que se hace en el segundo inciso del art. 2º de la Propuesta de regulación de las reservas, que realiza la Comisión de Derecho Privado de la Academia cuando establece:

“La reserva también se aplicará, respecto de los bienes objeto de este artículo, en caso de separación, nulidad y divorcio del primer matrimonio del bínubo, siempre que tales bienes hayan sido adquiridos por éste antes de la interposición de la demanda”.

125.- *Loc. Cit.*, pág. 331.

126.- Hay que recordar que el 20 de septiembre de 1985 el grupo parlamentario socialista en el Congreso presentó una proposición de ley de modificación de determinados artículos del Código civil y de la Ley ITPAJD que ampliaba la reserva al divorciado bínubo. GIMÉNEZ DURANT, T. “Los desajustes... *cit.*”, pág. 165.

En todo caso, habría que matizar la redacción porque resulta evidente que en casos de separación no se producirá la disolución del vínculo y, por tanto, no podrá acceder a un segundo matrimonio.

4.4. Conclusión.

Como creemos haber demostrado, si sale adelante el texto anteproyectado la situación en que queda el donante divorciado es mucho peor que la del donante que fallece, puesto que como en las Illes Balears juega la reserva del Código civil, no hay posibilidad de reserva para el caso en que el donatario divorciado pase a segundas nupcias.

Esta situación nuevamente pone sobre el tapete la necesidad de proceder a la reforma de la Compilación en materia sucesoria. El problema que hemos señalado sólo es uno de los muchos que la actual Compilación puede tener en esta materia.

La Comisión Asesora ya ha manifestado al Gobierno la necesidad de acometer esa tarea. Hacemos votos para que sea atendida esa demanda y realice la oportuna encomienda para que proceda a elaborar un texto que pueda acabar convirtiéndose en una Ley de sucesiones de las illes Balears.

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, Manuel: *Curso de Derecho civil, IV: Derecho de Familia*.

ALGARRA PRATS, E.: Capítulo III: De las donaciones por razón del matrimonio” RAMS ALBESA, J. y MORENO MARTÍNEZ, J.A. (coord.), *El régimen económico del matrimonio (Comentarios al Código civil: especial consideración a la doctrina jurisprudencial)*. Madrid, 2005, págs. 221 ss.

ÁLVAREZ-SALA WALTHER: “Aspectos imperativos en la nueva organización económica del matrimonio y márgenes a la libertad de estipulación capitular”. *Revista de Derecho Notarial*, nº 112, 1981.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio: “Divorcio y reserva de bienes”. *Anuario de Derecho Civil*, 1999. Tomo LII, fascículo IV (octubre-

diciembre), páginas 1395-1434.

BIONDI, G. *Sucesión testamentaria y donación*. 2ª ed. Barcelona, 1960.

CARRIÓN OLMOS, Santiago: “Reflexiones de urgencia en torno a los Leyes 13 y 15/2005 por las que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio y derecho a contraer matrimonio”. *La Ley*, 19 julio 2005.

CASANOVAS MUSSONS, Ana: “Artículo 272”. Artículos 248 a 276 de la Compilación de Cataluña. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO. Tomo XXIX, Vol. 3º. Madrid 1986.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: “La aplicación judicial de la *conducta vejatoria o injuriosa y cualquier otra violación grave y reiterada de los deberes conyugales* (art. 82.1 CC); la crisis matrimonial objetiva o quiebra definitiva e irreversible de la convivencia como causa de separación” *Aranzadi Civil*, 1993-II.

CERDÁ GIMENO, José: “En torno a un tema clásico: donaciones entre cónyuges”. *Revista Jurídica del Notariado*, nº 19, 1996, págs. 9-120.

CLEMENTE MEORO, Mario E.: “La Ley 10/2007, de régimen económico matrimonial valenciano”. derechocivilvalenciano.com/.../19_5324aedecbf-fef1e89d93ffcd8d7f8cd

COCA PAYERAS, Miguel – VILA RIBAS, Mª del Carmen: “El Derecho civil balear en su Estatuto de Autonomía y sus perspectivas de futuro”. *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 de Mallorca, 2011.

COCA PAYERAS, Miguel: “Introducción” *Compilación de Derecho civil de Baleares*. Ed. Ramón Areces, 1991.

COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS: “Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, X, págs. 307-326.

COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS: “Sistemas legitimarios de las Illes Balears”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XI, págs. 307-326.

COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS: “Los contratos sucesorios en las Illes Balears”. *Boletín de la Academia de*

Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, XII, págs. 176-217.

COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN DE LAS ILLES BALEARS: “Reservas hereditarias y derecho civil balear”. *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XIII, págs. 291-338.

CORRIENTE CÓRDOBA, José Antonio: “La configuración de la vivienda familiar en el derecho europeo. Líneas de construcción y directrices de política legislativa del Consejo de Europa”. *Hogar y ajuar de la familia en las crisis matrimoniales, Bases conceptuales y criterios judiciales*. Pamplona, 1996.

CUENA CASAS, Matilde: “Uniones de hecho y abuso de derecho. Acerca de la discriminación en contra del matrimonio”. *La Ley*, 15 de marzo de 2005

D’ORS, Álvaro: *Derecho Privado Romano*, Pamplona, 1989.

DE LOS MOZOS, José Luis: “Artículo 1320” *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, T. XVIII, v. 1º.

DÍEZ PICAZO, Luis – GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil IV*, 8ª edición.

DÍEZ-PICAZO, Luis: “Comentario al artículo 1320 del CC”. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. II, Tecnos. Madrid, 1984.

DÍEZ-PICAZO, Luis: “Comentario al art. 1343. VV. AA.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, II*, Tecnos. Madrid, 1984.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: “La supresión de las causas de separación y divorcio en la Ley 15/2005 y sus repercusiones en el Derecho civil”. *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 13, agosto 2007, págs. 53-111.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico civil*. Barcelona, 1982.

ESPIAU ESPIAU, Santiago: “La disposición de la vivienda familiar y de los bienes de uso ordinario en el Derecho civil catalán (notas en torno al art. 9 CF). *La Notaria*, nº 4, 2001, págs. 17 y ss.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S. *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código civil*. Granada, 2006.

FERRER VANRELL, Mª Pilar: *Informe sobre la reforma de la Compilación de Dret civil de Balears (Su origen y fundamento, la STSJB de 3 de septiembre de 1998)*. Palma 2000.

FERRER VANRELL, Mª Pilar: “La problemática de la aplicabilidad del

artículo 1320 del Código civil a los ordenamientos civiles territoriales”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 665, 2001.

FERRER VANRELL, M^a Pilar: *Lecciones de derecho civil balear*. M^a Pilar Ferrer Vanrell (coordinadora). 3^a edición revisada, Palma de Mallorca, 2004.

FERRER VANRELL, María Pilar – MUNAR BERNAT, Pedro A. *Materials precompilatoris del Dret civil de les Illes Balears*, Palma, 2002.

FERRER, Joan Lluís: “El Govern concluye la redacción de la Ley que altera el derecho autóctono de las Pitiusas”. *Diario de Ibiza*, 8 de mayo 2011.

GIMÉNEZ DUART, Tomás: “La organización económica del matrimonio tras la reforma de 13 de mayo de 1981”. *Revista de Derecho Notarial*, nº 113-114.

GIMÉNEZ DUART. Tomás: “El artículo 1320 del Código civil, ¿es aplicable en Cataluña? *Revista Jurídica de Cataluña*, 1982, págs. 193-209.

GIMÉNEZ DUART, Tomás: “Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas”. *Revista de Derecho Notarial*, 1985, abril-junio, páginas 133-166.

HERRERO GARCÍA, M^a José: “Comentarios al artículo 1320 del Código civil” *Comentarios al Código civil*. T. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

HUALDE MANSO, Teresa: “Consecuencias sucesorias del nuevo matrimonio del viudo: reservas y limitaciones dispositivas”. *Cuadernos de Aranzadi Civil* nº 29 (Estudios), 2007. BIB 2007/1651.

JLN <http://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2013-JUNIO.htm>, nº 209.

LACRUZ BERDEJO, José Luis: *Elementos de Derecho Civil, IV: Derecho de Familia*, V. I.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: *Principios de Derecho civil, 6: Derecho de Familia*.

LEHMANN *Tratado de Derecho civil. Parte General. V. I.* Trad. J.M. Navas, Madrid, 1956.

LEÓN PINA, Germán: “El Derecho Civil pitiuso, en riesgo de desaparición”, *Diario de Ibiza* el 12 de marzo de 2011.

LEÓN PINA, Germán: “El Presidente Vicente Serra, Ulises y Pinocho” *Diario de Ibiza*, 17 de julio 2013.

LLODRÁ GRIMALT, Francesca: “La *Compilación del Derecho civil*

especial de las islas Baleares y el seu carácter innovador". *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 de Mallorca, 2011.

LÓPEZ ROSA, Ramón: *Origen y fundamento de la prohibición de las donaciones inter virum et uxores*. Jerez de la Frontera, 1977.

MACABICH LLOBET, Isidoro: "Sobre el antiguo Reino de Mallorca". *Revista de Estudios Ibicencos*, núm. 3 (2ª época), 1956.

MARTÍN LEÓN, A.: *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código civil*. Pamplona, 2002.

MASCARÓ Y ALBERTY, Matías: *Ensayos jurídicos sobre el derecho foral en Mallorca*. Palma de Mallorca, 1904, pág. 55.

MASOT MIQUEL, Miguel: "Artículo 3". *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XXXI, v. 1º, 2ª edición, Edersa. Madrid, 2000.

MASOT MIQUEL, Miguel: "La prohibición de donaciones entre cónyuges en el Derecho civil de Mallorca" *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 1-1982, págs. 91-118.

MIR DE LA FUENTE, Tomás: "La evolución del Derecho civil balear compilado. El contenido de la Compilación y sus modificaciones". *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 de Mallorca, 2011.

MUNAR BERNAT, Pedro A. *La reserva vidual. Especial consideración al Derecho civil de Mallorca*. Madrid, 2009.

PANIZA FULLANA, Antonia: "La problemática de la reserva vidual en el Derecho civil de Mallorca". *Revista Jurídica de les Illes Balears*, nº 9, 2011, págs. 125-132.

PÉREZ GURREA, Rosana: "El desistimiento o no renovación de vivienda arrendada por el arrendatario ex artículo 12 LAU como manifestación de protección de la vivienda familiar". *Revista crítica de derecho inmobiliario*, nº 698, 2006, págs. 2520-2526.

PORTO, Alejandra: "Lo que se da no se quita". *Diario de Mallorca*, 10 de septiembre de 2010.

ROCA TRIAS, E.: *Instituciones del Dret civil de Catalunya*.

ROCA TRIAS, Encarna: "Comentarios al art. 95" en VV. AA. *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*. T. I. Tecnos. Madrid, 1984.

ROCA TRIAS, Encarna: "Vivienda familiar". *Enciclopedia Jurídica Básica*, Vol. IV, Civitas, 1995.

RUÍZ-RICO RUÍZ, Julia: “Artículo 968” en ALBACAR, José Luis y RUÍZ-RICO RUÍZ-MORON, Julia: “Artículos 968 a 980”. *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia, T. III* (José Luis ALBACAR LÓPEZ – Jaime DE CASTRO GARCÍA –directores–), Madrid, 1991.

RUÍZ-RICO RUÍZ-MORON, Julia: “La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos”. *Aranzadi Civil* 9/2005. Pamplona, 2005 (BIB 2005/1381).

SERRA, Vicente: “Sobre el Derecho civil pitiuso” *Diario de Ibiza*, 14 de julio de 2013.

SIRVENT GARCIA, J.: *Las donaciones por razón del matrimonio en el Código civil*. Valencia, 2003.

TORRES LANA, José Ángel: “Artículo 1320” *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia*, Trivium 1991.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B: *Estudios de Derecho sucesorio. Volumen V: La reserva clásica*. Madrid, 1983.

VILA I RIBES, Carme: “El régimen económico en el proyecto de reforma de la Compilación del Derecho civil de Baleares” *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, 16 (1987-1988), págs. 175-244.

ZAFORTEZA DE CORRAL, Luz: *La Compilación de 1961 a través de su proceso formativo: Antecedentes, documentos y actas*. Palma de Mallorca, 1992.

ANEXO. ANTEPROYECTO DE LEY DE RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

TÍTULO II. DE LAS CARGAS FAMILIARES Y SU LEVANTAMIENTO

TÍTULO III. DE LA VIVIENDA Y EL MENAJE FAMILIAR

TÍTULO IV. DE LAS DONACIONES EN RAZÓN DEL MATRIMONIO

TÍTULO V. DE LOS CAPÍTULOOS MATRIMONIALES

TÍTULO VI. DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Capítulo I. Disposiciones generales

Capítulo II. Del régimen de separación de bienes

Sección primera. Disposiciones generales

Sección segunda. De la extinción y la liquidación del régimen

TÍTULO VII. DISPOSICIONES APLICABLES A IBIZA Y FORMENTERA

Capítulo I. Disposiciones generales

Capítulo II. De los *espòlits*

Capítulo III. Del usufructo universal capitular

Capítulo IV. Del régimen convencional de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras

Disposición adicional única

Disposición transitoria primera

Disposición transitoria segunda

Disposición transitoria tercera

Disposición derogatoria única

1. El marco competencial determinado por el artículo 149.1.8 *a* de la Constitución española y el artículo 30.27 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 2007 (antes artículo 10.23 del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears de 1983), para la conservación, la modificación y el desarrollo del derecho civil propio de las Illes Balears, ha tenido hasta hoy un desarrollo escaso, especialmente insólito si se compara con lo que ha sucedido en otras comunidades autónomas que disfrutaban de la misma competencia legislativa exclusiva.

Esta ley, elaborada inicialmente en el seno de la Comisión Asesora de Derecho Civil de las Illes Balears en las sesiones del 30 de marzo de 2009 al 5 de abril de 2011 y, después, con las aportaciones y trabajos del Consejo Asesor del Derecho Civil propio de Ibiza y Formentera del 7 de noviembre de 2011 al 11 de diciembre de 2012, en nuevas sesiones hasta el 6 de febrero de 2013, pretende superar la atonía que ha presidido los treinta años de competencia legislativa sobre el derecho civil propio y devenir la primera pieza de un diseño de política legislativa afirmado en la necesidad de renovar e impulsar el derecho civil. Ciertamente, la Compilación de 1961 y su adaptación a la Constitución del año 1990, originadas en circunstancias políticas, económicas y sociales muy diferentes de las actuales, a pesar de su altura técnica y eficacia en la conservación de algunas instituciones civiles propias, es insuficiente e inadecuada para las nuevas realidades y necesidades de los habitantes de las Islas.

En resumidas cuentas, la Compilación ha rendido un servicio importante a la conservación de nuestro derecho civil, pero ha llegado la hora de modificarlo y desarrollarlo, con el fin de completarlo, sobre la base útil existente, con normas que sean más conformes a la nueva realidad social.

2. Esta ley inaugura el diseño de política legislativa consistente en la elaboración de leyes especiales sectoriales que derogarán y sustituirán parcialmente los preceptos de la Compilación, para decidir finalmente si se debe mantener esta dispersión normativa sectorial o si es procedente refundirla en una nueva compilación o cuerpo del derecho civil propio.

3. Los materiales que han servido de base a la discusión y la elaboración de este texto legal han sido el Anteproyecto de modificación del título I del libro I de la Compilación entregado al Gobierno por la Comisión Asesora el año 2004; el Proyecto de Ley de reforma del título I (del libro I de la Compilación del derecho civil de las Islas Baleares) del régimen económico conyugal y reenumeración y titulación de todos los artículos, aprobado por el Consejo de Gobierno, a propuesta de la Comisión Asesora de Derecho Civil de las Illes Balears, el 23 de marzo de 2007; las leyes de las diferentes

comunidades autónomas relativas al régimen económico matrimonial y a la familia que se han promulgado en los últimos años, y también la doctrina y la jurisprudencia más reciente, así como las propuestas presentadas por el Consejo Asesor de Derecho Civil Propio de Ibiza y Formentera.

4. La ley se denomina “de régimen patrimonial del matrimonio”, porque no se limita, como hacía hasta ahora la Compilación, a regular el régimen económico matrimonial propio de las diferentes islas, sino que intenta incluir los diferentes aspectos patrimoniales que derivan del hecho de contraer matrimonio con la finalidad de que en las situaciones en que sea aplicable esta ley la ordenación sea completa y no sea necesario acudir a ordenaciones supletorias.

4.1. Se divide en siete títulos, empezando por el dedicado a las disposiciones generales sobre el objeto y el ámbito de aplicación de la ley y los principios en que se inspira, con especial desarrollo de las diferentes facetas del principio de igualdad entre cónyuges en cuanto a derechos y deberes, dirección familiar y domicilio.

4.2. El título II se dedica a las cargas familiares y configura, junto con los dos títulos siguientes, un verdadero régimen económico matrimonial primario aplicable a los matrimonios que queden sujetos al derecho civil de las Islas, aunque su régimen matrimonial no sea el de separación de bienes.

En esencia, se intenta perfilar adecuadamente lo que es una carga familiar, se distingue entre la obligación de levantarlas y la contribución a este levantamiento, la afección a su levantamiento del patrimonio de cada cónyuge, la responsabilidad ante terceros y la subsidiaria del cónyuge no contratante. Se desarrollan también dos formas específicas de levantamiento directo, que son el trabajo para la familia y la aportación del uso de la vivienda. Se regula el crédito indemnizatorio a favor de uno de los cónyuges por el trabajo para la familia y se establece la compatibilidad con la pensión compensatoria.

4.3. En el título III se prevé la vivienda y el menaje familiar, desde su conceptualización hasta la legitimación restringida para llevar a cabo actos de disposición o gravamen sobre estos bienes, y se introduce una norma que contradice la regulación que hasta hoy —con la ratificación de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en la Sentencia 1/1998, de 3 de septiembre— se entendía aplicable en este campo, de plena libertad de disposición por parte de su titular. Creemos que la realidad social y las exigencias de protección a los integrantes de la familia imponen este cambio, presentado incluso en la sentencia mencionada del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears.

La exigencia de autorización del cónyuge no titular para la alienación o gravamen impone obligaciones relativas a la manifestación del carácter de la vivienda, así como prohibiciones de autorización y de registro para notarios y registradores.

Se regula igualmente la anulabilidad de estos actos y su inoponibilidad a terceros de buena fe a título oneroso cuando la manifestación sea inexacta o falsa. No abarca esta regulación a las alienaciones de viviendas familiares realizadas en Ibiza y Formentera por personas sujetas a su derecho civil propio, que son objeto de regulación específica en el título VII.

Finalmente, se regulan dos derechos viduales no sucesorios. Uno, de nuevo cuño, aunque no ajeno a la tradición jurídica de las Islas, que es el de poseer la vivienda el año posterior a la muerte del cónyuge. Y otro, clásico en nuestro derecho, el de predetracción del menaje.

4.4. Las donaciones en razón de matrimonio están previstas en el título IV, con especial atención a su revocabilidad por nulidad del matrimonio, incumplimiento de cargas e ingratitud, y se establece un plazo breve de caducidad de la facultad revocatoria.

4.5. Las capitulaciones matrimoniales configuran el título V en lo que se puede destacar la regulación de la delicada cuestión de los supuestos de validez de los pactos en previsión de la ruptura matrimonial y los de limitación o exclusión de derechos, así como la ineficacia del negocio capitular.

4.6. Del régimen económico matrimonial, se ocupan las normas por las cuales es contenido en el título VI, dividido en dos capítulos, y el segundo en dos secciones.

El capítulo I contiene las disposiciones generales, empezando por las relativas al respeto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, el carácter de régimen legal supletorio del de separación de bienes y el principio de libre contratación entre ellos. Se ha considerado necesario incluir una regla sobre revocación de donaciones entre cónyuges que sustituya el actual del artículo 4.3 de la Compilación para dotarla de más claridad y sencillez, a la vez que se procura limitar el alcance de la revocabilidad en cuanto al tiempo y a la legitimación, que corresponde exclusivamente al cónyuge.

El régimen de separación de bienes ha sido tradicionalmente en todas las Islas el legal supletorio, y como tal es objeto de regulación en el capítulo II.

En la sección primera se define el régimen, se determinan qué bienes son propios de cada cónyuge y las reglas de administración y apoderamiento.

En cuanto a las adquisiciones onerosas hechas por un cónyuge se

establece como regla de partida que su titularidad pertenece a lo que figura como tal en el título adquisitivo formal y se añade que, si ha sido pagada la contraprestación o precio por el otro cónyuge, se debe aplicar la presunción de gratuidad establecida para los contratos entre cónyuges. Con esta regla se pretende solucionar el conflicto de intereses que se produce en estos supuestos aplicando el criterio de la seguridad del tráfico inmobiliario y la evitación del enriquecimiento injusto. En todo caso, se trata de una presunción *iuris tantum*, por lo cual queda fuera de peligro el ejercicio de acciones por parte del cónyuge que pagó la contraprestación o precio cuando esta última obedezca a una causa ajena a la donación.

Por otra parte, la regulación se completa con la admisión de cualquier medio de prueba respecto de la pertenencia de un bien en el uno o el otro cónyuge, a falta de título, y el establecimiento como regla de cierre de la presunción de cotitularidad por mitades indivisas.

La sección segunda regula por primera vez en nuestro derecho la liquidación del régimen de separación de bienes y cierra la polémica entorno de si tienen cabida o no estas operaciones en el régimen matrimonial mencionado, mediante una previsión detallada de los créditos y deudas que entran en la liquidación, y la remisión, en el caso de falta de acuerdo, al procedimiento judicial de los artículos 807 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se da carta blanca a la posibilidad de ejercitar coetáneamente la acción de división de cosa común, con la particularidad de ser factible la formación de lotes por parte de la autoridad judicial.

5. En el título VII unas disposiciones generales constituyen el capítulo I, que recoge las normas de los anteriores títulos que son aplicables a Ibiza y Formentera, mediante remisiones generales, con las excepciones que se han considerado imprescindibles; por su parte, los siguientes capítulos regulan las instituciones típicas de Ibiza y Formentera. Cabe destacar, como materias que han sido objeto de regulación específica y separada, los *espòlits* y el usufructo universal capitular, figuras profundamente arraigadas en estas islas. También, por primera vez en nuestro derecho, se aborda la normación sistemática de un régimen convencional, de raíz consuetudinaria, históricamente pactado en Ibiza y Formentera, el régimen “de acogimiento a la cuarta parte de las mejoras” y se establecen dos modalidades (unilaterales y recíprocas), su extinción y liquidación, así como el pago del crédito resultante y las acciones en defensa de este régimen. Finalmente, se establece la incompatibilidad con el crédito indemnizatorio por el trabajo para la familia, pero la compatibilidad con la pensión compensatoria.

Para acabar, cierra el contenido del anteproyecto de ley una disposición adicional para determinar la aplicabilidad de las instituciones propias de las

islas de Ibiza y Formentera a los matrimonios sujetos a las disposiciones aplicables a las islas de Mallorca y Menorca. Tres disposiciones transitorias que determinan su aplicación a los matrimonios contraídos y subsistentes en el momento en que entre en vigor, sin perjuicio de que los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial iniciados anteriormente se rijan por la normativa sustantiva vigente al iniciarlos; que lo que se dispone para la liquidación del régimen económico matrimonial solo se aplique a los extinguidos posteriormente a la entrada en vigor de la ley; que los regímenes económicos matrimoniales y los capítulos otorgados de conformidad con la legislación anterior produzcan los efectos que se prevén y que, en cambio, la liquidación del régimen convencional “de acogimiento a la cuarta parte de las mejoras” se rija por las disposiciones de esta ley aunque se haya pactado antes de la misma ley. Y una disposición derogatoria única que deja sin efecto el título I del libro I; el artículo 65 del libro II, en aquello que se remite al mencionado título I del libro I, y el título I del libro III de la Compilación del derecho civil de las Illes Balears, aprobada por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre.

TÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto y ámbito de aplicación

1. Esta ley tiene como objeto la regulación de las relaciones económicas derivadas del matrimonio.
2. Es aplicable a los matrimonios cuyos efectos se rigen por el ordenamiento civil de las Illes Balears.

Artículo 2. Principios

1. La regulación de las relaciones económicas derivadas del matrimonio se inspira en el principio de plena igualdad entre los cónyuges, de protección de la familia y de sus miembros discapacitados o en situación de dependencia, de protección integral de los hijos menores y de libertad de pacto, sin más limitaciones que las que establece esta ley.
2. A los efectos de esta ley, la familia es el núcleo que forman los cónyuges, los hijos comunes, los propios del uno o del otro, así como el resto de descendientes y ascendientes, siempre que convivan en el domicilio familiar.

Artículo 3. La igualdad entre cónyuges

1. Los cónyuges tienen en el matrimonio los mismos derechos y deberes de orden doméstico y en relación con el cuidado y la atención de los restantes miembros de la familia.

2. Los cónyuges estarán obligados a entregarse recíprocamente y de manera periódica información suficiente sobre sus ingresos, actividades económicas y gestión de su patrimonio para poder adoptar conjuntamente las decisiones más oportunas sobre la manera de subvenir a las necesidades de la familia.

Artículo 4. La dirección de la familia

1. La dirección de la familia corresponde a los dos cónyuges de común acuerdo, los cuales deben adoptar sus decisiones en interés del conjunto de sus miembros. No obstante, en situaciones excepcionales de urgencia y de imposibilidad de obtener el consentimiento de uno de los miembros, la dirección de la familia podrá ser ejercida provisionalmente por el otro.

2. Ninguno de los cónyuges se puede atribuir la representación del otro si no le ha sido conferida, sin perjuicio de la presunción establecida en el artículo 7.3.

Artículo 5. Domicilio familiar

Los cónyuges deciden de común acuerdo el domicilio familiar, y en caso de desacuerdo lo tiene que hacer la autoridad judicial haciendo prevalecer el interés de la familia. No obstante, en todo caso, se presume que el domicilio familiar es la vivienda familiar.

TÍTULO II. DE LAS CARGAS FAMILIARES Y SU LEVANTAMIENTO

Artículo 6. De las cargas familiares

1. Tienen la consideración de cargas familiares las necesarias para el mantenimiento de la familia de acuerdo con su nivel de vida y los usos sociales.

2. En particular, son en todo caso cargas familiares las originadas por:

a) Alimentos, que incluyen todo lo que es indispensable para el mantenimiento, la vivienda, el vestido y la asistencia médica. Igualmente, la educación y la instrucción en la minoría de edad, y en la mayoría si la formación no hubiera concluido por razones ajenas al alimentado.

b) Atenciones de previsión, médicas y sanitarias.

c) Conservación de la vivienda familiar u otros bienes utilizados por la familia.

3. No son cargas familiares las que responden al interés exclusivo de uno de los cónyuges, ni las derivadas de la gestión y defensa de los bienes privativos, a menos que estos sean utilizados por la familia.

Artículo 7. Obligación de levantamiento

1. Las cargas familiares pueden ser levantadas tanto de forma directa como mediante el abono del importe de su coste. La obligación de levantamiento recae sobre los cónyuges, sin perjuicio de la contribución prevista en el artículo siguiente por el resto de miembros de la familia.

2. La contracción de obligaciones para el levantamiento de cargas familiares se debe llevar a cabo de común acuerdo por ambos cónyuges.

3. No obstante, cualquiera de los cónyuges puede contraer obligaciones para atender las necesidades y los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y el nivel de vida de la familia y se tiene que presumir de que lo hace con el consentimiento del otro.

Artículo 8. Contribución al levantamiento

1. Los cónyuges deben contribuir al levantamiento según lo pactado expresamente entre ellos y, a falta de pacto, en proporción a sus ingresos, rentas y patrimonios, excepto la existencia de un patrimonio afecto.

2. Los otros miembros de la familia deben contribuir equitativamente, según sus posibilidades, y de acuerdo con los gastos que generen, al levantamiento de cargas mientras convivan en la unidad familiar.

3. Si alguna de las personas obligadas no contribuye al levantamiento de las cargas, cualquiera de los cónyuges puede solicitar al juez la adopción de las medidas pertinentes para asegurar su cumplimiento.

Artículo 9. Trabajo para la familia

1. El trabajo para la familia es una de las formas de levantamiento directo de las cargas familiares si no es retribuido o compensado y, si lo es de manera insuficiente, computará la diferencia.

2. Se entiende por trabajo para la familia el trabajo para la casa, el cuidado y la atención de los miembros que convivan en el domicilio familiar y la colaboración no retribuida en la actividad empresarial o profesional del otro cónyuge.

3. La valoración del trabajo realizado para la familia, a falta de pacto, corresponde a la autoridad judicial, que tiene que ponderar el coste, la

eventual incidencia en el incremento patrimonial de uno de los cónyuges y la pérdida de oportunidades.

4. Cuando el valor del trabajo hecho por uno de los cónyuges o el cómputo de la diferencia sea superior a lo que estaba obligado a llevar a cabo, tiene derecho al valor de este exceso. Este crédito indemnizatorio es compatible con la pensión compensatoria que prevé el ordenamiento del Estado pero que se deberán reclamar conjuntamente para que se puedan ponderar.

Artículo 10. Aportación de la vivienda y menaje familiar por parte de un cónyuge

1. La aportación de la vivienda y de su menaje por uno de los cónyuges como domicilio familiar es una de las formas de levantamiento directo de las cargas familiares, si aquella no es retribuida o compensada, y si lo es de manera insuficiente, computará la diferencia.

2. La valoración de esta aportación, a falta de pacto, será efectuada por la autoridad judicial ponderando su coste en el mercado.

Artículo 11. Afección de bienes

Los bienes propios de cada cónyuge son afectos al levantamiento de las cargas familiares, sin perjuicio de la existencia de un patrimonio especialmente afectado.

Artículo 12. Responsabilidad ante terceras personas

1. Ante terceras personas ambos cónyuges responden solidariamente de las obligaciones que contraen conjuntamente en el levantamiento de las cargas familiares.

2. De las obligaciones contraídas por uno de los cónyuges para atender las necesidades y gastos familiares responde ante terceras personas el cónyuge que las contrajo y, subsidiariamente, el otro cónyuge.

3. Las reglas de responsabilidad de los párrafos anteriores se deben aplicar sin perjuicio de los criterios de contribución interna que se deriven del artículo 8 de esta ley.

Artículo 13. Responsabilidad subsidiaria del cónyuge no contratante

1. La efectividad de la responsabilidad subsidiaria establecida en el artículo anterior exige la ejecución previa de los bienes del cónyuge

contratante. No obstante, la demanda se puede plantear contra ambos cónyuges solicitando la condena, con carácter principal, del cónyuge contratante y, subsidiariamente, del otro cónyuge.

2. El embargo y el apremio de los bienes del cónyuge no contratante no es procedente hasta que hayan sido objeto de realización los del cónyuge que contrajo la obligación y en la medida necesaria para cubrirla.

3. No es procedente la exigencia de responsabilidad subsidiaria respecto de obligaciones contraídas cuando el matrimonio esté separado de hecho, sin perjuicio de los criterios de contribución interna que se deriven de la regla del artículo 8 de esta ley.

4. Tampoco es exigible la responsabilidad subsidiaria en caso de que el acreedor haya concedido al cónyuge contratante prórroga expresa, sin consentimiento del otro cónyuge y en perjuicio suyo.

TÍTULO III. DE LA VIVIENDA Y EL MENAJE FAMILIAR

Artículo 14. Conceptos

1. Se entiende por vivienda familiar aquella en la que residen habitualmente los cónyuges o uno de ellos con la mayor parte de los hijos comunes.

2. El menaje familiar comprende los muebles, los utensilios, la ropa y otros bienes de uso ordinario de la vivienda familiar. No tienen esta consideración los objetos de valor extraordinario visto el nivel de vida familiar.

Artículo 15. Legitimación para los actos de disposición o gravamen

1. El cónyuge titular o cotitular de cualquier derecho sobre la vivienda constitutiva del hogar familiar y su menaje no podrá realizar actos de disposición, alienación o gravamen de su derecho sin el consentimiento expreso del otro cónyuge.

2. Si el cónyuge no titular no da su consentimiento, el juez podrá autorizar el acto pretendido, en interés de la familia.

3. Las reglas establecidas en los dos apartados anteriores tienen carácter imperativo.

Artículo 16. Obligación de manifestar el carácter de la vivienda

1. Cualquier acto de disposición, alienación o gravamen de derechos sobre una vivienda, realizada por una persona casada, exige la manifestación del transmitente sobre si constituye o no hogar familiar.

2. Los notarios se abstendrán de autorizar y los registradores de inscribir los títulos que contengan actos de disposición, alienación o gravamen de derechos sobre una vivienda otorgados por una persona casada, sin la manifestación negativa sobre su carácter de hogar familiar, o sin la constancia fehaciente del consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial.

3. La omisión de la manifestación mencionada en el contrato impide al adquirente ampararse, si procede, en la protección prevista en el artículo 17.3 de esta ley, sin perjuicio de las responsabilidades del transmitente.

Artículo 17. Ineficacia de los actos de disposición o gravamen

1. Los actos de disposición, alienación o gravamen realizados sin el consentimiento del otro cónyuge o la autorización judicial firme son anulables a instancia de aquel.

2. La acción de anulación caducará en el plazo de cuatro años a contar desde la inscripción en el Registro de la Propiedad o desde que el cónyuge legitimado haya conocido de la disposición, alienación o gravamen.

3. La ineficacia del acto no se puede oponer al adquirente de buena fe y a título oneroso, en los casos de manifestación inexacta o falsa sobre el carácter de la vivienda, sin perjuicio de lo que disponga la legislación hipotecaria. En este caso, el cónyuge transmitente tiene que responder ante el otro de los daños y perjuicios irrogados a la familia por su actuación.

Artículo 18. Derecho del cónyuge superviviente al mantenimiento de la posesión de la vivienda familiar

1. El cónyuge superviviente, no separado judicialmente ni de hecho, que, por cualquier título, no tenga derecho al uso de la vivienda familiar puede mantener la posesión durante el año posterior a la muerte del otro, siempre que no incurra en causa de indignidad sucesoria y que el derecho a poseer forme parte de la herencia.

2. El derecho mencionado no se debe computar en el haber hereditario del cónyuge superviviente y se extingue, en todo caso, al contraer nuevas nupcias, constituir una pareja estable o de hecho, o incumplir los deberes inherentes a la patria potestad respecto de los hijos tenidos con el cónyuge premuerto.

Artículo 19. Predetracción del menaje

Cuando se produzca la muerte de uno de los cónyuges, los bienes integrantes del menaje serán propiedad del superviviente y no se computarán en su haber.

TÍTULO IV. DE LAS DONACIONES EN RAZÓN DEL MATRIMONIO

Artículo 20. Concepto

Las donaciones en razón del matrimonio son actos de disposición a título gratuito hechos en consideración a la futura celebración de un matrimonio, por parte de uno de los contrayentes a favor del otro, o por terceras personas a favor de uno de ellos o de los dos.

Artículo 21. Objeto

1. Los bienes dados conjuntamente a los futuros contrayentes les pertenecen en proindiviso ordinario por partes iguales, a menos que el donante haya hecho expresamente la disposición en otros términos.

2. Cuando el bien dado está afecto a cargas o gravámenes, el donante no está obligado a liberarlos.

3. Las donaciones de bienes futuros en razón de matrimonio solo se podrán hacer en capítulos matrimoniales o en pacto sucesorio.

Artículo 22. Ineficacia y revocación

1. Las donaciones en razón de matrimonio quedan sin efecto si este no se contrae en el plazo de un año a contar desde la aceptación.

2. Estas donaciones son revocables por declaración de nulidad del matrimonio, incumplimiento de cargas e ingratitud del donatario.

3. Son causas de ingratitud la denegación indebida de alimentos; la condena del donatario por sentencia sujeta por haber atentado contra la vida, por lesiones graves, por delitos contra la libertad, la integridad moral y la libertad sexual si el ofendido es el donante, su cónyuge, su pareja estable o de hecho, su descendiente o su ascendiente.

4. En todo caso, son irrevocables los regalos de boda de bienes muebles, cuyo valor se ajuste a los usos, visto el nivel de vida de la familia.

Artículo 23. Acción de revocación

1. La acción de revocación caduca en el plazo de un año a contar desde que el donante tiene conocimiento de la causa de revocación.

2. Esta acción solo puede ser ejercitada por el donante. No obstante, sus herederos se pueden subrogar en el ejercicio de la acción si esta fue ejercitada dentro del plazo y en la forma apropiada por el donante.

Artículo 24. Efectos de la revocación

1. Declarada judicialmente la revocación de la donación, el donatario queda obligado a reintegrar los bienes dados con los frutos producidos desde la interposición de la demanda.

2. Los derechos adquiridos con anterioridad a la interposición de la demanda revocatoria, por terceros de buena fe, sobre los bienes dados se mantienen.

3. Si el donatario no puede reintegrar los bienes dados queda obligado a reembolsar al donante su valor al tiempo de interposición de la demanda.

4. Si los bienes que se deben reintegrar estuvieran grabados, el donante podrá exigir su valor de acuerdo con el párrafo anterior o el reintegro con una compensación equivalente al menor valor que supone el gravamen.

TÍTULO V. DE LOS CAPÍTULOS MATRIMONIALES

Artículo 25. Concepto y régimen

1. Los capítulos matrimoniales son un negocio jurídico familiar y solemne otorgado por los futuros contrayentes o por los cónyuges, mediante el cual pueden establecer, modificar o sustituir su régimen económico, y convenir los pactos lícitos que consideren adecuados en razón del matrimonio o de su ruptura.

2. La determinación, modificación o sustitución de un régimen económico se podrá hacer por simple remisión a uno de los previstos legalmente o configurándolo según las necesidades de los otorgantes.

3. También pueden incluir pactos sucesorios entre los futuros contrayentes o cónyuges, o estos mismos pactos, y otros en razón de matrimonio, otorgados con terceras personas.

Artículo 26. Momento de otorgamiento

Los capítulos matrimoniales pueden otorgarse antes o después de la boda. Los prenupciales solo tienen efecto una vez contraído el matrimonio, siempre que se celebre en el plazo máximo de un año posterior al otorgamiento.

Artículo 27. Forma e inscripción

1. Los capítulos y sus modificaciones, para su validez, se deben otorgar en escritura pública.

2. Se deben inscribir en el Registro Civil y, en su caso, en otros registros públicos.

Artículo 28. Capacidad

Tienen capacidad para otorgar capítulos prenupciales los que válidamente pueden contraer matrimonio, pero necesitan, en su caso, los complementos de capacidad que correspondan.

Artículo 29. Pactos en previsión de ruptura matrimonial

1. Los pactos en previsión de ruptura matrimonial se pueden otorgar en capítulos matrimoniales o en escritura pública. Cuando sean prenupciales solo son válidos si se otorgan al menos treinta días antes de la fecha de celebración del matrimonio.

2. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos a los que se renuncia o que se limitan.

Artículo 30. Modificación

1. Para modificar o dejar sin efecto los capítulos hace falta el consentimiento de todas las personas que los han otorgado o de sus herederos, si la modificación afecta a derechos que aquellas hubieran conferido.

2. Los cónyuges pueden modificar o sustituir el régimen económico matrimonial y los pactos en previsión de ruptura matrimonial sin la intervención de otros otorgantes de los capítulos.

Artículo 31. Ineficacia

1. La nulidad matrimonial, la separación judicial o el divorcio produce la ineficacia de los capítulos. Esta no afectará a los actos de reconocimiento de hijos, a los pactos en previsión de ruptura matrimonial, a las donaciones y a los pactos sucesorios, que seguirán su régimen legal.

2. La ineficacia de los capítulos o de alguno de sus pactos producida por causas ajenas a las del párrafo anterior se someterá al régimen propio de la ineficacia declarada.

TÍTULO VI. DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 32. Determinación del régimen

El régimen económico matrimonial es el convenido en capítulos o *espòlits*,

formalizados en escritura pública, antes o durante el matrimonio y, en su defecto, el de separación de bienes.

Artículo 33. Modificación

La modificación del régimen económico matrimonial no perjudica a los derechos adquiridos por terceras personas.

Artículo 34. Libre contratación

1. Los cónyuges pueden celebrar entre ellos toda clase de contratos y transmitirse bienes y derechos por cualquier título.

2. En caso de impugnación judicial se presumirá que la transmisión es gratuita.

Artículo 35. Donaciones entre cónyuges

1. Las donaciones entre cónyuges son revocables únicamente por incumplimiento de cargas, por ingratitud y por nulidad del matrimonio.

2. La acción de revocación caduca en el plazo de tres años a contar desde que el donante tiene conocimiento del incumplimiento de cargas o de la causa de ingratitud. En el supuesto de nulidad, desde la firmeza de la sentencia.

3. Esta acción debe ser ejercitada por el donante y, en el caso de nulidad del matrimonio, solo por el declarado de buena fe en la sentencia de nulidad. Los herederos se pueden subrogar a la acción si esta fue ejercitada dentro del plazo y en la forma apropiada por el donante.

4. Las causas de ingratitud y los efectos de la revocación son los que disponen los artículos 22.3 y 24 de esta ley, en aquello que resulten de aplicación.

Capítulo II. Del régimen de separación de bienes

Sección 1ª. Disposiciones generales

Artículo 36. Concepto

En el régimen de separación de bienes, cada cónyuge tiene la propiedad de todos sus bienes y, por lo tanto, el disfrute, la administración y la libre disposición de estos, con los límites establecidos por la ley.

Artículo 37. Bienes propios

Son bienes propios de cada cónyuge todos los que tenía al establecer el régimen de separación de bienes, de forma voluntaria o legal, y los que después ha adquirido por cualquier título durante su vigencia.

Artículo 38. Administración de los bienes

1. Cualquiera de los cónyuges puede conferir al otro un apoderamiento, expreso o tácito, para administrar sus bienes. También puede acondicionarlo, restringirlo o revocarlo en cualquier momento.

2. En el ejercicio de la administración se deben aplicar las normas del mandato, pero el administrador no puede designar a ningún sustituto a no ser que, expresamente, el otro cónyuge lo haya autorizado a hacerlo. Esta prohibición rige en cualquier apoderamiento entre cónyuges.

3. Al finalizar el apoderamiento, el administrador tiene que entregar al otro cónyuge los frutos existentes y el equivalente de aquellos con los que se haya enriquecido.

Artículo 39. Adquisiciones onerosas

1. Los bienes adquiridos de forma onerosa durante el matrimonio son del cónyuge que determina el título adquisitivo válido. Si la contraprestación fue pagada, total o parcialmente, por el otro cónyuge, se aplicará la establecida en el artículo 34.2 de esta ley a la relación interna entre los cónyuges.

2. Sin embargo, los bienes muebles de uso familiar adquiridos de forma onerosa durante el matrimonio se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades indivisas.

Artículo 40. Determinación de titularidades

1. A falta de título, la pertenencia de un bien o derecho a uno o al otro cónyuge se podrá determinar por cualquier medio de prueba. Si la determinación no es posible, el bien o el derecho corresponde a ambos cónyuges por mitades.

2. Se presume que los bienes muebles de uso personal de uno de los cónyuges y los que estén directamente destinados al desarrollo de su actividad le pertenecen exclusivamente.

Sección 2ª. De la extinción y liquidación del régimen

Artículo 41. Extinción

1. El régimen se extingue por acuerdo entre los cónyuges documentado

en capítulos o *espòlits*, por disolución, nulidad o separación judicial del matrimonio.

2. La extinción del régimen abre el periodo de liquidación que, en defecto de acuerdo, se debe llevar a cabo de conformidad con los capítulos, *espòlits* o pactos en previsión de la ruptura matrimonial y, subsidiariamente, según las reglas de esta sección.

Artículo 42. Liquidación

1. La liquidación se inicia con la determinación de los créditos del uno y el otro cónyuge derivados de:

a) El levantamiento de las cargas familiares, de acuerdo con los criterios fijados en los artículos 8, 9 y 10.

b) Las acciones de regreso que resulten de la responsabilidad solidaria o subsidiaria regulada en los artículos 12, 13 y 46.

c) Los daños y perjuicios causados por los actos de disposición, alienación o gravamen de la vivienda familiar y su menaje, que prevé el artículo 17.3.

d) La imposibilidad de restituir los bienes dados por el otro cónyuge en caso de revocación de la donación o la compensación equivalente al menor valor que supone el gravamen de acuerdo con los artículos 24.3 y 24.4.

e) La rendición de cuentas procedente de la administración de los bienes del otro cónyuge de acuerdo con el artículo 38.

f) Los contratos o negocios entre cónyuges.

g) Cualquier otro crédito que un cónyuge tenga contra el otro.

2. En caso de extinción del régimen por muerte o declaración de defunción, quedan excluidos de la liquidación los supuestos *a* y *b*.

3. Una vez determinados los créditos de ambos cónyuges, corresponde compensarlos de manera que resulte un único crédito exigible.

4. El procedimiento para la liquidación judicial es el que regulan los artículos 807 a 810 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 43. División de los bienes en comunidad ordinaria indivisa

1. Cualquiera de los cónyuges puede ejercer, simultáneamente al procedimiento de liquidación, la acción de división de cosa común con respecto a los bienes que tenga en comunidad ordinaria indivisa.

2. La autoridad judicial competente, si lo solicita uno de los cónyuges, puede formar lotes de bienes con titularidad plena y adjudicarlos a los cónyuges.

TÍTULO VII. DISPOSICIONES APLICABLES A IBIZA Y FORMENTERA

Capítulo I. Disposiciones generales

Artículo 44. Objeto y ámbito de aplicación

1. Las normas del presente título tienen como objeto la regulación de las relaciones económicas de los matrimonios sujetos a las disposiciones aplicables a Ibiza y Formentera.

2. La integración e interpretación de estas normas se ajustará a lo que establece el apartado 2 del artículo 1 de la Compilación del derecho civil de las Illes Balears.

Artículo 45. Excepciones

Serán de aplicación a los matrimonios que se rigen por las disposiciones aplicables a Ibiza y Formentera los títulos I a IV de esta ley, excepto los artículos 12, 13, 15, 16 y 17. También les será de aplicación el título VI, excepto el apartado 2 del artículo 38 y el apartado 1 c del artículo 42.

Artículo 46. Responsabilidad ante terceras personas

Ambos cónyuges responden solidariamente ante terceras personas de las obligaciones que contraen conjuntamente por el levantamiento de las cargas familiares y de las contraídas por uno de ellos en ejercicio de su potestad doméstica, fijada en el artículo 7.3. Estas reglas de responsabilidad se aplicarán sin perjuicio de los criterios sobre contribución interna que se derivan del artículo 8 de esta ley.

Capítulo II. De los espòlits

Artículo 47. Concepto

Los *espòlits*, institución propia de las Islas Pitiusas, son un negocio jurídico familiar y solemne mediante el cual se establece el régimen económico del matrimonio así como de otras disposiciones en razón de éste.

Artículo 48. Momento de otorgamiento

Los *espòlits* podrán otorgarse antes o después de celebrarse las nupcias. En el primer caso, solo producirán efectos una vez contraído el matrimonio, siempre que este se celebre en el plazo de un año a contar desde el día de la firma de los *espòlits*.

Artículo 49. Forma e inscripción

1. Para su validez, los *espòlits*, así como sus modificaciones, tendrán que otorgarse en escritura pública.

2. Se deben inscribir en el Registro Civil y, en su caso, en otros registros públicos.

Artículo 50. Capacidad

Tienen capacidad para otorgar *espòlits* antes de contraer matrimonio los que válidamente lo puedan celebrar, pero necesitan, en su caso, los complementos de capacidad que correspondan.

Artículo 51. Contenido

1. Los *espòlits* tendrán que contener disposiciones relativas a la fijación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial. La estipulación de un régimen económico podrá hacerse por simple remisión a uno de los regulados en las leyes o bien acomodándolo a las circunstancias particulares de los interesados.

2. Podrán convenirse en *espòlits* todas aquellas estipulaciones referidas a instituciones que, de acuerdo con sus propias normas reguladoras, admitan su otorgamiento en capítulos matrimoniales. En particular, donaciones *propter nuptias*, dote, arras, acogimiento en una cuarta parte de las mejoras, pactos sobre la forma y cuantía de contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio, donaciones universales, pactos sucesorios, usufructo universal y fiducia sucesoria, así como cualquier otro que los interesados consideren conveniente, incluso en previsión de ruptura matrimonial.

3. Las instituciones contenidas en los *espòlits* se regirán por lo que hayan convenido las partes y, subsidiariamente, por su regulación específica.

4. Cuando los pactos en previsión de ruptura matrimonial se otorguen antes del matrimonio únicamente serán válidos si el matrimonio llega a contraerse dentro del año siguiente a la fecha del otorgamiento.

Artículo 52. Modificación

1. Los *espòlits* podrán modificarse en cualquier tiempo mediante escritura

pública. La modificación no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

2. Para modificar o dejar sin efecto el régimen económico matrimonial, así como cualquier otra cláusula convenida exclusivamente entre los cónyuges, bastará el consentimiento de estos.

3. Para modificar o dejar sin efecto cláusulas en las que hayan intervenido cualesquiera otras personas, se necesitará, además, su concurrencia o la de sus herederos, si la modificación afecta a derechos que aquellas hubieran conferido.

4. Se exceptúan de lo que disponen los dos párrafos anteriores las estipulaciones que, por pacto expreso o por su naturaleza, sean revocables.

Artículo 53. Ineficacia por nulidad, separación judicial y divorcio

1. Los *espòlits* se convertirán en ineficaces por nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio, salvo lo que se establece en los siguientes párrafos.

2. Se mantendrá la eficacia de los pactos convenidos en *espòlits* en previsión de ruptura matrimonial, sin perjuicio de lo que resuelva la sentencia.

3. Los heredamientos y las donaciones otorgados a favor del hijo o de la hija contenidos en los *espòlits* firmados con ocasión de sus nupcias conservarán la eficacia si hay descendencia del matrimonio anulado, separado judicialmente o divorciado. Si el matrimonio no ha tenido descendencia, si el hijo o la hija se vuelve a casar o constituye pareja estable o de hecho, el heredamiento o la donación se convertirán en revocables por la sola voluntad del heredando o donante.

4. Los heredamientos convenidos a favor de los descendientes del matrimonio en consideración al cual se hubieran otorgado los *espòlits* también conservarán la eficacia, pero los heredamientos puros se convertirán en revocables.

5. La acción de revocación prevista en los párrafos anteriores caducará en el plazo de un año desde que el legitimado tiene conocimiento de la concurrencia de la causa que la determina.

Capítulo III. Del usufructo universal capitular

Artículo 54. Usufructo universal capitular

1. El usufructo universal convenido en *espòlits* para después de la muerte faculta al usufructuario para regir y gobernar la casa y todos los bienes, el

cual queda dispensado de formar inventario y de prestar fianza.

2. El usufructuario queda obligado a prestar, con cargo al usufructo, alimentos al heredero, al consorte de este y a los hijos del cónyuge premuerto y del heredero que vivan en la casa, así como a consentir que se hagan en el usufructo las reducciones necesarias para pagar las legítimas y, si procede, para constituir la dote.

3. Este usufructo es inalienable, sin perjuicio de que, con el consentimiento del nudo propietario, se enajenen bienes determinados. El usufructo subsiste sobre el producto de la alienación que no se destine a prestar alimentos o a pagar deudas y legítimas.

4. El usufructo se extinguirá cuando el usufructuario contraiga nuevo matrimonio o conviva en pareja estable o de hecho.

Capítulo IV. Del régimen convencional de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras

Artículo 55. Concepto

1. El régimen de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras atribuye al cónyuge, en el momento de la extinción, el derecho a participar en una cuarta parte de las mejoras, compras y adquisiciones hechas por el otro durante el tiempo que este régimen haya sido vigente, según las normas establecidas en este capítulo.

2. En el momento de constituir el régimen, los cónyuges pueden acordar una participación en las mejoras diferente de la cuarta parte.

3. En este régimen cada cónyuge tiene la propiedad de todos sus bienes y, por lo tanto, el disfrute, la administración y la libre disposición de estos bienes, con los límites establecidos por la ley. En todo caso, el cónyuge acogedor tiene el deber de informar sobre la gestión de su patrimonio.

Artículo 56. Forma

El régimen de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras se tiene que convenir en capítulos matrimoniales o *espòlits*.

Artículo 57. Modalidades de acogimiento

1. El régimen de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras puede pactarse con carácter unilateral o recíproco.

2. El acogimiento es unilateral cuando se estipula a favor de uno de los cónyuges. En este caso, se nombra acogedor al cónyuge que otorga el derecho a participar en sus mejoras, y acogido el cónyuge a favor del cual se constituye este derecho.

3. El acogimiento es recíproco cuando el derecho a participar en las mejoras se establece a favor de ambos cónyuges indistintamente.

Artículo 58. Régimen jurídico

1. El acogimiento se rige por lo que se ha convenido en capítulos matrimoniales o *espòlits*. Subsidiariamente, por las disposiciones del presente capítulo y, en aquello no previsto, por la costumbre.

2. Durante su vigencia le son de aplicación las normas de la sección primera del capítulo II del título VI de esta ley.

Artículo 59. Extinción del régimen

1. El régimen de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras se extingue por:

a) La nulidad del matrimonio, la disolución o la separación judicial.

b) La voluntad de los cónyuges manifestada en capítulos matrimoniales o *espòlits*.

2. También se extinguirá por resolución judicial, a instancia de uno de los cónyuges, si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

a) Separación de hecho por un periodo superior a tres meses.

b) Incumplimiento grave o reiterado por parte del otro cónyuge del deber de informar sobre la gestión del patrimonio.

c) Gestión patrimonial irregular o supervención de alguna circunstancia personal o patrimonial en el otro cónyuge que comprometa gravemente los intereses de quien solicita la extinción.

Artículo 60. Inicio de la liquidación

1. Una vez extinguido el régimen de acogimiento se deben cuantificar las mejoras obtenidas por el cónyuge acogedor o, en caso de haber pactado la reciprocidad, los obtenidos por cada uno de los cónyuges.

2. Las mejoras son los incrementos de patrimonio obtenidos durante la vigencia del régimen derivados de mejoras, compras y adquisiciones.

3. Se consideran mejoras los aumentos de valor producidos durante la vigencia del régimen en los bienes que tenía el cónyuge acogedor al iniciarse este y en los adquiridos con posterioridad por título gratuito, siempre que los aumentos sean debidos a su industria o inversión.

4. Se consideran compras los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen por título de compraventa que subsistan en el patrimonio del cónyuge acogedor en el momento de la extinción.

5. Se consideran adquisiciones los bienes adquiridos durante la vigencia del régimen por título oneroso distinto de la compraventa que subsistan en el patrimonio del cónyuge acogedor en el momento de la extinción.

Artículo 61. Reglas de liquidación

1. En defecto de pacto, las mejoras se liquidan según las reglas establecidas en este artículo.

2. En las mejoras se tienen en cuenta los aumentos de valor referidos en el artículo 60.3, deduciendo los costes actualizados para obtenerlas. En las compras y adquisiciones se tendrá en cuenta el valor de los bienes al final del régimen, con deducción de las cargas que los afecten y del importe actualizado del precio o de la contraprestación.

3. A la suma obtenida según lo que dispone el apartado anterior se debe añadir, tratándose de bienes dispuestos por el cónyuge acogedor a título gratuito durante la vigencia del régimen, los siguientes valores:

a) Respecto de los bienes adquiridos antes de la constitución del acogimiento o, a título gratuito, durante su vigencia, la mejora experimentada, en los términos del párrafo 2 de este artículo, desde la constitución del régimen hasta la disposición del bien.

b) Respecto de los bienes comprados o adquiridos de forma onerosa durante el acogimiento, el valor que tenían estos al salir del patrimonio del cónyuge acogedor, con las deducciones que se indican en el párrafo 2 de este artículo.

En ambos casos, las liberalidades de uso y las donaciones consentidas por el otro cónyuge quedan excluidas.

4. También se debe añadir el valor obtenido de la aplicación de las reglas anteriores en los casos en que el cónyuge acogedor haya destruido, deteriorado o enajenado a título oneroso bienes, durante la vigencia del régimen, con intención de perjudicar los derechos del otro cónyuge.

5. De la suma total se debe deducir el importe de las obligaciones del cónyuge acogedor todavía no satisfechas.

6. Hay mejoras cuando el resultado de las operaciones mencionadas en los apartados anteriores sea positivo.

Artículo 62. Crédito resultante del acogimiento

1. En el acogimiento unilateral, el cónyuge acogido tiene derecho a la cuarta parte de las mejoras que haya obtenido el cónyuge acogedor.

2. En el acogimiento recíproco, el crédito se determina por las siguientes reglas:

a) Si solo uno de los cónyuges ha obtenido mejoras, el otro tiene derecho a una cuarta parte de estas mejoras.

b) Si los dos cónyuges han obtenido mejoras, el que haya obtenido menos tiene derecho a una cuarta parte de la diferencia entre ambas mejoras.

Artículo 63. Pago del crédito de mejoras

1. El crédito de mejoras se debe pagar en dinero a menos que las partes acuerden otra cosa. No obstante, por causa justificada y a petición de cualquiera de las partes o de sus herederos, el juez puede ordenar el pago total o parcial con bienes del deudor.

2. Por causa justificada y a petición del deudor o de sus herederos, el juez puede aplazar el pago u ordenar que se haga a plazos en un vencimiento máximo de tres años, siempre que se garantice la deuda y se paguen los intereses legales.

Artículo 64. Acciones en defensa del crédito de mejoras

1. Si en el patrimonio del deudor no hay bienes suficientes para satisfacer el crédito de mejoras, el acreedor puede pedir la reducción de las donaciones y otras transmisiones gratuitas hechas por el cónyuge acogedor. También puede impugnar los actos realizados por este en fraude del crédito.

2. Estas acciones caducan al cabo de cuatro años a contar desde la determinación del crédito de mejoras y no son procedentes cuando los bienes están en poder de terceras personas adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Artículo 65. Compatibilidad de derechos

El crédito de mejoras es compatible con la pensión compensatoria que prevé el ordenamiento del Estado pero no lo es con el crédito indemnizatorio que prevé el artículo 9.4 de esta ley.

Disposición adicional única

La aplicación de las instituciones propias de las islas de Ibiza y Formentera a los matrimonios sujetos a las disposiciones aplicables al resto de las Illes Balears se regirá en primer lugar por lo pactado libremente y subsidiariamente por lo establecido respectivamente en los capítulos II, III y IV del título VII de esta ley.

Disposición transitoria primera

Las disposiciones de esta ley se aplican a los matrimonios contraídos y subsistentes en el momento de su entrada en vigor, sin perjuicio de lo que establece la disposición transitoria tercera en relación con los procesos iniciados antes.

Disposición transitoria segunda

1. Los regímenes económicos matrimoniales y los actos convenidos en capítulos matrimoniales otorgados de acuerdo con la legislación anterior producen los efectos resultantes de dicha legislación.

2. El régimen convencional de acogimiento en la cuarta parte de las mejoras pactado con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley se debe liquidar de acuerdo con las disposiciones de esta ley.

Disposición transitoria tercera

1. Los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimoniales iniciados antes de la entrada en vigor de esta ley se rigen por la normativa sustantiva vigente en el momento de iniciarlos.

2. Los preceptos de esta ley relativos a la liquidación del régimen económico matrimonial solo se deben aplicar a los regímenes extinguidos con posterioridad a su entrada en vigor.

Disposición derogatoria única

Quedan derogados el título I del libro I; el artículo 65 del libro II, en aquello que remite al mencionado título I del libro I, y el título I del libro III del Texto refundido de la Compilación del derecho civil de las Illes Balears, aprobado por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre.

VIII.2- ELEGÍA A NUESTRO DERECHO CIVIL.

Miguel Coca Payeras

La debida solemnidad de los actos de entrega del Premio Luis Pascual González ha venido imponiendo la costumbre –que casi se ha transformado ya en ley– de que a la intervención del propio premiado se sume la de un Académico o Jurista de reconocido prestigio sobre algún aspecto de los tratados por el trabajo premiado.

En esta ocasión, tras la exposición del jurista premiado Pedro A. Munar Bernat, intervino el que fue su maestro en la vida universitaria, el Catedrático de Derecho civil y Académico Miguel Coca Payeras, quien, de entrada, se refirió al hecho –triste, pero innegable– de que la obra del Doctor Munar, así como los trabajos incesantes de nuestra Comisión Académica de Derecho Privado sobre las más importantes instituciones de nuestro Derecho civil balear, no tratan de un Derecho legislado, sino de un Derecho virtual, como es actualmente el Derecho civil balear, por falta de voluntad legislativa para llevar adelante su necesaria normalización y actualización, para la debida conexión con la realidad social de nuestros días.

No tuvieron desperdicio las palabras del conferenciante al decir que nuestro Derecho civil “moderno”, de comienzos del siglo XXI, continúa asentado sobre una estructura decimonónica, sobre la que se ha intentado edificar un Derecho de laboratorio, virtual, que se nutre en esencia de anteproyectos de ley, comentarios a los anteproyectos y estudios sobre los mismos, y no de lo que estructura y vigoriza un sistema, que son las normas jurídicas y

la doctrina jurisprudencial sobre las mismas.

No es extraño, en efecto, que el título elegido por el Dr. Coca Payeras para su disertación fuera, precisamente, “Elegía a nuestro Derecho civil”.

El haber ayudado a dar los primeros pasos en el Derecho Civil a discípulos como el Dr. Munar, es una de las escasas satisfacciones que reporta la vida universitaria, satisfacción que se acrecienta en la medida en que su andadura autónoma va siendo fructífera y refrendada por logros en la carrera universitaria y galardones como el que estamos celebrando.

El trabajo premiado, muy a pesar de su autor, es un trabajo sobre un derecho virtual, como es actualmente nuestro derecho civil, que tiene su *corpus central*, las relaciones patrimoniales derivadas del matrimonio y las sucesiones mortis causa, en un –para mí– escandaloso subdesarrollo normativo desde hace veinticuatro años.

Es lo que expresa en su trabajo el Dr. Munar, aunque lo dice con mucha mayor elegancia de la que estoy empleando yo, y que permite plantearse seriamente algunos interrogantes en busca de respuesta:

- ¿Existe realmente nuestro Derecho civil, mas allá de su reconocimiento estatutario?.

- ¿Cree alguien que puede ser un eficaz instrumento de evitación y solución de los conflictos entre particulares?.

- ¿Es aconsejable, o necesario, su desarrollo?.

Por lo que se hemos visto en los últimos veinticuatro años, la respuesta afirmativa a esos tres interrogantes sólo la han dado los círculos profesionales y académicos, señaladamente el Ilustre Colegio de Abogados, la Academia y la Comisión Asesora de Dret Civil, pero –y a las pruebas me remito– ningún grupo político ha formulado, ni mucho menos puesto en práctica un diseño de política legislativa al respecto.

Nuestro Derecho civil “moderno”, de comienzos del siglo XXI (1990-2014), continúa asentado en una estructura decimonónica como es la Compilación, sobre la que se intenta edificar un derecho de laboratorio, virtual, que se nutre en esencia de anteproyectos de ley, comentarios a los anteproyectos, y estudios sobre los mismos, y no de lo que estructura y vigoriza un sistema jurídico, que son las normas jurídicas y la doctrina jurisprudencial sobre la interpretación de las mismas.

Además, tan angosto bagaje normativo provoca que la doctrina que pueda sentar nuestra sala de casación del TSJIB sea necesariamente parca y fragmentaria. Y que en ocasiones intente suplir la inactividad del legislador con, en mi opinión –ya lo dije en su momento– desafortunadas aplicaciones analógicas como la de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre de Parejas Estables, –concretamente de la “compensación” por el trabajo para el hogar o para la

“familia”, prevista en el art. 9,2 b) LPE– al régimen del matrimonio, como hizo la STSJIB 2/2010 de 24 de marzo.

Aplicación analógica que se nos antoja aún mas peligrosa, tras las STC del Pleno de 23 de abril (STC 93/2013), que entre otros muchos preceptos ha declarado inconstitucional el art. 5.5 de la *Ley Foral 6/2000 para la igualdad jurídica de las parejas estables* de Navarra, por vulneración del principio de libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE. El mentado art. 5.5 es el homólogo de nuestro art. 9.2 b).

La desidia por nuestro derecho civil es tal, que ni si quiera se ha planteado por ahora, afortunadamente, la devolución de esa competencia al Estado, aunque de facto es lo que estamos propiciando por la cada día mayor insuficiencia normativa de nuestro ordenamiento, frente al desarrollo y adaptación a las nuevas realidades sociales de los demás sistemas civiles del Estado español, tanto de ámbito autonómico como estatal, que hace que en la resolución de un litigio, incluso en el ámbito matrimonial o sucesorio, sea muy raro el caso en que sean suficientes las normas nuestro derecho civil.

En el campo del derecho de familia el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, informado por el CGPJ el 19 de septiembre de 2013, de llegar a buen fin ahondará en esa brecha, en materias como la vivienda familiar extensamente desarrollada en el nuevo art. 96 CC haciendo leva sobre el superior interés de los hijos menores y la garantía del derecho a una vivienda digna. Sin embargo en el ámbito de nuestro Derecho civil virtual, continuamos discutiendo la conveniencia, o no, de adoptar la norma de protección de la vivienda familiar. O sea, discutimos sobre algo que otros sistemas civiles –éstos reales, normativos– hace mas de treinta años que ya resolvieron.

Y en el campo de las sucesiones, el proyectado nuevo art. 102,4° CC, prevé como efecto *ex lege* de la admisión trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio, que *quedarán sin efecto, salvo voluntad expresada por el testador, las disposiciones testamentarias que uno de los cónyuges hubiera establecido a favor del otro...* ¿Sería de aplicación esa norma en nuestro derecho civil?.

Voy a terminar poéticamente –al fin y al cabo la poesía también nos traslada a un mundo virtual– sirviéndome de un ejemplo tan próximo como el texto de nuestro himno, La Balanguera.

El trabajo de estos años de la Comisión Asesora y de la Academia de Jurisprudencia sobre nuestro derecho civil, evoca el de la balanguera, que

“*fila, fila, i filarà*”, y acaba tejiendo “*senyeras pel jovent*”, que sin embargo nunca acaban ondeando porque a nadie interesa sacarlas del telar.

Puestos a buscar paralelismos, como ustedes saben “La Balanguera”, fue publicada por primera vez hace ciento cinco años, en la obra de Joan Alcover Maspons cuyo título también podemos hacer nuestro, “*Cap al tard*”, que es –como escribió Josep María Llompart– un primer libro con aires de último libro.

Y en esa publicación, se incluye un poema, titulado “*Dol*”, del que extraigo unas estrofas que bien pueden recitarse a nuestro Derecho Civil:

*De la foscor mai explorada
munten alens d'oratge fred
que ma existencia amenaçada
fan tremolar com un llumet.*

Miren por donde, yo que estaba aquí para hacer una égloga al Dr. Munar, he acabado haciendo una elegía a nuestro Derecho civil, que concluyo siguiendo con la misma poesía:

*¿Cal defensar la flama incerta
D'aquest llumet feble i morent?.*

Palma abril 2014.

IX.- MESA REDONDA SOBRE CENSOS Y ALODIOS.

En Mallorca el tema de los censos y alodios siempre despierta controversia. El pasado día 10 de Marzo se celebró una mesa redonda sobre “El pasado, presente y futuro de los censos y alodios”, respondiendo a un estado de opinión que se demanda si ha llegado para estas instituciones jurídicas el momento de su desaparición. Son signos indicativos del mismo el hecho de haberse presentado en el Parlament una petición en este sentido suscrita por diez mil personas, a la vez que varios Ayuntamientos han adoptado acuerdos en el mismo sentido.

El pasado de los censos y alodios fue expuesto por el Académico Antonio Monserrat Quintana, quien se remitió a los vestigios de esta figura en la Biblia y en el Código de Hammurabí y a su formación jurídica en Grecia y Roma, añadiendo que la encontramos asimismo, bajo diversas formas, en bastantes Derechos Europeos. En particular se refirió a la importancia histórica de la enfiteusis al suponer una posibilidad de acceso popular a la propiedad de la tierra así como una herramienta para la ampliación de las ciudades, aportando la frase de Durán y Bas, según la cual gracias a la enfiteusis se produjo la transformación del jornalero en arrendatario y de éste en enfiteuta.

El Presidente de la Academia Miquel Masot Miquel trató del presente de los censos y alodios repasando la normativa por la que en la actualidad se rigen estas figuras jurídicas. Así fue

analizando, en primer lugar, los artículos 55 a 63 de la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears, en la redacción dada por la ley de 28 de Junio de 1990, exponiendo la problemática que cada uno de ellos plantea, y deteniéndose, especialmente, en el artículo 60 relativo a la prescripción, sin lugar a dudas la más interesante novedad introducida por dicha ley. En esta materia se planteó la cuestión de si cabe la posibilidad prescriptiva, por no haberse pagado laudemio, respecto de las transmisiones onerosas anteriores a la ley reformadora de 1990, señalando que la solución viene dada por la sentencia de la Sala Civil y Penal del TSJ 2/2001 de 11 de Octubre, en la interpretación de la misma por el ponente preconizada. Trató finalmente de la importante ley 3/2010 de 7 de Junio, que impone al titular de censos y alodios el deber de comunicar su titularidad al Registro de la Propiedad en el que estén inscritos, señalando que, con la misma, se habrá conseguido expulsar del Registro de la Propiedad los censos y alodios inactivos.

En la ponencia de Miguel Angel Mas i Colom, Diputado del Parlament balear y coautor de la obra “L’alou i la seva reforma”, se expone que, sin negar su importancia histórica, la institución ha perdido con el paso del tiempo su razón de ser, citando en este sentido la afirmación del Obispo mallorquín Bernat Nadal según la cual la enfiteusis no era sino un puro efecto del feudalismo y un sofisma de los antiguos jurisconsultos romanos y de sus secuaces para perpetuar en cierto modo el vasallaje y la esclavitud. Señaló que un efecto positivo de la ley 3/2010 de 7 de Junio será poder saber con exactitud, a partir del mes de Julio del próximo año, la cantidad de censos y alodios vigentes, con lo que se conocerá la importancia económica de los mismos y, consiguientemente, la magnitud del problema.

Finalmente el Académico Pedro A. Aguiló Monjo se refirió al futuro de los censos y alodios, abordando, de entrada, el tema de la proposición no de ley presentada en el Parlament balear para conseguir su abolición, señalando, en este punto, que ésta tendría un carácter expropiatorio que, para no vulnerar el art. 33 CE, tendría que acreditar la concurrencia de “causa justificada de utilidad pública o interés social”, lo cual no parece fácil, dado que el interés se circunscribe a los censatarios y dueños útiles; y

asimismo debería preverse una indemnización, pudiendo dudarse si sería a cargo de aquéllos, como beneficiarios de la expropiación. Dadas las dificultades que se oponen a la aprobación de una ley abolicionista, consideró que debía reformarse la Compilación a fin de acoger algunas modificaciones de la misma que podrían favorecer a los censatarios y dueños útiles.

Las cuatro ponencias se insertan a continuación.

IX.1- CENSOS Y ALODIOS O *ALOUS*.

Antonio Monserrat Quintana

Agradezco al Dr. Masot, Presidente de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears que me invitara a tomar parte en esta mesa redonda, así como reconozco su acierto al incluir algunos aspectos históricos de las figuras que hoy vamos a tratar.

Efectivamente, con justeza SEMPERE y GUARINOS escribió que “La historia... enseña más que todas las opiniones de los juristas...”¹; y, sobre todo, se lamentaba este autor: “Quantos errores y alucinaciones ha producido en la jurisprudencia española la irreflexión, falta de crítica, y la ignorancia de nuestras antigüedades!”².

Las instituciones jurídicas que son objeto de nuestra mesa redonda de hoy, en muy variadas formas, pero conformes en lo esencial, aparecen muy temprano en la Historia.

Así, el censo *reservativo*, al que nos referiremos brevemente más adelante, aparece nada menos que en el *Génesis*, capítulo 47³. “El censo reservativo es de una data tan remota y antigua, que trae su origen de los Egipcios en tiempo de José, hijo del patriarca Jacob; era primer ministro del rey Faraon, quien despues de haber comprado todas las tierras de sus súbditos, en precio del grano que les dió para mantenerse en los siete años de esterilidad que sufrió el país, les volvió á dar las tierras, reservándose el derecho de percibir la quinta parte de sus frutos [es decir, el 20%], según

1.- Juan SEMPERE y GUARINOS: *Historia de los vínculos y mayorazgos*, Madrid, en la imprenta de Sancha, año de 1805, p. 26.

2.- *Op. cit.*, p. 84.

3.- *Gen.*, 47, 13-26.

consta del capítulo 47 del Génesis”⁴. Hay que notar que, en la cronología comúnmente admitida, la estancia de José en Egipto hay que situarla entre los años 1750-1550 a.C.

Pero no sólo aparecen los censos en el Génesis, sino que también los encontramos en el *Código de Hammurabi*, que puede datarse ca. 1760 a.C. En efecto, en este Código aparecen las Leyes 30, 31, 42, 53, 60 y 64, que afectan a nuestro estudio.

Las leyes citadas dicen lo siguiente:

“30.- Si un oficial o un especialista (militar) ha dejado abandonado su campo, su huerto y su casa, motivado por las obligaciones del feudo, y tras ello se ausentó; (si) otro después de su partida, se hizo cargo de su campo, huerto y casa y cumplió las obligaciones del feudo durante tres años; si (el anterior feudatario) regresase y reclamase su campo, huerto y casa, éstos no se le concederán. Sólo quien se hizo cargo de ellos y cumplió las obligaciones del feudo se convertirá en feudatario.

31.- Si se ausenta solamente un año... le serán devueltos y será él quien cuide por sí mismo de cumplir las obligaciones de su feudo.(...)

42.- Si un señor ha alquilado un campo para cultivarlo, pero no produce grano en el campo, se le probará que no trabajó convenientemente el campo y dará grano al dueño del campo en la misma proporción que (lo que produzcan) los (campos) contiguos.(...)

53.- Si un señor (ha sido ne)gligente para re(forzar) el (dique de) su (campo) y (si) no re(forzó su) dique y en su dique se abre una brecha, (si) con ello ha permitido que las aguas devasten las tierras de laboreo, el señor en cuyo dique se abrió la brecha compensará el grano que ha hecho perder.(...)

60.- Si un señor ha dado un campo a un hortelano para que **estableciera** un huerto, (si) el hortelano planta el huerto, cultivará el huerto durante cuatro años; al quinto año el propietario del huerto y el hortelano repartirán equitativamente, pero será el propietario del huerto quien (primero) escoja su parte y se la quede.(...)

4.- Sancho de LLAMAS y MOLINA: *Comentario crítico-jurídico-literal á las ochenta y tres leyes de Toro*, Tomo segundo, Madrid, Imprenta de Repullés, plazuela del Angel, Año 1827, p. 247, n° 46.

64.- Si un señor dio su huerto a un hortelano para que lo fecundase, el hortelano, mientras retenga el huerto, entregará al propietario del huerto los dos tercios de la producción del huerto; él tomará el tercio (restante).(…)”

Como tengo escrito en otro lugar⁵, la palabra *censo* o *census* se utilizó en Roma en un primer momento para designar el **listado de los ciudadanos que pagaban tributos con la estimación de sus respectivos patrimonios** a los citados efectos fiscales. De ahí se vino en llamar *censo* al tributo mismo, y por último, se denominó así a los *réditos* de todo género, es decir, los beneficios legales o contractuales procedentes de la inversión del dinero, singularmente los consistentes en prestaciones anuales, *canon* o *rédito anual*, o *pensión*. Por último, el nombre de esa facultad parcial pasó a designar el derecho mismo, en virtud de que las fincas sujetas a censo debían ser normalmente valoradas previamente (de *censere*, valorar), por lo que se llaman *censos* el enfitéutico, el reservativo y el consignativo. Así, nos dice MANRESA: “cuando la cosa era del censualista, su valor en el día de la entrega o transmisión representa el capital del censo; por eso ha de ser valuada o tasada, respondiendo así el concepto del derecho que nos ocupa a la etimología del nombre con que se le designa (*censere*, valorar, tasar)”⁶.

El *alou* y figuras afines se encuentran, de una manera o de otra, en casi toda Europa, y aun en muchas regiones como Turquía y otras del Oriente. Aunque se diga comúnmente que el origen de los censos, y en particular el del censo enfitéutico, sea romano, esto es verdadero hasta cierto punto, porque la misma palabra *em-phyteusis* o plantación, es como salta a la vista, griega. Los orígenes de esta institución son primero orientales, luego helenísticos y por fin romanos. En Roma los autores suelen referirse a la *conductio agri vectigalis*, arrendamiento a largo plazo o a perpetuidad del *ager* público. Lo que empezó siendo arrendamiento muy largo o perpetuo de tierras públicas pasó luego a aplicarse a las tierras privadas⁷; y su figura se independizó del arrendamiento y de la compraventa en una ley del emperador ZENÓN, en el siglo V, que dio lugar a la norma del *Codex* 4, 66, 1, seguida de las leyes 2 y 3 del mismo Título, que fueron la principal fuente de regulación de la materia y siguen siendo normas fundamentales de interpretación.

5.- *Algunas consideraciones sobre los «alous»*, en “Revista jurídica de les Illes Balears”, 01, Palma, 2003, pp. 97 y ss.

6.- MANRESA: *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, 6ª ed., Reus, S.A., Madrid, 1972, p. 6.

7.- Ficha 21.

En nuestro Derecho antiguo, hay que citar las Partidas, singularmente las 3,18,69; 5,8,28 y 29; 1,14,3; y la Novísima Recopilación, 10,15 (29 leyes).

La ley 69, del título 18, Partida Tercera, citada, ofrece un modelo de *carta* o *escritura* de constitución de censo:

“En que manera deue ser fecha la carta quando alguna cosa dan acenso”. En el ejemplo participan “el abad de un monasterio y fulan recibiente” ... a quien se entrega una casa. El canon anual o censo es “vna libra de cera, o vna meaja de oro”.

Nuestro Código Civil destina los artículos 1604 a 1607 a las oportunas definiciones de los censos actuales, de manera que el primero de dichos artículos dice:

Art. 1604 CC: “Se constituye el censo cuando se sujetan algunos bienes inmuebles al pago de un canon o rédito anual en retribución de un capital que se recibe en dinero, o del dominio pleno o menos pleno que se transmite de los mismos bienes”.

Tras esta afirmación general, se pasa a definir los censos en particular:

Art. 1605 CC: “Es **enfitéutico** el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio”.

Art. 1607 CC: “Es **reservativo** el censo cuando una persona cede a otra el pleno dominio de un inmueble, reservándose el derecho a percibir sobre el mismo inmueble una pensión anual que deba pagar el censatario”.

Estas dos figuras, censo enfitéutico y reservativo, son las dos más clásicas. Por eso hemos dejado el censo consignativo para el final:

Art. 1606 CC: “Es **consignativo** el censo cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista por el capital que de éste recibe en dinero”.

En **Derecho comparado** existe una enorme variedad de instituciones similares a los *censos*, sobre todo a los *enfitéuticos*, que nos limitaremos a enunciar, dado que no hay tiempo para desarrollarlas:

- *Hereditary leases*
- *Beklem-regt*

- *Contratto di Livello*
- *Aforamento*
- *Quevaises*
- *Bail à domaine congéable*
- *Erbpacht*
- *Livfaeste*
- etc.

Un ejemplo especialmente significativo es el inglés. Cualquiera que conozca Londres habrá observado que, en barrios enteros, se repiten los nombres de las diferentes secciones, calles, plazas y jardines. Así, por ejemplo, en Highgate, *Milton Road*, *Milton Avenue*, *Milton Park*, etc. La razón es que los terrenos originarios siguen siendo de *Milton*, y los propietarios de las casas sobre ellos construidos no son dueños plenos, sino algo parecido al dominio útil. Lo mismo sucede en muchos lugares, incluso barrios, de Londres, que pertenecen a la Corona. De ahí que en el Reino Unido nos encontremos con expresiones tales como *freehold*, *leasehold*, etc., y sea frecuente la compraventa de una casa por 99 años.

El origen histórico y la razón de ser del censo enfiteúutico y de sus derivados, de los que el *alou* es uno, radica en la conveniencia y aún necesidad de dar utilidad a las tierras que eran estériles, no por defecto de su naturaleza, sino, simplemente, por falta de trabajarlas. En muchas ocasiones se producía, fuera por donaciones o por derecho de conquista, acumulación de tierras en manos de los patricios, luego los emperadores, los terratenientes, la nobleza, la Iglesia, y, con el paso del tiempo, se llegó a la conveniencia de utilizar estos contratos en terrenos, incluso de escasa entidad, sobre todo urbanos, de los propietarios particulares.

Las tierras quedaban improductivas, porque su dueño no podía o no quería cultivarlas, razón por la cual se entregaban a los *conductores* o arrendatarios. La conveniencia de que éstos se *establecieran* en las tierras que trabajaban llevó al censo enfiteúutico, con los derechos, para el dueño directo, de la pensión, el laudemio, la fadiga, el comiso, etc. Conviene recordar que la distinción entre dueño directo y dueño útil, consistente con la teoría del *dominio dividido*, es de la época de la recepción del Derecho Romano.

Partiendo del conocido brocardo “Los contratos son lo que son, y no lo que las partes quieren que sean” ⁸, me gustaría ahora centrarme en la naturaleza del *alou* o *alodio*.

8.- SSTS 26-1-1994; 14-10-1974; 4-2-1965, etc.

En alguna otra ocasión me he referido a la manifiesta inexactitud que consiste en denominar al alodio como “censo enfitéutico mallorquín”⁹. Partiendo de la base de que *censo* es carga, mientras que *alodio* es sinónimo de *libre*, está claro que llamar *alodio* a un derivado del *censo enfitéutico* es una antinomia¹⁰.

Es conocida la distinción entre *bienes libres* o *alodiales* y bienes *feudales*¹¹. Por tanto, insisto en que hay que tomar con prevención la denominación de nuestro *alou* o *alodio*. Sin embargo, propongo una explicación para el uso de este término en nuestro territorio. Como se sabe, la ideología liberal que surgió en España durante el reinado de Fernando VII, se propuso acabar con los *señoríos*. Dice a este respecto ALCUBILLA:

“... cualquiera servicio general ó particular, cualquiera necesidad del Tesoro, era bastante para donar ó vender los oficios públicos. A estas mismas causas se debió también la cesión por merced ó donación real ó la venta á los particulares de inmensos territorios y de poblaciones enteras con todos sus oficios de república... Así, pues, los señores, que así se llamaban los individuos á quienes se concedieron tan inmensos privilegios, y de aquí el nombre de señoríos, no sólo nombraban las justicias, como entonces se denominaban los alcaldes y regidores, y todos los empleados, sino que con el nombre de foros, treudos y otros, exigían cierta retribución ó servicio en reconocimiento de su señorío y domino”¹².

Pues bien, decididos los liberales a terminar con este estado de cosas, se produjo la discusión en las Cortes de lo que había de ser la Ley de 3 de mayo de 1823, “aclarando la ley de 6 de agosto de 1811, en sentido muy beneficioso para los pueblos de señorío: prestaciones abolidas, etc.”¹³. Se pretendía

9.- Como hacía la STS 28 mayo 1976, Pon.: José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, como hacía igualmente la SAT Palma de Mallorca de 7 diciembre 1974.

10.- Francisco HERNÁNDEZ MONTALBÁN: *La cuestión enfitéutica en las leyes anti-señoriales: 1811-1837*, en VVAA: *De la cuestión señorial a la cuestión social. Homenaje al profesor Enric Sebastià*, Manuel Chust ed., Valencia, 2002, p. 77.

11.- Por todos, *vide* SEMPERE y GUARINOS, *Historia de los vínculos y mayorazgos*, cit., pp. 22 y 77.

12.- ALCUBILLA: *Diccionario de la Administración Española*, T. IX, 5ª ed., Madrid, 1894, p. 426.

13.- Puede verse en el citado *Diccionario ALCUBILLA*, T. IX, p. 427. A su vez, el Decreto de las Cortes de 6 de agosto de 1811, *ibid.*, p. 426, era sobre la “incorporación de los señoríos jurisdiccionales á la Nación: Abolición de los privilegios exclusivos, privativos y prohibitivos: Nadie puede llamarse señor de vasallos, ni ejercer jurisdicción, etc.: Señoríos obtenidos por título oneroso”.

acabar, entre otras figuras, con *los*¹⁴ *enfiteusis de señorío*, dejando sin embargo incólumes *los enfiteusis alodiales*. En esas discusiones, el diputado por Cataluña Joaquín REY, defendió la existencia de una sola clase de enfiteusis, que serían por tanto, todas *alodiales* y dignas de subsistencia¹⁵. Sin embargo, la Comisión, representada por el diputado por Extremadura Sr. CALATRAVA, entendió que los enfiteusis de señorío serían los que “han otorgado los antiguos señores territoriales y solariegos en tierras de los mismos señoríos...”, mientras que “los enfiteusis alodiales” serían los *libres de sujeciones señoriales o feudo vasállicas respecto a un señor superior*”¹⁶. Queda pues, claro que con *alou* se quiso denominar originariamente el *censo enfitéutico libre o particular*, como opuesto al *censo enfitéutico feudal o de señorío*. Sobre esta misma distinción puede verse la STS 30 noviembre 1868, referida a la aplicación de la mencionada Ley de 3 de mayo de 1823¹⁷.

Queda pues despejada la primera duda –aunque luego volveremos sobre ello– : el *alou* no tiene nada de feudal, sino que es exactamente todo lo contrario.

El contenido del censo enfitéutico, simplificando mucho, se contrae al pago de un canon o pensión anual, así como de una participación que ha de pagar el dueño útil o enfiteuta al dueño directo en toda transmisión onerosa de dicho dominio útil. Participación que se denomina *laudemio* o *lluïsmo*.

Pues bien, ¿cómo explicar que el censo enfitéutico en Mallorca llegara a convertirse en lo que llamamos *alou*, en el que desaparece el canon y queda solamente el pago del *laudemio* o *lluïsmo*?

A esta pregunta nos responde el insigne codificador Manuel ALONSO MARTÍNEZ, al decir:

“El propietario se desprende casi gratuitamente de la finca con la esperanza de que, acrecentando su valor por las mejoras que haga el enfiteuta, percibirá un tanto por ciento en cada

14.- Nótese que en aquellos años, se utilizaba el masculino para referirse a la enfiteusis.

15.- No hay que olvidar que los censos “se introdujeron en Castilla á últimos del siglo XV, á imitación de lo que ya se practicaba en el reino de Aragon...”, incluyendo, naturalmente, a Cataluña (Sancho de LLAMAS y MOLINA: *Comentario crítico-jurídico-literario...*, cit., p. 52. Sin perder de vista que el sistema feudal tuvo su máxima expresión justamente en Cataluña. Igualmente los mayorazgos son conocidos en España a raíz del testamento, en 1276, del Rey Don Jaime I el Conquistador (*ibid.*, p. 68).

16.- Cf. Francisco HERNÁNDEZ MONTALBÁN, *op. cit.*, *passim*.

17.- Véase dicha sentencia en ALCUBILLA: *Diccionario...*, 5ª ed., T. II, p. 490.

transmisión del dominio [útil]”¹⁸. O, como decía GUTIÉRREZ, “quitadle este derecho [el de la percepción del laudemio], y el dominio directo queda reducido á un titulo de mera ostentación”¹⁹

El canon o pensión llegó a ser, en Mallorca, deleznable, de manera que la práctica lo fue arrinconando, quedando solamente la estipulación relativa al pago del *laudemio* o *lluïisme*²⁰. Y así la *enfiteusis* o *censo enfitéutico* pasó a ser nuestro *alou*.

La polémica actual respecto de la conveniencia de suprimir los censos y alodios no es nueva en absoluto. Por lo menos ha habido, en la historia jurídica de España, otras dos épocas significativas en que la discusión estuvo especialmente candente.

La primera fue con ocasión de la llamada *cuestión señorial*, a la que ya nos hemos referido, alrededor de la que fue Ley de 3 de mayo de 1823, aclaratoria del Decreto de Cortes de 6 de agosto de 1811. Ya ha quedado aclarado que se suprimieron los censos enfitéuticos *de señoría*, es decir, los *feudales*, subsistiendo los censos enfitéuticos *alodiales*, o sea los convenidos entre particulares, sin asomo de vasallaje.

La segunda gran polémica surgió alrededor del Proyecto de Código Civil de 1851. La enfiteusis, a impulsos de las revoluciones, empezando por la francesa, que habían sacudido Europa, había sido mutilada o proscrita en varios códigos, y el mismo GARCÍA GOYENA abogaba por su eliminación en el Código Civil. Se confundía, una vez más, la enfiteusis con el feudo, y a esta cuestión dedicó enérgicas protestas y razonamientos nada menos que Manuel ALONSO MARTÍNEZ, el gran codificador, en su interesantísima e ilustradora obra *El código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*²¹. Tras demostrar que el vasallaje, que pudo dar origen a figuras similares, pero nunca idénticas, nada tenía que ver con el censo enfitéutico, se refería a tal empeño confusionista en los siguientes términos:

18.- Manuel ALONSO MARTÍNEZ: *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, T. II, Núñez, Madrid, 1885, p. 207. Hay una reedición de 1947, con prólogo de José CASTÁN, y la cita en ésta se halla en la página 391.

19.- GUTIÉRREZ: *Códigos ó Estudios fundamentales*, cit. por ALCUBILLA, *Diccionario...*, 5ª ed., T. II, voz *Censos*, Madrid, 1892, p. 486.

20.- Vide ALONSO MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 389 de la ed. de 1947, en que afirma que el propietario cede su dominio útil “buscando la compensación en los derechos de tanteo, retracto y laudemio”.

21.- Vide nota 17.

“¿Qué tiene que ver la enfiteusis con el feudo? Sólo han podido confundirse ambas instituciones en ese estado febril que engendran los grandes sacudimientos políticos y sociales. Sucédeles a los pueblos, al día siguiente de una revolución digna de este nombre, lo que a los espíritus enfermizos en quienes se inicia una monomanía: que se apodera de ellos una idea fija, la cual les exalta y trastorna el sentido”.

Interesa destacar que la mejor y más encendida defensa de los censos, especialmente de los enfitéuticos, procedió —como ya había sucedido en las discusiones de la Ley de 3 de mayo de 1823, a las que nos hemos referido *supra*— de los diputados catalanes. Así, en el debate del Proyecto de 1851, el gran DURÁN y BAS ponderaba que la enfiteusis “era una de las instituciones que más interesa en su país mantener”; que producía “beneficios inmensos”; que “la transformación del jornalero en arrendatario, y de éste en enfiteuta es uno de los rasgos más característicos de la fisonomía del pueblo catalán”; y, en fin, que todo el desarrollo de la Barcelona quasi-medieval en la Barcelona moderna, con los *establecimientos* del ensanche, Gràcia, Bonanova, etc., se debía a esta figura.

“Tan poderosas razones —aduce ALONSO MARTÍNEZ en la obra citada— pesaron en el ánimo de la Comisión de tal manera que —lo que rara vez acontece en Corporaciones científicas algo numerosas— acordó por unanimidad mantener el censo en el Código general, corrigiendo en esta parte el proyecto de 1851”²².

A este respecto conviene recordar que, mucho antes que en Barcelona, el beneficioso efecto de los censos había tenido lugar en el Madrid de Carlos III. Dicho Rey, “el mejor alcalde de Madrid”, había dictado la Real provisión expedida en 20 de octubre de 1788²³, sobre *Reedificación de casas en solares y yermos de Madrid; y extension de las baxas y pequeñas*, ordenando a los dueños de “solares yermos, ó casas baxas, que ejecutaran nuevas obras”; y “si no executaren esta nueva obra dichos poseedores ó patronos dentro del término de un año, se concedan los nominados solares, ó casas baxas á censo reservativo, á quien quiera obligarse á ejecutarla” .

Con posterioridad, Carlos IV dictó la Real Cédula de 14 de mayo de 1789, (¡año de la Revolución Francesa!), extendiendo las citadas provisiones de 20

22.- ALONSO MARTÍNEZ, *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cit., p. 388.

23.- Véase en la *Novísima Recopilación*, ley 7, tít. 19, libro 3.

de octubre de 1788 a la *Reedificación de solares y edificios yermos en –todos– los pueblos del Reyno* ²⁴.

No ha de extrañar, pues, que, además de las ya citadas, hubiera muchas voces en favor de los censos, desde luego más que en su contra, pues de lo contrario habría tenido éxito la propuesta del proyecto de 1851 en este punto. No haremos mención de todos los textos a que me refiero por no permitirlo el tiempo, dejando solamente indicadas algunas de las fuentes²⁵.

En contra de los censos, y en particular del enfitéutico, se destacó M UCIUS SCAEVOLA, pseudónimo de Pedro de APALATEGUI y OCEJO (1866-1957), quien acuñó la conocida denominación de “la sala de las momias” referida a los censos²⁶, pero rebatido por contemporáneos suyos, tales como MANRESA, a quien nos hemos referido en varias ocasiones.

No deja de ser curioso que en la actualidad se hayan levantado opiniones muy fundadas en favor del censo enfitéutico. Tengo a la vista dos artículos, uno de José Ángel MARTÍNEZ SANCHIZ, en la Revista “Notario”, Noviembre-Diciembre 2011²⁷, titulado *Una vía de salida para los activos inmobiliarios de los bancos*, y otro, de Antonio BELTRÁN, en “Expansión”, de 9 de enero de 2012²⁸, titulado *La enfiteusis: ¿una solución a la crisis inmobiliaria?*

Como ya escribí en otra ocasión²⁹, “no crean Uds. que se ha terminado con el *alodio*, el censo enfitéutico y figuras afines. En realidad, se ha cerrado el círculo, y volvemos a donde empezó esta historia. El Ministerio Federal Alemán de Finanzas explica que el impuesto de transmisiones patrimonial-

24.- *Novísima Recopilación*, ley 4, título 23, libro 7.

25.- Sancho de LLAMAS y MOLINA: *Comentario crítico-jurídico-literario...*, cit., T. II, p. 252, n.º 80; MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, T. XI, Reus, S.A., Madrid, 1972, p. 17, etc.

26.- “En nuestra excursión a través del arqueológico Código civil –nacido en pura arqueología, pues fue construido con sillares tomados de la legislación antigua, sin que la mezcla empleada en la trabazón de las piedras lograra darle aspecto de modernidad– hemos llegado a la sala de las momias. En ella, en tres vitrinas bien decoradas reposan su sueño eterno el contrato enfitéutico, el censo reservativo aledaño del anterior, y el censo consignativo; el primero es la representación amojamada de(l) derecho señorial; el segundo, una forma muerta de la cautela de nuestros antepasados; el tercero, la anatomía endurecida y seca del interés en las centurias XV a XIX”, *Código Civil*, T. XXIV, Parte Segunda, 2ª ed., Reus, Madrid, 1951, p. 215.

27.- pp. 51-53.

28.- p. 22.

29.- “Revista jurídica de les Illes Balears”, citada en nota 5, p. 103.

les inmobiliarias tiene su origen y ejemplo en el Laudemio³⁰; del mismo modo, el canon o pensión anual es el actual Impuesto de Bienes Inmobiliarios. Al principio fue el Estado quien aplicó a sus bienes inmuebles la *conductio agri vectigalis*; luego vino el censo enfitéutico; ahora, volvemos a tener como dueño directo al Estado. *Nihil novum sub sole* !

Voy ahora a dar un ligero bosquejo sobre dos aspectos relativos al *alou*, dejando muchos otros puntos sin ni siquiera mencionar, porque no puedo acaparar toda la mesa redonda.

El primero es la *frecuencia* con que se constituían censos enfitéuticos, en forma pura o en la derivada del *alou*. Así, por ejemplo, ALONSO MARTÍNEZ nos advierte, en 1885, que en Mallorca era “frecuente la constitución de censos enfitéuticos”³¹.

Efectivamente, encontramos censos como los siguientes, a modo de ejemplo:

- 3 noviembre 1668, Predio “Canet”, Esporles, 110 libras anuales³².
- 13 marzo 1792, finca “S’Estremera Nova”, Buñola, 250 libras anuales de censo.
- 1811, casas en calle Joanot Colom, Palma, censo de 55 libras anuales³³.
- 16 mayo 1844 (que fue objeto de STS de 12-6-1871³⁴), sobre 141 cuarteradas, predio Rafalet y Son Miró, con dos casas, una rústica y otra urbana, pensión anual “50 libras anuales de censo”.

30.- “Als entstehungsgeschichtliches Vorbild für eine Steuer auf den Grundstücksverkehr kann in Deutschland das mittelalterliche Laudemium (Abzugsgeld, Aufzugsgeld) angesehen werden, das der Grundherr als einmalige Besitzwechselabgabe (unbeschadet des laufenden Grundzinses- vom alten und/oder vom neuen Grundbesitzer forderte”: Bundesministerium der Finanzen: Lexikon Steuern A-Z: <http://www.bundesfinanzministerium.de/Service/Lexikon-Steuern-A-Z>, Sept. 2002.

31.- ALONSO MARTÍNEZ: *El código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, cit., p. 381.

32.- Cf. STS 8 mayo 1925.

33.- Cf. STS 26 abril 1916.

34.- *Vide Jurisprudencia Civil Balear*, a cargo de Luz ZAFORTEZA DE CORRAL, I, pp. 285 ss.

- 16 mayo 1854, “La Viñeta d’abaix”, Buñola, media cuarterada, 40 libras al año³⁵.
- 24 febrero 1859, sobre 2 cuarteradas y media, “frente al oratorio de San Magín”, “19 libras anuales, moneda mallorquina, pagaderas 15 de agosto de cada año”.
- 1 agosto 1873, finca “Els Rossells Grossos”, en Felanitx, 80 libras año³⁶.
- 9 mayo 1878, a favor de la Congregación de Padres de san Felipe Neri, pensión anual de 150 libras mallorquinas, equivalentes a 498 pesetas 27 céntimos³⁷.

Y un largo etcétera.

Baste decir que en Palma, *Establiments* (como su propio nombre indica); Génova, La Bonanova, El Rafal, El Terreno, Es Coll d’En Rabassa, S’Arenal, en suma, casi todo el ensanche, las zonas de veraneo y recreo, etc., se crearon a base de *establir*, es decir, de censos enfitéuticos o de *alous*.

Un último apunte respecto de las monedas antiguas mencionadas en la constitución de los referidos censos o *alous*.

Con anterioridad a la implantación de la peseta como unidad monetaria básica, que tuvo lugar por Decreto de 19 de octubre de 1868, con ocasión de la revolución conocida como *La Gloriosa* (hasta entonces era el *escudo*), las monedas mallorquinas eran básicamente la *lliura*, equivalente a *vint sous*, y el *sou* equivalía a *dotze diners*. Es curioso que esta equivalencia coincide con la que regía en el Reino Unido hasta la reciente implantación del sistema monetario decimal: *One Pound* (o sea, *libra*) *twenty Shillings*; *One Shilling twelve Pence*.

Seguramente conocen Uds. la canción infantil

Dit per a dit
Cama, cama de ropit,
cama, cama d’arengada
qu’en voleu de sa somada
set sous i mig
descarragau-la aqui (o assuquí) enmig

35.- Cf. STS 19 abril 1898.

36.- Objeto de la STS 14 marzo 1879.

37.- Cf. STS 10 noviembre 1911.

Sis sous eran *Una pesseta*, por lo que haciendo algunos cálculos aritméticos –que les ahorro–,

1 Lliura serían aproximadamente 3,33 Pts.

1 Sou, aproximadamente 16,66 céntimos de peseta (por lo que los 7 sous i mig de la canción serían 124,95 cèntims, es decir, aproximadamente 1,25 pesetas por toda la carga –*somada*– que podía soportar el animal).

1 Diner, aproximadamente 1,38 céntimos de peseta

No puedo darles cálculos seguros de la equivalencia a pesetas constantes a fecha de hoy, porque depende del año de inicio del cálculo; pero baste decir que, según el INE, la inflación entre Enero de 1961 a Enero de 2014 sería del 3.577,9 %

Y con esto, doy por concluida mi intervención a resultas del coloquio.

Muchas gracias.

IX.2- LA NORMATIVA REGULADORA DELS CENSOS I ALOUS EN L'ACTUALITAT.

Miquel Masot Miquel

SUMARI.

I.- ELS PRECEPTES DE LA COMPILACIÓ DEDICATS ALS CENSOS I ALOUS.

- 1) Article 55.
- 2) Article 56.
- 3) Article 57.
- 4) Article 58.
- 5) Article 59.
- 6) Article 60.
- 7) Article 61.
- 8) Article 62.
- 9) Article 63.

II.- LA EXTINCIÓ DELS CENSOS I ALOUS INACTIUS. LA LLEI 3/2010 DE 7 DE JUNY.

Les normes que regulen els censos i alous, en aquests moments, es troben en la Compilació del Dret civil de les Illes Balears (arts. 55 a 63 ambdós inclusive), en la redacció donada per la llei 8/1990 de 28 de juny, en la llei 3/2010 de 7 de juny de constatació de censos i alous i extinció dels inactius i en el Codi civil, donada la remissió que en fa l'article 55 CDCB. Me referiré, en primer lloc, als indicats preceptes de la nostra Compilació i després a la llei 3/2010, i exposaré les qüestions que es pot considerar són regulades pel Codi civil al tractar del art. 55 CDCB.

I.- ELS PRECEPTES DE LA COMPILACIÓ DEDICATS ALS CENSOS I ALOUS.

Llegim a l'Exposició de Motius de la llei 8/1990 de 28 de juny que “per l'anacronisme evident d'aquests drets (censos i alous) no sembla oportú de completar la seva regulació sinó simplement de matisar o aclarir en allò que sigui estrictament necessari, tot esperant una possible futura llei del nostre Parlament, a la qual s'hauran de ponderar, en qualsevol cas, les exigències constitucionals d'igualtat, justícia i respecte a la propietat privada”. Això d'entrada ens indica que el propòsit del legislador de 1990 no era regular *ex novo* tota la matèria dels censos i alous, sinó la conservació de la Compilació de 1961, amb una sèrie de retocs tècnics i, això sí, amb dues modificacions substancials: la introducció de la prescripció i l'exclusió dels dret de tanteig i retracte.

Passo a exposar a continuació les qüestions suscitées per cada un dels articles.

1) Article 55.- *Els censos, l'alou i els altres drets de naturalesa anàloga es regiran pel que es disposa en aquest títol i supletòriament pel Codi civil, excepció dels articles 1636 a 1642, ambdós inclosos, que no hi seran aplicables en cap cas.*

A més del que estableix l'article 63, seran d'aplicació al alou les normes del cens emfitèutic, sempre que no siguin incompatibles amb la seva naturalesa.

La doctrina s'ha demanat quins podrien ser aquests “altres drets de naturalesa anàloga”. Pascual González parlava del “censo común o por general obligación” i del vitalici, però amb la particularitat que no suposaven una vertadera càrrega real sobre una finca, a més d'estar extingits en l'actualitat. Mir de la Fuente aporta una sentència de l'Audiència Territorial de Palma de 24 de setembre de 1915 que admet la sotsemfiteusi, si be seria

discutible avui la seva constitució donada la prohibició expressa del article 1654 Cc.

Per altra part, s'ha de dir que la remissió al Codi civil com a Dret supletori podria semblar innecessària donada la disposició general del article 1 CDCB en aquest sentit; però el fet de tenir lloc aquesta remissió en relació al tema concret dels censos i alous produeix l'efecte –pel joc de la disposició final segona CDCB, segons la qual les remissions que fa aquesta Compilació a les disposicions del Codi civil s'entenen fetes en la redacció vigent a l'entrada en vigor d'aquesta llei– d'incorporar a la normativa del Dret civil balear els preceptes que el Codi civil dedica a la matèria en la seva actual redacció, sense que ens puguin afectar les modificacions d'aquests preceptes que, en el futur, es puguin realitzar per llei del Estat. A pesar que el darrer que s'espera és una llei del Estat en matèria de censos i alous.

Aquesta remissió al Codi civil no és total, ja que expressament s'exclou l'aplicació dels articles 1636 a 1642 Cc, amb el que s'eliminen els drets recíprocs de tanteig i retracte, tant per part del titular del domini directe com del que ho sigui del domini útil, en el cas que cada un d'ells vengui el seu domini. Innovació molt positiva, a pesar que el costum ens mostrava que aquests drets no es solien exercitar. Això tan sols ja justificava la seva desaparició; si bé s'ha de dir també que la presència sobre la finca del titular del domini directe –que es limita a cobrar una pensió o el lluïisme a les transmissions– no pot fonamentar la concessió al seu favor d'un dret d'adquisició preferent; i es dona, a més, la dificultat pràctica de delimitar, en el preu de compra de la finca, el que correspon al valor del sòl i el que es refereix a les millores y noves edificacions introduïdes pel titular del domini útil, sobre les que no pot tenir cap dret de preferent adquisició el titular del domini directe. Tot això, en conjunt, justifica sobradament la desaparició d'aquestes figures, encara que s'ha de dir també que la regulació feta pel Codi civil era més justa que la tradicional dintre del nostre dret, en que tan sols el titular del domini directe tenia *dret de fadiga* quan el titular del domini útil el venia a un tercer, però no al revés.

La remissió que el precepte fa al Codi civil ens planteja la qüestió de quines serien les seves normes que tindrien aplicació directa dintre del nostre Dret per existir una llacuna sobre el particular. Faré referència a tres qüestions.

En primer lloc la relativa a la reversió que proclama l'article 1653 Cc expressiu que *a falta de herederos testamentarios, descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite y parientes dentro del sexto grado* (hoy hay que entender cuarto grado en virtud del R.D.L. de 13 de Enero de 1928) *del último enfiteuta, volverá la finca al dueño directo en el estado en que se halle, si no*

dispuso de ella el enfiteuta en otra forma. La pregunta és si aquest article es aplicable o no al nostre Dret. En favor de l'aplicació es podria al·legar que el precepte està en consonància amb la naturalesa de la emfiteusi (que suposa, al menys formalment, un domini dividit), sense que es pugui oblidar que el Tribunal Suprem va dir, a la sentència de 28 de maig de 1976, que “se está en presencia de un censo enfiteútico mallorquín conocido con el nombre de alodio, similar a la enfiteusis del Derecho común, cuyas disposiciones le son de aplicación a tenor de lo dispuesto en el artículo 55 de la vigente Compilación”. En contra es podria al·legar que la simple existència del dret a cobrar la pensió o el lluïsmen en les transmissions oneroses està molt lluny de ser un domini dividit que justifiqui la reversió, ja que el vertader propietari és el titular del domini útil, que té la possessió i gaudi de la finca i pot disposar d'ella de manera onerosa i gratuïta, *inter vivos* i *mortis causa*, mentre que el titular del domini directe no té, a la realitat, més que una càrrega real sobre cosa aliena. A més, el precepte es absolutament injust al establir la reversió tan sols en favor del titular del domini directe i no del emfiteuta –el qual seria molt més plausible–. Per això, es pot considerar que té més lògica i sentit social que l'herència del qui mor intestat i sense parents amb dret a heretar passi al Estat –i obro un parèntesi per a demanar que se modifiqui d'una vegada la nostra legislació perquè la Comunitat Autònoma ocupi el lloc del Estat a la successió intestada, com han fet les altres Comunitats Autònomes amb Dret civil propi–, abans que al titular del domini directe, ja que d'aquesta manera es beneficiarien de l'herència del intestat les institucions benèfiques i culturals del municipi i de l'Illa on aquest va residir. Per totes aquestes raons, penso que hagués estat encertat suprimir la possibilitat de reversió o, quant menys, establir-la tan sols a favor del titular del domini útil, a diferència del que fa actualment el Codi civil. Però com res d'això es va fer a la reforma de 1990, pareix clar que el precepte seria actualment d'aplicació al nostre Ordenament jurídic, ja que així ho imposa la remissió específica al Codi civil i el fet que aquest contempli expressament la reversió; encara que la realitat és que mai els censualistes han exercitat aquest dret.

En segon lloc està la qüestió del lloc de pagament de la pensió del cens o del lluïsmen, que, segons l'article 1615 Cc *si no se hubiese designado en el contrato el lugar en que hayan de pagarse las pensiones, se cumplirá esta obligación en el que radique la finca gravada con el censo, siempre que el censalista o su apoderado tuvieren su domicilio en el término municipal del mismo pueblo. No teniéndolo, y si el censatario, en el domicilio de éste se hará el pago.* En canvi la tradició mallorquina era més perjudicial pel censatari ja que, segons ens diu Mir de la Fuente, els censos eran “portados”, o sigui pagats en el domicili del censalista.

Finalment està la qüestió relativa a la prescripció de les accions derivades dels censos i alous. En l'actualitat, l'article 60 CDCB estableix uns terminis de prescripció dels censos i alous i del dret a reclamar les pensions i la jurisprudència s'ha pronunciat –mitjançant la sentència 2/2001 de 11 d'octubre de la Sala Civil i Penal del TSJ– sobre el termini de l'acció per a reclamar el lluïsmes. Fora d'aquests casos serien d'aplicació les normes del Codi civil sobre prescripció, en particular els articles 1623 –que assenyala que els censos produeixen acció real sobre la finca gravada– i l'article 1963 que estableix per a les accions reals un termini de prescripció de 30 anys. Això ens portaria a l'existència de terminis de prescripció molt llargs per a les accions dirigides a la declaració judicial de prescripció dels censos i alous, que es podrien exercitar durant el termini de trenta anys a contar des del moment en que s'havia produït el fet determinant de la prescripció, o sigui des de que varen passar cinc anys des del pagament de la darrera pensió o des de la transmissió onerosa, sense que durant els mateixos s'hagués pagat o reclamat la pensió o lluïsmes.

Finalment, i per acabar el comentari del precepte, s'ha de jutjar encertada l'aplicació al alou de les normes dels cens emfitèutic sempre que no siguin incompatibles amb la seva naturalesa, donant així sanció legal a un corrent doctrinal que en propugnava l'esmentada equiparació, donada la manca de normes de la Compilació referides expressament al alou –tan sols el article 63 sobre la seva redempció–, i partint de la consideració del alou com una varietat del cens emfitèutic, segons va exposar la sentència del Tribunal Suprem de 28 de maig de 1976, com acabam de veure. Això permet que es pugui establir un règim jurídic del alou que, en altre cas, la parquedat de preceptes de la Compilació respecte del mateix faria inviable. Sobre la naturalesa del alou com una varietat del cens emfitèutic s'ha de dir que las inscripcions registrals dels alous ens mostren sempre la desmembració del domini en útil i directe, pel que és de la major evidència que naveguem dintre de les aigües de la emfiteusi. A més, l'article 1644 Cc estableix la possibilitat de pagament de lluïsmes en el cens emfitèutic, del que resulta que no repugna a l'emfiteusi la possibilitat d' existència del lluïsmes. La llei de 1990 reformadora de la Compilació ha vingut a reconèixer aquestes tesis quan estableix, en el precepte que es comenta, l'aplicació al alou de les normes del cens emfitèutic sempre que no siguin incompatibles amb la seva naturalesa. Abans, a l'exposició de motius, s'ha parlat de la “identitat essencial de l'alou i el cens emfitèutic”. I és que si l'alou no és emfiteusi, que és?. El que està clar és que no pot ser una *res juridica nullius*. En canvi, amb l'actual disposició del paràgraf segon del article 55 CDCB, és clara l'aplicació al alou de l'obligació de “donar firma del pagament” (article 58), de la possibilitat de divisió de la finca (article 59) –a pesar de l'opinió contrària de Lalaguna– i de l'inexistència de comís, a mes

de les disposicions del Codi civil relatives a la reversió i a les accions judicials.

2) Article 56.- *El cens que es constitueix quan el propietari útil d'un immoble transmet aquest domini amb reserva del dret de percebre la pensió anual té igual naturalesa i caràcter que el cens reservatiu.*

El precepte –que suposa una referència al *cens reservatiu d'establiment*, estudiat per Mir de la Fuente, Mas i Colom i Planas de Oleza– el trobem ja a la Compilació de 1961, havent realitzat la de 1990 uns petits retocs tècnics. En tot cas se'l podria haver deixat fora de la Compilació, ja que no té aplicació pràctica al ser una situació absolutament inusual i complicada, similar a la sotsemfiteusi. Aquest cens no és pròpiament un cens reservatiu ja que, en aquet, el censalista cedeix el ple domini a canvi d'una pensió, mentre que en el cens reservatiu d'establiment es cedeix, a canvi de la pensió, el domini útil.

3) Article 57.- *Per a la redempció de censos, si no n'era conegut el capital, aquest es determinarà computant la pensió al tres per cent, tret dels emfitèutics sense dret a lluïsmes, que es computaran al u i mig.*

Els dos tipus distints per a la redempció dels censos, segons la seva classe, estava ja a la Compilació de 1961, i la de 1990 tan sols ha introduït la precisió que el tipus del u i mig per cent regirà pels censos emfitèutics sense dret a lluïsmes. És sabut que la computació al 1'5 per cent suposa el doble de capital que al 3 per cent, del que resulta que els censos emfitèutics tenen un tractament preferencial respecte dels consignatius i reservatius. El precepte que es comenta, però, exclou d'aquest tractament preferencial als censos emfitèutics amb dret a lluïsmes, que, *a sensu contrario*, es redimiran computant la pensió al 3 per cent. Possiblement per considerar que aquesta mes baixa computació vindrà compensada per la redempció de l'alou que tindrà lloc de la manera que s'estableix al article 63. Segons l'exposició de motius de la Compilació de 1990, aquesta modificació es va fer perquè l'article 57 deixés de ser incompatible amb el 63, que tracta de la redempció dels alous.

La realitat és que hi ha censos en els que, a més de la pensió, el censalista es reserva el dret de percebre el lluïsmes a les transmissions oneroses de la finca; és el cens alodial, proclamat en moltes ocasions pel Registre al dir que una determinada finca es tinguda en cens i alou per una persona. En aquest cas pareix oportú delimitar els dos gravàmens respecte de la redempció de cadascun d'ells, donat que aquesta es realitza de diferent manera.

El que el precepte no diu en claredat, com tampoc ho fa el nou article 63, és aclarir el dubte de si, tractant-se d'un cens emfitèutic amb dret a pensió

i lluïisme, la redempció s'efectua en atenció a aquest, oblidant el cens, o si, a més de la redempció del alou, s'ha de capitalitzar també la pensió del cens. A la realitat el cens alodial suposa la juxtaposició de les dues figures –cens i alou– pel que sembla lògic que la redempció es realitzi sobre la base que subministra l'article 57 respecte a la pensió del cens, i l'article 63 pel que fa al alou. Sense que tal solució sigui particularment greu pel censatari donat l'ínfim valor que avui en dia tenen les antigues pensions, i el fet de efectuar la computació –com s'ha vist– al 3 per cent i no al 1'5 per cent.

4) Article 58.- *El censalista, a l'hora d'atorgar rebut de qualsevol pensió, pot obligar al censatari que li doni "firma" del pagament en escriptura pública, que anirà a càrrec del mateix censalista.*

El senyor directe gaudirà del mateix dret amb relació al pagament del lluïisme.

Ripoll exposava, a la seva Memòria que, com sigui que els rebuts acreditatius del pagament de les pensions quedaven en poder del censatari, el censalista podia demandar, cada cinc anys, al censatari *el reconeixement* del seu dret.

El precepte es justificava abans de la reforma en base al fet que l'escriptura en la qual consti el pagament de la pensió pugui servir al censalista per a demostrar la interrupció del termini de prescripció de les pensions del cens, així com per a justificar l'estat possessori a què es refereix l'article 62. Avui l'interès i utilitat del precepte és major, ja que, a més, pot servir també al censalista per a demostrar la no prescripció del cens i no just de les pensions.

A pesar que la Compilació emprí l'expressió "firma del pagament en escriptura pública", considero que es compleix el precepte si, per qualsevol mitjà, hi ha constància en un document públic del fet de haver tingut lloc el pagament de la pensió o del lluïisme, sigui per comparèixer els titular del domini útil i directe al davant del fedatari públic i fer el pagament a la seva presència, sigui per la sola compareixença del censatari o titular del domini útil manifestant haver realitzat el pagament.

Però s'ha de dir que, a la realitat, i per evitar el pagament dels aranzels notariais, no es feia ús del precepte, i el pagament de les pensions o lluïismes es documentava de forma privada; sense cap dubte, aquests documents poden ser suficient per a evitar la prescripció, sempre que en el document hi hagi la intervenció de censalista i censatari –o titulars del domini directe i del útil–, ja que a ambdós interessa el document, al primer per a evitar la prescripció i al segon com a prova del pagament.

5) Article 59.- *Poden dividir-se entre dues o més persones les finques*

gravades amb un cens, encara que sigui sense consentiment del censalista.

Precepte que trobem ja a la Compilació de 1961 i en el que no ha fet cap modificació la de 1990, recollint així una tradició secular a Mallorca. La importància del mateix ve donada, com es diu, pel fet de recollir la doctrina tradicional del nostre Dret sobre possibilitat de divisió de la finca gravada per part del censatari o titular del domini útil, sense necessitat d'obtenir el consentiment del censalista o titular del domini directe, solució molt més lògica i ponderada que la del article 1618 Cc, que proclama la postura contrària.

De totes maneres s'ha de reconèixer que aquesta doctrina tradicional també era de gran interès pel censalista que, d'aquesta manera cobrava la pensió, en la seva total integritat, sobre cada una de les finques objecte de la divisió. En el cas de l'alou, con sigui que el lluïisme es calcula sobre el valor de la finca la qüestió no té tanta importància, donat el valor més reduït que tindrien lògicament cada una de les finques resultants de la divisió. De totes maneres, no deixa de ser curiós que la doctrina tradicional mallorquina hagi estat absolutament oposada a la del Codi civil i a la de les lleis catalanes de 31 de desembre de 1945 i de 16 de març de 1990 que estableixen, en aquest casos, la necessària divisió del cens.

6) Article 60.- *Els censos s'extingeixen per prescripció de cinc anys, que es computaran des del pagament de la darrera pensió. La prescripció també afecte les pensions, que només podran reclamar-se respecte dels darrers tres anys.*

L'alou també s'extingeix per prescripció de cinc anys, que es comptaran des de la inscripció en el Registre de la Propietat de la darrera transmissió onerosa del domini útil de la finca i, si aquesta hi manca, des que el senyor directe n'hagi tengut coneixement, sempre que durant aquest termini no s'hagi reclamat o pagat el lluïisme o no s'hagi efectuat cap acte de reconeixement.

És possiblement la innovació més important de la Compilació de 1990 en aquesta matèria, al establir la possibilitat prescriptiva del censos i alous.

El text del precepte és tal com el va redactar la Comissió de juristes que va preparar la llei, si bé amb una considerable disminució dels terminis de prescripció, que passen a ser de cinc anys amb relació als censos i alous –mentre que en el text de la Comissió era de trenta anys– i de tres anys pel que fa a les pensions, que en el text de la Comissió de juristes era de cinc anys.

Indubtablement, el text de la Comissió era més congruent amb la doctrina tradicional en la matèria, encarnada en els articles 1963 i 1966 del Codi civil. Però també és cert que el legislador pot establir el termini de

prescripció que cregui convenient i que consideri adequat a les circumstàncies del cas. I, en aquest sentit la realitat és que resulta excessiu un termini de trenta anys. En puritat, l'única obligació que s'imposa al censalista, per a evitar la prescripció, és deduir la seva reclamació –judicial o extrajudicial– pel cobrament de les pensions cada cinc anys; i, respecte dels alous, examinar en idèntic període els llibres registrals per a comprovar si ha existit o no una transmissió onerosa i efectuar, de ser així, la reclamació corresponent del lluïsmes. No pareix que això constitueixi una càrrega excessiva, ni domapeu a parlar –com han fet sectors interessats– de desnaturalització de la institució.

El precepte estableix la data de còmput inicial del termini de prescripció, però no resol la qüestió de si s'havien de deixar córrer cinc anys, a partir de l'entrada en vigor de la llei de 28 de juny de 1990 –que va establir la possibilitat prescriptiva– per a demanar judicialment la prescripció dels censos i alous en els que s'havien complert els terminis de prescripció sense que hagués tingut lloc el pagament o reclamació de la pensió o del lluïsmes. Segons el principi fonamental, recollit a tots els Ordenaments, i, particularment a l'article 1969 Cc –segons el qual el temps per a la prescripció de tota classe d'accions, quan no hi hagi disposició especial que determini una altra cosa, es comptarà des del dia en que es pogueren exercitar–, així com el principi general d'irretroactivitat de les lleis (art. 2.3 Cc), pareixia lògic exigir –com així es va considerar– el transcurs en tot cas de cinc anys des de l'entrada en vigor de la llei reformadora.

La segona qüestió que plantejava el precepte estava referida exclusivament als alous i consistia en determinar si, perquè entrés en joc la prescripció del mateix, la data de la transmissió onerosa en la què no es va pagar ni reclamar lluïsmes havia de ser posterior a la llei de 28 de juny de 1990, que va introduir la possibilitat prescriptiva, o, filant encara més prim, a la data en que haguessin transcorregut cinc anys des de l'entrada en vigor de la llei. Aquest interessant tema el resol la sentència de la Sala Civil i Penal del TSJ de les Illes Balears 2/2001 de 11 d'octubre de la següent manera: “Todos los alodios pueden, pues, extinguirse por prescripción hoy en día. Pero para ello se requiere que el supuesto normativo base de la prescripción haya acaecido del 6 de Agosto de 1990 (data d'entrada en vigor de la llei 8/1990 de 28 de juny) en adelante. En otras palabras: es menester que la última transmisión onerosa de la finca alodial sea posterior al momento en que la prescripción del alodio ha devenido legalmente posible, a no ser que se trate de alodios que, a raíz de enajenación realizada antes de la referida fecha, hayan generado algún derecho de laudemio en curso de prescripción al tiempo de entrar en vigor la nueva norma y al que le falten en este preciso instante cinco o más años para agotar la totalidad de su plazo prescriptivo inicial.”

La sentència va ser criticada en certs sectors per considerar-la molt restrictiva respecte de la possibilitat prescriptiva dels alous. Però si es té en compte que el lluïisme es podia reclamar mitjançant una acció real –ja que els censos produeixen acció real sobre la finca gravada *ex art. 1623 Cc*– que, com a tal, tenia un termini de prescripció de 30 anys (art. 1963 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. Es parla de transmissions efectuades 25 anys abans de l'entrada en vigor de la llei reformadora, i no de 30 anys, pel fet que la possibilitat prescriptiva dels censos i alous no es va produir fins passats cinc anys de l'entrada en vigor de la llei.

Interpretada d'aquesta manera, la sentència 2/2001 de 11 d'octubre no es pot considerar restrictiva de les possibilitats de prescripció, ja que la permetria respecte de les transmissions efectuades els 25 anys anteriors a l'entrada en vigor de la llei reformadora, o sigui després del 6 d'agost de 1965; a més de ser tècnicament correcta, ja que aquesta no va expressar cap especial eficàcia retroactiva, i ja es sabut que, en aquest cas, la regla general és la irretroactivitat.

També fa referència la sentència al termini del dret a cobrar el lluïisme, i, en aquest sentit, assenyala que “la ley 8/1990 de 28 de junio no determina directamente en que plazo prescribe ahora el derecho de laudemio. No obstante, del párrafo segundo del art. 60 actual se infiere con claridad que lo hace en cinco años, puesto éste es justo el tiempo que el artículo concede al dueño alodialario para reclamar el pago si quiere evitar que el alodio mismo prescriba. No se da aquí, por consiguiente, vacío alguno que deba completarse acudiendo, vía párrafo segundo del art. 55, al plazo de prescripción de tres años, propio de la pensión de los censos, conforme sostiene el recurso.”

La acció de que disposa el titular del domini útil per a demandar la prescripció del alou tindria la consideració d'una acció real sobre un bé immoble, raó per la qual li seria d'aplicació la regla general del article 1963 (30 anys) a contar des de que la acció es podria exercitar, segons en diu l'article 1969 Cc, que seria des de que varen passar cinc anys des de la data de la transmissió onerosa –necessàriament posterior al 6 d'agost de 1965– sense que s'hagués pagat o reclamat el lluïisme.

7) Article 61.- *La manca de pagament de la pensió del cens no produeix el comís de la finca.*

Es tracta d'un principi tradicional del Dret de Mallorca que, curiosament, en aquest cas anava a favor del censatari. En canvi, en el sistema del Codi

civil, té lloc el comís de la finca en els supòsits de falta de pagament de la pensió durant tres anys consecutius, incompliment de les condicions del contracte o deteriorament de la finca (art. 1648 Cc). De totes maneres, no es pot oblidar que en el Dret tradicional de Mallorca, el styl 14 de la Ordenació de Berenguer de Uniz permet al titular del domini directe, en el cas de falta de pagament del cens, arrancar les portes del immoble (era conegut com el *dret d'amparar portes*), i, si no hi hagués portes, marcar amb una creu o posar altre signal a fi que el censatari no entri a la finca sense permís del censalista fins que hagués fet el pagament.

8) Article 62.- *Respecte del pagament i cobrament de les pensions dels censos, hom s'haurà d'atendre a l'estat possessori.*

El censatari pot cessar en el pagament de les pensions quan el censalista no justifiqui el dret de percepció.

L'estat possessori es perd pel transcurs de dos anys sense cobrar la pensió.

El precepte recull la doctrina tradicional i n'és una mostra més del tractament privilegiat dels censos, i, per això, no semblava lògic mantenir-lo. A més tècnicament no és correcte, ja que qui paga un deute té dret a que se li justifiqui el dret a cobrar-lo i, per tant, qui paga una pensió d'un cens podria cessar en el seu pagament si no se li justifica el dret a percebre-la. Tot aconsellava, doncs, la supressió del estat possessori, donat, a més, que la transcendència d'aquesta mesura legislativa hagués estat mínima, perquè són molt escassos el supòsits de pensions que encara se segueixen pagant actualment.

Però no just es va mantenir l'estat possessori, sinó que, a més, se li va donar una redacció absolutament contradictòria. En efecte, hem vist que el paràgraf primer del precepte conté la norma tradicional sancionadora del estat possessori, que, segons el paràgraf tercer, es perdria pel transcurs de dos anys sense cobrar la pensió. I, entre els dos, el paràgraf segon ens diu que realment no existeix tal estat possessori, ja que “el censatari pot cessar en el pagament de les pensions quan el censalista no justifiqui el dret de percepció.” Per tant, si el censatari pot cessar en el pagament si no se li justifica el dret a cobrar la pensió, és que, en la realitat, no hi ha estat possessori. No oblidem que aquest suposava que el censalista havia de seguir pagant una pensió que venia abonant encara que el censalista no li justifiqués el dret a cobrar-la. Si pot cessar en el pagament quan no hi ha justificació, és que tampoc hi ha estat possessori.

En el text de la Comissió redactora del projecte de llei es mantenia l'estat possessori i en el paràgraf segon del article 62 es deia que “el censatari *no* pot cessar en el pagament de les pensions quan el censalista no

justifiqui el dret de percepció”. En el tràmit parlamentari, i a conseqüència d’una esmena, es va acordar eliminar la paraula “no” –es veu que en matèria d’alous la paraula “no” anava i venia amb freqüència–, en lloc d’eliminar tot l’article, amb la conseqüència d’aprovar un precepte que suposa una *flagrant contradictio in terminis*.

9) Article 63.- *L’alou i els censos emfitèutics amb dret a lluïsmes són redimibles en qualsevol moment a instància del senyor útil, mitjançant el pagament al senyor directe d’un lluïsmes i de dos terços de lluïsmes del valor de la finca, tret que el títol de constitució digui una altra cosa, en l’estimació dels quals no es computarà el de les millores introduïdes o edificacions que s’hagin realitzat amb posterioritat a la data del títol constitutiu. Si no s’havia pactat cap quantitat en concepte de lluïsmes, aquest consistirà en l’u per cent del valor de la finca apreciat en la forma consignada anteriorment.*

En els projectes de 1903, 1920 i 1949 no s’establia la possibilitat de redempció dels censos i alous, encara que podia ser d’aplicació el sistema de redempció previst en els articles 1608 i següents del Codi civil, a pesar que l’estructura del alou –en el que no hi ha pensió– no s’avenia de cap manera amb el procediment de redempció previst per aquells.

Si a més tenim en compte que, a principis dels anys seixanta, es començava a pensar en la possibilitat d’un futur desenvolupament turístic, amb tot el que això suposava de vendes de terrenys i noves construccions, va ser molt ben vist que la Compilació de 1961 fes una referència expressa a la possibilitat de redempció dels alous; però, al mateix temps, va ser totalment rebutjada la nova normativa que perjudicava als emfiteutes, al obligar-los a incloure, dins del valor de la finca, a efectes de redempció, les millores i noves edificacions per ells realitzades. En efecte, l’article 63 de la Compilació de 1961 –que establia el sistema de redempció dels alous– va donar lloc a molta polèmica, ja que, mentre se tramitava la llei, i a conseqüència d’unes maniobres polítiques, es va fer desaparèixer la conjunció “no” referida a les millores y noves edificacions, amb la conseqüència que aquestes sí s’havien de tenir en compte per a l’estimació del valor de la finca, encara que es tractés d’obres efectuades exclusivament pel titular del domini útil, sense cap intervenció del del domini directe, i ser posteriors a la data de constitució del alou.

Abans de la llei reformadora de 28 de juny de 1990, la llei 3/1985 del Parlament balear va donar nova redacció al precepte establint el no còmput de les millores i noves edificacions. La llei reformadora ha reduït el preu de la redempció –a falta de pacte– situant-lo en 1 lluïsmes i 2/3 de lluïsmes (a diferència de 2 lluïsmes i 2/3 de lluïsmes, que és el que establia l’antic article 63 i constituïa la doctrina tradicional), i així mateix ha establert que,

també a falta de pacte sobre l'import del lluïisme, aquest consistirà en el 1 per cent del valor de la finca (en lloc del 2 per cent establert abans, que constituïa la tradició històrica).

Certament, la llei reformadora de 28 de juny de 1990 va normalitzar el tractament dels censos i alous, acabant amb privilegis que no tenen en l'actualitat raó de ser. Però faltava lo principal: netejar els llibres dels Registres de la Propietat, en els que les descripcions de nombroses finques inclouen, amb la consideració de càrregues reals, censos i alous absolutament inactius, en els que ni es paga la pensió ni el lluïisme, figurant com a titulars d'aquests drets persones ja mortes des de fa molts d'anys, de les que el seus hereus, o els hereus dels hereus, no s'han preocupat d'inscriure al seu nom els drets que els puguin correspondre. Això, a més, suposa un perjudici considerable pels censataris o titulars del domini útil, ja que, a l'hora de vendre la finca o constituir sobre ella hipoteca, tenen que demandar judicialment la prescripció o la redempció del cens. Era idò necessari arbitrar un procediment perquè tots aquests censos i alous inactius deixessin de fer nosa en el Registre de la Propietat. I per això s'ha dictat la llei 3/2010 de 7 de juny del Parlament balear, a la que es passa a fer referència.

II.- L'EXTINCIÓ DELS CENSOS I ALOUS INACTIUS.

LA LLEI 3/2010 DE 7 DE JUNY.

La llei imposa als titulars de censos i alous el deure de comunicar la seva titularitat al Registre de la Propietat on estiguin inscrits, en el termini de cinc anys a partir de l'entrada en vigor de la llei, que va tenir lloc el 19 de juliol de 2010. A l'exposició de motius s'explica que, d'aquesta manera, s'imposa als titulars dels censos i alous una càrrega o deure sens perjudici del seu contingut real, amb la qual cosa es conjuminen el respecte al dret a la propietat privada i a l'herència que reconeix l'article 33.1 de la Constitució, amb la reserva al legislador de la concreció de la funció social que delimita el contingut d'aquests drets, prevista en l'apartat 2 d'aquest mateix precepte constitucional.

El paràgraf 2 de l'article únic de la llei expressa com s'ha de fer la comunicació, que serà mitjançant una instància adreçada al Registre de la Propietat corresponent, subscripta pel titular, que identifiqui aquests drets i las finques gravades amb els censos i alous, tot sol·licitant al Registrador que practiqui la corresponent nota marginal que n'expressi la vigència. Però es obvi que, en moltes ocasions, els titulars registrals dels censos o alous seran persones ja mortes, per la qual cosa, l'acreditació de la vigència haurà

de passar per la presentació al Registre dels títols que acreditin la titularitat dels censos o alous de que es tracta per part del subscriptor de la instància.

Si es procedeix de la manera indicada, el Registrador practicarà la corresponent nota marginal acreditativa de la vigència. Però si es deixa passar el termini de cinc anys, a contar del 19 de juliol de 2010, sense que consti la indicada nota marginal, els censos i alous quedaran extingits, i el censatari o el titular del domini útil podran demanar la cancel·lació de conformitat amb la legislació hipotecària.

En el tràmit parlamentari es va presentar una esmena, la qual imposava, a més, al titular del cens i alou el deure de comunicar la seva intenció de declarar-ne la vigència als altres titulars de drets inscrits sobre la finca gravada. Pareix que la proposta inicial exigia també que els notificats no haguessin manifestat la seva oposició a la declaració de vigència, però quest darrer extrem va ser rebutjat, argumentant, amb raó, que resultava una atribució excessiva als titulars dels drets inscrits donar-los la facultat de deixar sense efecte la declaració de vigència sol·licitada per censualistes i alouers. A més, aquesta oposició implicava un procediment contradictori que no es regulava de cap manera.

Per això es va arribar a un pacte transaccional que exigia la constància de la comunicació als titulars d'altres drets inscrits sobre la finca, però sense que aquests poguessin oposar-se a la vigència sol·licitada.

En realitat, la necessitat d'aquesta comunicació no sembla justificada, ja que l'acreditació de la vigència dels censos o alous no causa cap perjudici directe als titulars del domini útil, censataris o titulars d'altres drets reals sobre la finca gravada, perquè la nota marginal expressiva de la vigència no trastoca la situació anterior –donada la constància registral del cens o alou– ni limita ni perjudica cap dels drets inscrits sobre la finca. L'únic efecte beneficiós d'aquesta comunicació es derivaria del fet que, si els censataris o titulars del domini útil no l'han rebuda en el termini de cinc anys, a contar del 19 de juliol de 2010, poden pressuposar amb fonament que no s'ha demanat la declaració de vigència, amb els efectes extintius corresponents. Però en tot cas, abans de sol·licitar la cancel·lació, la consulta al Registre de la Propietat és obligada.

Quant a la forma de practicar la comunicació, la llei ens diu que s'han d'acompanyar “els documents o elements de prova que acreditin fefaentment que el promotor de la comunicació de vigència de l'alou o cens ha posat en coneixement dels altres titulars de drets inscrits sobre la finca gravada amb l'esmentat cens o alou la seva intenció de declarar-ne la vigència”.

És clar que, en principi, el mitjà de comunicació idoni per produir efecte en el Registre de la Propietat és l'acte de notificació a la que es refereixen els articles 202 y següents del Reglament Notarial, dels que resulta la possibilitat que el Notari o bé es personi en el domicili o lloc de la notificació o bé envii al destinatari la comunicació de que es tracta mitjançant correu certificat amb confirmació de rebut. Però s'ha de tenir en compte que la llei no només parla de documents, sinó també de "elements de prova". Suposa això la possibilitat que la notificació feta mitjançant els serveis postals sigui suficient?. L'article 39 del RD 1829/99 de 3 de desembre, que aprova el reglament de prestació dels serveis postals, ens diu que "la entrega de notificaciones de órganos administrativos y judiciales realizada por el operador al que se ha encomendado la prestación del servicio postal universal tendrá como efecto la constancia fehaciente de su recepción...", i això ens demostra que aquest sistema de comunicació dona lloc a una constància fefaent pel que fa a la notificació de les resolucions dels òrgans administratius i judicials.

Tal vegada seria possible l'ampliació del precepte a les notificacions entre particulars, sempre que s'acredités la concurrència dels elements consubstancials a tota notificació que –segons l'article 59.1 de la llei 30/92 de 26 de novembre, modificada per la llei 4/1999 de 13 de gener– són el contingut del acte notificat, la recepció pel destinatari o el seu representant i la data de la notificació. Però, com és lògic, són els Registradors de la Propietat els qui tenen la darrera paraula sobre la manera de realitzar aquesta comunicació. I s'ha de dir que, pel que jo he pogut conèixer, se ve donant validesa a les notificacions fetes mitjançant carta certificada amb confirmació de recepció. Sense cap dubte ajuda a aquesta consideració el fet que el precepte parla de "documents o elements de prova", podent aquestes darreres paraules admetre una interpretació extensiva.

Com es va dir a la discussió parlamentària de la llei, hi pot haver situacions en les quals els titulars registrals que han de rebre la notificació no siguin trobats en el domicili indicat en el Registre, falti la menció d'aquest, o es tracti d'inscripcions molt antigues de las que es pugui presumir que els titulars han mort o són desconeguts. En aquests supòsits –i també per aplicació extensiva de l'article 59 de la llei abans dita– la notificació s'haurà de realitzar mitjançant edictes a publicar en el tauló d'anuncis de l'Ajuntament del darrer domicili que consti del notificat i en el Bolletí Oficial de les Illes Balears. Si be pareix, encara que s'hauria de confirmar en cada cas, que alguns Registres han considerat que seria possible, en aquests casos, fer la notificació emprant la premsa diària

És clar que, a partir del dia 20 de juliol de l'any 2015, els censataris i titulars del domini útil tindran una cita obligada amb el Registre de la

Propietat per a comprovar si s'ha practicat la nota marginal expressiva de la vigència dels censos i alous que graven les seves finques, ja que, de no ser així, podran demanar-ne la cancel·lació de conformitat amb la legislació hipotecària.

La pròpia llei que es comenta assenyala, per una altra part, que la pràctica d'aquesta nota marginal no invalida ni interromp la prescripció dels censos i alous derivada de l'article 60 de la Compilació, com diu el paràgraf 4 de l'article únic de la llei.

A un article que vaig publicar a rel de l'aprovació de la llei 3/2010 de 7 de juny, vaig tenir ocasió d'escriure que no només els juristes, sinó tota la població de Mallorca, està de enhorabona per haver aconseguit que una mala fi de censos i alous inactius i sense vertader contingut real deixin de fer nosa en el tràfic immobiliari. Realment, la sala de mòmies s'ha començat a buidar.

IX.3- REFLEXIONS SOBRE ELS ALOUS, LA SEVA ABOLICIÓ I EL DRET CIVIL BALEAR.

Miquel Àngel Mas i Colom

Bon vespre a tothom. Gràcies pel convit, mot agraït per poder esser aquí tot.

I.- DEL FONAMENT ÚLTIM DEL DRET.

Des que me va telefonar el Sr. Miquel Masot per encomanar-me una intervenció a una taula rodona sobre l'alou i els censals, el meu cap estava fent voltes a com estructurar la intervenció, però sobretot en com fonamentar la proposta o la motivació del perquè consider oportú i bo per la societat l'abolició de la figura de l'alou o cens emfitèutic i dels censals. Tenia una vaga idea al cap, però no aconseguia realitzar-la, transformar-la, fins que me vaig posar a llegir el llibre que el professor i degà de la facultat de dret, Sr. Cavanillas (des d'aquí li voldria retre un molt merescut homenatge) me va regalar fa un grapat de mesos "La lluita pel dret" den Rudolf Von Ihering.

Efectivament, aquella era la clau, aquella era la idea que em voltava pel cap, que al cap i a la fi no era més que el pensament i l'ensenyament que el professor Sr. Santiago Cavanillas me va transmetre a la facultat de dret.

El dret ha de tenir un sentit en si mateix, no es pot deure a la pura arbitrarietat del passat. En Rudolf Von Ihering, il.lustre jurista alemany, fundador de la sociologia del dret i un dels majors filòsofs del dret d'Europa, entenia el dret no com el fruit de l'evolució històrica (com mantenia aleshores l'escola històrica de Savigny), sinó com el producte que elabora una societat per resoldre els conflictes entre els seus ciutadans. És a dir, la manera més pacífica que tenim com a societat per resoldre les nostres disputes.

Hi ha d'haver un interès que motivi a l'ordenament per atorgar la tutela i protecció, és la denominada jurisprudència d'interessos.

El dret ha de tenir un fi social, ha d'atendre als interessos reals de la societat.

La justificació d'un dret no ha d'esser un passat. En aquest sentit resulta molt gràfica aquesta imatge que usa:

“Un dret concret que invoca la seva existència per pretendre una duració il·limitada, la immortalitat, recorda al fill que aixeca el braç contra sa mare: menysprea la idea del dret, sobre la qual es recolza, perquè el dret serà eternament el mudar; així el que existeix, ha de cedir aviat el seu lloc a un altre canvi, perquè com adverteix el famós autor de Faust: tot el que neix, ha de tornar a no res”.

(La lluita pel Dret, 1872 Robert Von Ihering)

Per Ihering l'origen últim del dret té una motivació ètica.

II.- DE L'EVOLUCIÓ HISTÒRICA DE L'ALOU I DEL SEU SENTIT SOCIAL.

Aquest pensar és que ens ajuda a entendre la figura de l'alou en la seva història i de com va ser una institució profundament justa i amb un molt evident interès social (especialment a Mallorca com veurem), però que ara a la Mallorca del segle XXI ha esdevingut un anacronisme sense sentit, un entrebanc jurídic injust i que xoca contra l'interès social.

La emfiteusis o alou és una institució del Dret Romà, que amb la conquesta de Mallorca el 1229 es va convertir amb una eina jurídica i social fonamental per la recuperació econòmica del Regne. Així ho explica molt gràficament l'historiador Sr. Álvaro de Santamaría:

“La emfiteusis es el principal instrumento contractual que tras la conquista cristiana de Mallorca contribuye a generar en las villas foráneas la recuperación agraria y en la ciudad el asentamiento de repobladores que reciben de la Corona, de magnates porcioneros y de personas particulares, tierras y viviendas en enfiteusis y promueven la restauración de la economía urbana y el relanzamiento del tráfico comercial insular, palanca del recobramiento económico.

La enfiteusis arraiga prontamente porque por sus características se acomodaba a las circunstancias generadas por el proceso repoblador: mano de obra escasa pese a la continuidad de musulmanes mallorquines, en su mayor parte –casi en su

totalidad— en estado de esclavitud, y abundancia de tierras en los términos rurales y de casas sin habitar en la ciudad. Los componentes de la enfiteusis son los adecuados a coyunturas definidas por la oferta considerable de inmuebles, la atonía de la demanda y la escasez de recursos financieros. La enfiteusis es el instrumento contractual especialmente idóneo a momentos de promoción y repoblación de tierras”.

(pág. 745 Nueva Planta de Gobierno de Mallorca, enfiteusis urbana y real cabrevación, Álvaro Santamaria, Consell Insular de Mallorca 1989)

Així a tall d'exemple, de les 248 anotacions d'atorgament d'immobles en el domini urbà de Nunó Sanç, comte de Rosselló en 1 any entre 1232 i 1233, 230 són emfiteusis (el 92%), la resta són bàsicament donacions i diverses concessions “in feudum”.

Observam que és una institució que té una clara raó de ser i que compleix una finalitat social i econòmica evident. Va facilitar la repoblació i reactivació econòmica en un duríssim context postbèlic de pràctica aniquilació de la població musulmana (segons teoria de l'historiador Dr. Barceló). Així els grans senyors a qui el Rei Jaume havia compensat la seva ajuda amb el repartiment de terres, cedeixen el domini útil de les seves terres a repobladors, mantenint el domini directe que comprenia importants drets. D'aquesta manera els repobladors es troben estimulats a produir una terra que se'ls hi ha estat cedida en domini útil i els senyors mantenen la propietat i obtenen rendes via censals i lluïsmes.

Ara bé, aquesta institució que tenia molt de sentit social al llarg dels segles va anar perdent el seu sentit. Així observam com el 1811 i a les Corts de Cádiz, el Bisbe Bernat Nadal (un d'aquells estranys homenots que de tant en quan aquesta terra fabrica) ja afirmava:

“... en los contratos de enfiteusis y de compra y venta, en que hay real y verdadera traslación de dominio (a mi corto entender indivisible) quiera hacerse separación entre dominio útil y directo, quedando este a favor de uno, y aquel al de otra persona, no lo comprendo. Esto no es más que un puro efecto de feudalismo, una sutileza y un sofisma de los antiguos jurisconsultos romanos, y de sus secuaces, para perpetuar en cierto modo el vasallaje y la esclavitud. Pido, los extinga V.M. para siempre como injustos”.

Això fa més de dos-cents anys.

A 1820 es publica a Palma un fulletó anomenat “*Reflexiones sobre laudemios, tasas y demás impuestos en uso del directo dominio que entiende abolidos un labrador murense*”.

El 1837 l'Ajuntament de Santa Margalida argumentava:

“Tales prestaciones denominadas diezmos, tascas, laudemio, relaxdemio, fadiga, ocheno, cabrevación, el censo alodial frumentario, el pecuario, el de gallinas, el vaso de agua, la brasa de fuego, y otros cánones de este jaez, son imposiciones feudales, signos del vasallaje más atroz que la ley abolió pero que en día están empeñados en percibir y cobrar los magnates en mengua de la misma ley y oprobio de libertad en que vivimos”.

Resulta evident que al segle XIX l'emfiteusi ja no responia a cap finalitat social, ja no era útil a la societat, o més aviat sols era útil i molt a una petita part de la societat, la titular dels dominis directe, molt sovint resident a Palma i pertanyent a famílies amb passat gloriosos.

Tot i així, aquesta institució sobrevisu al segle XIX, si bé veu mutilat una part important dels seus drets, fins que va ser recollida a la Compilació de Dret Civil Balear de 1961. Compilació de 1961 i a on saltà la sorpresa que causà *“asombro y estupefacción”* en paraules de l'eminent jurista Tomàs Mir de la Fuente. Efectivament, al projecte de llei enviat pel Govern a les Corts i redactat per una comissió de juristes illencs, establia que per l'estimació del valor de la finca *“no se computarán las mejoras introducidas o edificaciones realizadas en ella con posterioridad a la fecha constitutiva del alodio”*. No obstant durant el període reglamentari es va presentar una esmena, que amb la modificació del tipus de redempció, proposava la supressió del “no”, que fou aprovada. Les derivades eren molt importants, sobretot a les finques costaneres que havien tengut edificacions massives per mor del boom turístic (la diferència entre el 5,33% del valor d'una finca computat un hotel construït a sobre o no, és més que notable).

Una institució que havia tengut el seu sentit social i que responia a una necessitat econòmica en un determinat moment, havia esdevenguda la ma del fill que s'aixeca contra la mare, el menyspreu del dret en paraules de Ihering. Un dret que no respon a la idea d'ètica com a origen i fonament últim del dret. Un dret que ha esdevingut un entrebanc a la pròpia activitat econòmica (dificulta i encareix la transmissió de la propietat), un dret que sols serva privilegis seculars que no responen a una idea de treball.

III.- REFLEXIONS SOBRE L'OPORTUNITAT DE L'ABOLICIÓ DE L'ALOU.

La pràctica jurídica diària, posa en evidència que els alous han esdevengut un entrebanc econòmic en la transmissió de la propietat i per tant al propi mercat.

Així ben sovint, els bancs que han de concedir un crèdit hipotecari, quan se trobem amb un dret real, especialment un tan estrany com aquest,

obliguen a la seva cancel·lació, la qual cosa pot suposar encarir la compravenda de l'immoble (pensem en l'habitatge d'una jove parella), entre mil i dos mil euros (advocat, procurador, consignació, registre, gestoria...).

No és tampoc anecdòtic els supòsits que just després d'una compravenda apareix el titular del domini directe per reclamar l'alou, per sorpresa dels compradors, com ha estat el recent cas que ha donat lloc a aquesta petició d'abolició d'alous.

Mal d'entendre per la parella jove, mal d'explicar pel misser.

Es tracta d'un dret que no respon a cap necessitat social, una relíquia.

Des del meu punt de vista, el més procedent és procedir a la seva abolició, de forma ordenada i preservant els interessos de la hisenda pública, és a dir, evitant que pugui suposar responsabilitats patrimonials per l'administració.

En aquest sentit apuntariem dos suggeriments. El primer de tot és que l'any que ve acaba el termini de constatació dels censals i alous de la llei 3/2010, la qual cosa i com sigui que haurà estat necessari la seva inscripció als Registres de la Propietat, els quals ja estan plenament digitalitzats, per ventura per primera vegada ens permetrà tenir un coneixement exacte de la quantitats de censals i alous vigents. Una informació que pot resultar bàsica a l'hora de poder formular propostes sobre aquests drets reals i les seves possibles conseqüències patrimonials.

Per altre banda, pot resultar interessant estudiar el cas dels denominats "foros galegos". A Galícia l'emfiteusi va tenir un notable arrelament al camp i va provocar una important resposta social, especialment a principis del segle XX, amb un moviment antiforista que fins i tot optà per la via de l'acció directa (anys 20-21 a les províncies de Lugo i Ourense). En la Compilació de Dret Civil de Galícia de la Llei 147/1963, si bé es recollien al títol I els foros i subforos, la pròpia norma a la seva disposició transitòria segona preveia la seva extinció. A la Llei 7/1987 sobre Compilació de Dret Civil de Galícia de la Xunta a la seva disposició derogatòria primera estableix que "*En tanto en cuanto pudiesen conservar alguna vigencia, se consideran definitivamente derogados el Título I, suprimiéndose sus artículos 3 al 46, y las disposiciones transitorias primera y segunda de la ley 147/1963, de 2 de diciembre*". A Galícia han solucionat el problema amb l'extinció definitiva dels alous.

IV.- CONSIDERACIONS SOBRE EL DRET CIVIL BALEAR.

Tot i això i tornant enllaçar amb el començament d'aquesta xerrada, no vull deixar passar l'ocasió per fer una reflexió sobre el nostre Dret Civil Balear.

Resulta apropiat aquesta taula rodona sobre la figura de l'alou, ara especialment que s'ha aixecat aquest rebombori amb més de dotze mil signatures demanant la seva supressió. Molt oportuna la reacció de l'Acadèmia que ha demostrat tenir reflexes per copsar la realitat social.

Ara bé el Dret Civil Balear és i ha d'esser molt més que l'alou i els censos sobre gallines per Sant Miquel. El Dret Civil Balear ha d'esser molt més que aquestes institucions que són autèntics fòssils jurídics vivents.

Però és que a més a més el nostre dret civil necessita una profunda agenda reformista. Seria bo que els juristes i legisladors centràssim l'atenció sobre aspectes més vius i necessitats de regulació. Institucions que responen a fins socials, necessitats econòmiques actuals.

I feim aquesta afirmació, perquè no deixa d'esser lamentable que en els trenta anys d'autonomia sols s'hagin fet tres lleis sobre la compilació del Dret Civil Balear i tres lleis sectorials (lleï de parelles estables, lleï de voluntats anticipades i lleï de mediació familiar). Escàs bagatge legislatiu. Però no sols és que el bagatge legislatiu resulta escàs, sinó que a més a més, dues de les tres lleis relatives a la compilació s'han dedicat a regular exclusivament l'alou (lleï de 1985 i lleï de 2010), l'autèntica "estrella" del Dret Civil Balear.

Trobam a faltar un interès del legislador per afrontar temes que afecten al dia a dia de la ciutadania, temes que sí que responen a necessitats socials.

Així som la única comunitat autònoma amb dret civil propi que no té regulat el consentiment del cònjuge no propietari per poder disposar de l'habitatge familiar. Cert que hi ha un bon avantprojecte de lleï de règim patrimonial del matrimoni, però no està assegurada la seva aprovació aquesta legislatura. És absolutament necessari i urgent legislar sobre el règim de separació de bens, que tot conservant l'essència d'una institució molt viva, introduesqui conceptes de solidaritat vers el convivent casat més feble.

Tampoc tenim regulat la substitució de l'estat per la comunitat autònoma en la successions intestades en cas d'absència de parents. De fet som la única comunitat autònoma amb dret civil propi que no ho té previst. I ara en moments de penúria econòmica i de dèficit de finançament autonòmic, resulta de difícil comprensió.

El nostre dret successori necessita una profunda modernització i adaptació als temps actuals. Per exemple flexibilitzant el pacte successori a les noves realitats mercantils actuals.

La custòdia compartida o els pactes de parentalitat en cas de separació o divorci, són temes de gran actualitat social que són mancats de cap tipus de regulació legal i que altres comunitats autònomes com Aragó o Catalunya tenen legislat.

Per altre banda el 17 d'agost de 2015 entra en vigor el Reglament Europeu de Successions, la qual cosa implicarà que els ciutadans de la Unió Europea amb residència habitual a Balears que no hagin manifestat expressament la seva voluntat que se'ls hi apliqui la seva llei nacional per regir la seva successió, se'ls hi aplicarà la llei successòria balear. Es tracta d'una tema de notable transcendència pràctica, ja que suposarà per primera vegada l'aplicació del dret civil balear a no nacionals espanyols. S'obren interrogants com per exemple l'aplicabilitat de la definició (al meu parer seria aplicable).

Resultaria bo i necessari despertar i deixondir la Comissió Assessora de Dret Civil Balear, la que qualcú ha denominat la bella dorment, integrada per molts bons juristes.

Tornant i acabant en Ihering, el dret té sentit en la mida que atengui a realitat socials vives i en aquest sentit la moderna societat balear té aspectes que necessitarien l'atenció del legislador, un legislador que ha demostrat desídia i poc interès.

El millor favor que li podríem fer al Dret Civil Balear és regular sobre les necessitats socials de les Balears del segle XXI.

IX.4- CENSOS Y ALODIOS: FUTURO.

Pedro Antonio Aguiló Monjo

El presente trabajo constituye un resumen de la ponencia presentada en la Jornada que la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears dedicó al tema de “Censos y Alodios: pasado, presente y futuro”. Después del pasado y el presente, me correspondió hablar del futuro de los censos y alodios. Y lo hice analizando dos cuestiones: la necesaria actualización de su regulación y las consecuencias de acometer legislativamente la supresión o abolición de los alodios.

A.- La primera cuestión depende de la utilidad actual que se atribuya a la institución de los censos como derecho real que convierte al censatario en titular del derecho de propiedad de una finca que queda sujeta al pago de una pensión periódica y/o de un porcentaje en cada transmisión “inter vivos”. La respuesta, a mi juicio, debe ser afirmativa. En tal caso, lo procedente —como en las demás materias de nuestro derecho civil propio— sería la completa actualización de la fragmentaria regulación de los arts. 55 a 63 de la Compilación de 1990 que hiciera, además, innecesaria la remisión al Código Civil. El modelo a seguir podría ser el de la Ley catalana 6/1990, de 10 de marzo, de Régimen jurídico de los Censos de Cataluña, incorporada al Libro V (de los derechos reales) de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que aprobó el Código Civil de Cataluña. Si no se acomete su actualización global, siguiendo lo sostenido por Quintana Petrus, debería, al menos, modificarse:

a) El artículo 59 de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 6 de septiembre, para que la división de la finca gravada con censo, sin consentimiento del censalista, supusiera también la división del censo para cumplir el principio de especialidad registral. Lo contrario comporta la ineludible necesidad de aceptar que el censalista que no haya consentido la

división pueda reclamar la totalidad de la pensión censal del adquirente de cualquiera de las parcelas o fincas resultantes de la división y, además, genera problemas de difícil solución en la aplicación del mecanismo de la prescripción de los censos y alodios, derivada del artículo 60 de la misma Compilación.

b) El mismo artículo 60 para facilitar la práctica de la cancelación registral como consecuencia de la prescripción de censos y alodios, ya que sin una sentencia judicial que acredite la prescripción la cancelación no resulta posible al no poder ser apreciada de oficio por el propio Registrador de la Propiedad, sin necesidad de acudir ineludiblemente al expediente de liberación de cargas y gravámenes previstos en los artículos 209 y 210 de la Ley Hipotecaria. La solución podría venir de la mano de la Ley 3/2010, de 7 de junio, de Constatación de Censos y Alodios y de Extinción de los Inactivos, a partir de la imposición de la carga de acreditar la vigencia actual de los censos y alodios de modo que el legislador pudiera presumir la prescripción de aquéllos que no han levantado en el plazo otorgado la susodicha carga y permitir su expulsión del Registro de la Propiedad a instancia del censatario. Esto es lo que se desprende del apartado 3, del artículo único, de la citada Ley 3/2010, de 7 de junio, según el cual *“Transcurrido el plazo indicado de cinco años sin que conste la vigencia de los censos y alodios en los términos expresados, quedarán extinguidos y podrán cancelarse a instancia del censatario o titular del dominio útil, de conformidad con la legislación hipotecaria”*. Dos cuestiones deben destacarse: la primera debe ser la de resaltar la claridad y rotundidad del efecto anudado a la no constatación de la vigencia en el plazo otorgado consistente en que los censos y alodios “quedarán extinguidos”, sin que pueda por lo tanto ser reclamado su contenido patrimonial ni obtener el amparo de los tribunales; la segunda supone lamentar que la constancia registral de su cancelación deba realizarse “de conformidad a la legislación hipotecaria” que, como es sabido, resulta ajena al ámbito competencial legislativo de las Illes Balears, por ser competencia exclusiva del Estado.

c) El artículo 63 de la referida Compilación, para facilitar, también, la redención unilateral que contempla de los censos enfiteúticos y alodios a instancias del dueño útil. Es claro que en tal caso el problema que subsiste es el de la determinación del valor de la finca, excluyendo las mejoras introducidas y edificaciones realizadas con posterioridad al título constitutivo, que debe servir de base para la redención unilateral. Si no se previó en el título constitutivo, que es lo más probable, ni el legislador incorpora una fórmula objetiva para dicha fijación de valor, aunque pueda parecer difícil de obtener, sólo cabe prever, mediante la oportuna modificación del citado artículo 63, la presencia del titular del dominio directo

en el acto de otorgamiento de la escritura pública de redención —que perderá su naturaleza de unilateral— y que sólo podrá ser suplida (a salvo el mecanismo de la representación) por la intervención judicial en caso de rebeldía.

B.- Para el examen de la segunda cuestión, puesta sobre la mesa por la iniciativa popular presentada ante el Parlamento de las Illes Balears, arropada por más de 12.000 firmas, y por la proposición no de ley del Grupo Parlamentario Més para encomendar “... a la *Comissió Assessora de Dret Civil de les Illes Balears l’elaboració d’una proposta d’abolió de les figures de l’alou i el cens emfitèutic a perpetuïtat, preveient, si escau, les normes transitòries per als alous i censos vigents a fi que en cap cas l’abolió comporti responsabilitats patrimonials de l’Administració Pública*”, será conveniente analizar los precedentes jurisprudenciales en supuestos en que la Ley acomete lo que Miguel Coll Carreras denominó “transferencias coactivas de derechos subjetivos” (Boletín nº 1 de la Academia). Son tales: a) la STC 37/1987, de 26.03 sobre la Ley extremeña de tierras infrautilizadas que se estimó constitucional al considerar que la Función social delimita —no limita— el contenido normal del derecho de propiedad; b) la STC 28/1997, de 13.02 (caso Es Trenc) que aceptó también la constitucionalidad de la Ley balear, pero estimó la responsabilidad del legislador por daños singulares consistentes en el resarcimiento de los gastos urbanísticos que hubieran devenido inútiles; c) las SSTC 149 y 198/1991 (legislación estatal de Costas) que consideró la ley expropiatoria y, en principio, adecuada la compensación consistente en sustituir la propiedad privada de los denominados “enclaves” en el dominio público marítimo terrestre por una concesión, sin canon, por 30 años prorrogables por otros 30; y d) las SSTS de 30.11 y 1.12 de 1992, en materia de jubilación anticipada de los Funcionarios, que sostuvieron que no había expropiación ni responsabilidad del legislador porque eran derechos derivados de una relación estatutaria que no constituían auténticos derechos adquiridos. Todas ellas fueron intervenciones del legislador generadoras de transferencias coactivas realizadas, no obstante, a favor de la Administración o, al menos, de la sociedad en su conjunto.

La hipotética ley de abolición de los alodios supondría, en cambio, una transferencia coactiva de derechos subjetivos producida en el seno de una relación “interprivatos” que desconocería, además, la existencia de terceros adquirentes “inter vivos”, a cambio de precio, del derecho de alodio correspondiente a los descendientes de sus titulares históricos. Y aún habría que añadir que tendría distinto alcance según se refiriera sólo a los aspectos de la relación privada regulada supletoriamente por la ley o al núcleo duro de su contenido fijado, en su día, de mutuo acuerdo en virtud de la

autonomía de la voluntad de las partes. El notario Gabriel Nadal en la lejana fecha de 1821 ya escribió que “... los diezmos, como los alodios, están en el libre comercio, y muchos de sus dueños los han adquirido por vía de compra por su justo precio y valor, que han percibido los vendedores en dinero constante, como de cualquier otra propiedad o finca con la promesa de evicción estipulada por los vendedores en el instrumento de traspaso, y quitárselo sin reemplazo sería despojarles de su propiedad adquirida con justo y legítimo título por cuyo traspaso pagaron (al Real Patrimonio) los derechos dominicales...”.

En tales términos, parece difícil obviar que la abolición legislativa de los derechos alodiales, concretados en el cobro del laudemio, tendría un, carácter expropiatorio que, para no vulnerar el artículo 33.3 C.E., debería, primero, acreditar la concurrencia de “...causa justificada de utilidad pública o interés social...” —lo que no parece fácil— y, segundo, prever “...la correspondiente indemnización...”. Si así no fuere, dicha ley sería, a mi juicio, muy probablemente inconstitucional, resultado que podría alcanzarse, con la consiguiente nulidad de la ley autonómica, bien a través de un recurso directo de inconstitucionalidad interpuesto por cualquiera de los sujetos constitucional y legalmente legitimados bien a través de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juez o Tribunal que al aplicarla tuviera dudas de su constitucionalidad. Pero es que, además si previera, en cambio, la adecuada indemnización cabría plantearse si el legislador podría considerar que ésta fuera a cargo del titular del dominio útil, como real beneficiario de la abolición planteada. Pero, si así fuere, poco se añadiría, excepto el carácter imperativo de la medida legislativa, a la posibilidad de redención unilateral, pero voluntaria, que el artículo 63 de la Compilación ya otorga al titular del dominio útil.

No se trataría de que la ley incurriera en responsabilidad del legislador a cargo de la Administración autonómica, como teme la proposición no de ley reseñada, ya que el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sólo la prevé para “... los actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos...”, sino de que tendría naturaleza expropiatoria y podría ser declarada inconstitucional. Sin embargo a aquella responsabilidad, y consiguiente indemnización, podría llegarse en virtud de la doctrina de la responsabilidad del Estado o Comunidad Autónoma legisladora por actos de aplicación de leyes declaradas, luego, inconstitucionales (SSTS de 29.II, 13-VI, 15-VII, 30-IX y 27-XII de 2000 y 20-I, 17-II, 6-III y 27-III de 2001, entre otras, todas ellas derivadas de STC n° 173/1996 que declaró inconstitucional y nulo el art. 38,2,2 de la Ley estatal 5/1990, de 29 de junio). Y ello aunque existiera sentencia firme o acto consentido obtenido durante el tiempo en que la ley mantuvo su vigencia antes de ser declarada inconstitucional y nula.

Por todo ello, estimo más adecuado continuar por el camino iniciado por la Ley 3/1985, de 11 de abril, de modificación del artículo 63 de la Compilación, seguido por la propia Ley 8/1990, de 28 de junio y por el Decreto-Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, que aprobó el Texto Refundido de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears y continuado por la Ley 3/2010, de 7 de junio, de constatación de censos y alodios y de extinción de los inactivos. A tal efecto podrían ser útiles las siguientes iniciativas contenidas en una propuesta de actualización global de los alodios, que, completando lo ya dicho anteriormente, contemplara:

1. Avanzar en la construcción de la redención como un auténtico derecho unilateral del dueño útil. Para superar el obstáculo que supone la discrepancia acerca de la valoración de la finca, si no resulta del título constitutivo, cabría que la ley remitiera a una valoración objetiva que, por ejemplo, tomara como referencia el valor catastral.

2. Prever un derecho de “fadiga” (tanteo o retracto) sólo a favor del dueño útil cuando el dueño directo pretenda transmitir el contenido de su derecho de alodio.

3. Establecer la liberación del alodio si el dueño directo muere sin heredero testamentario y legal, lo que, en la actualidad sólo perjudicaría la adquisición abintestato del Estado que, como ocurre en las demás Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, debería ser ya a favor de la Comunidad Autónoma.

X.- COLEGIOS PROFESIONALES.

Lorenzo Ros Sánchez

Con mucho gusto acoge el Boletín de la Academia la colaboración del Letrado Lorenzo Ros Sánchez, uno de los insignes veteranos de nuestra Abogacía, de la que, además, ostentó el Decanato durante los años 1997 a 2002. Durante los mismos se inauguró el moderno y esbelto edificio que constituye la sede del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears, culminando así un proyecto en el que se venía trabajando desde hacía varios años.

En esta colaboración Lorenzo Ros vuelve sobre un tema por el que siempre ha demostrado especial predilección como es el de los colegios profesionales, hoy en el punto de mira de unos proyectos legislativos que no quieren considerar las innegables ventajas que los mismos han venido proporcionando para la dignificación de las profesiones liberales y su buena sintonía con la sociedad. El trabajo que se inserta a continuación hace referencia al origen histórico de los colegios profesionales, a su normativa y, en contemplación ya concreta de los Colegios de Abogados, se exponen las funciones que los mismos vienen desempeñando, constituyendo, como se ha dicho, una innegable y eficaz ayuda a la sociedad.

Finaliza su colaboración con una referencia a la construcción del singular edificio sede del Colegio de Abogados, por él vivida tan de cerca.

SUMARIO.

- 1.- Origen de los Colegios Profesionales.
- 2.- Competencia.
- 3.- Funciones.
- 4.- I.C.A.I.B.

1.- ORIGEN.

El hombre, gracias a su inteligencia, se ha unido primero formando tribus, en tiempos inmemoriales, y después naciones, pues sabía que sin esta unión no podría sobrevivir. Lo mismo ha ocurrido con los titulares de oficios. Sin su unión no podían controlar aquellas personas que les hicieran la competencia en sus oficios. Así se unieron en asociaciones, gremios, etc. La Edad Media contempla gremios constituidos por oficios como herreros, carpinteros, veterinarios, etc; sin cuya pertenencia a los mismos no se podía ejercer. Recuérdese la plaza gremial de Bruselas, Plaza Grand, en la que podemos admirar los grandes edificios destinados a los Gremios, lo que da una idea de la importancia que tenían en aquella época. Un poco más abajo se encuentran las cuatro esquinas y en una de ellas existe la estatua famosa del niño haciendo pipí.

Hemos de llegar a la revolución francesa, año 1789, para que, en aras a la libertad e igualdad, se eliminen los Gremios.

Así el Edicto Turgot de 1776, siguiendo el espíritu liberal del Ministro de Finanzas, Jacques Turgot, que había intervenido en múltiples asuntos económicos, aún en contra de María Antonieta, que únicamente pensaba en favorecer a sus favoritos, prohibió la agremiación, hasta varios años después que se restablecieron.

El principal y más famoso de entre los seis edictos que dictó Anne Robert Jacques Turgot, barón de l'Aulne (economista y político francés) ante el

Consejo Real del rey Luis XVI, recogió las ideas fisiocráticas del siglo XVIII, proclamando que los males franceses en materia comercial e industrial se encontraban en la facultad de los artesanos del mismo oficio a unirse y reunirse en cuerpo.

En consecuencia prohibió la agremiación. Suprime las Corporaciones porque éstas iban en contra de la libertad de trabajo, así como sus estatutos y privilegios, proclamando que el hombre puede dedicarse al oficio que le plazca. Fue base para que en la revolución francesa, se impusiera el principio de libertad contractual.

Varios fueron los avatares de los Gremios, pero pronto se llegó a la necesidad de estar inscrito en uno de estos Gremios o Colegios Profesionales para ejercer el oficio o la profesión como la de Abogados, Notarios, Registradores de la Propiedad, Agentes de Cambio y Bolsa, etc.

Es a mediados del siglo XIX cuando ya se establecen los Colegios Profesionales, como institución representante y reguladora de su ejercicio, reconocidos por el Estado al cumplir una actividad social.

En relación a dicha fecha, no estoy conforme con la afirmación de Antonio Fanlo Loras que dice que se crea el Colegio de Abogados (pienso que quiere decir el primero) en 1838, pues está probado y reconocido que el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca fue autorizado por Cédula del Real y Supremo Consejo de 23 de octubre de 1779, habiéndose constituido por Junta de 26 de noviembre de 1779, siendo su primer Decano D. Miguel Frontera y sus estatutos los contenidos en la Real Cédula de su creación (véase “Els Advocats de les Balears i la seva defensa corporativa” de Román Piña Homs).

2.- COMPETENCIA.

Si se considera la competencia como aquella facultad que únicamente a través de ella se pueden resolver determinadas actividades (competencia objetiva), pronto se deducirá que los Colegios son aquellas instituciones que regulan las actividades de sus afiliados.

Así el art. 22 de nuestra Constitución establece que se reconoce el derecho de asociación y su art. 36 establece que la Ley regulará las peculiaridades propias de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. Su estructura y funcionamiento serán democráticas.

Algunos Colegios han alegado que, habida cuenta de su carácter público, las actuaciones colegiales son actos administrativos, por lo que no pueden ser objeto de enjuiciamiento por el Tribunal de Defensa de la Competencia,

sino que su revisión debe realizarse ante un Tribunal de lo Contencioso-Administrativo. Sin embargo, la resolución de 20 de noviembre de 1992, expediente 313/1992, establece que hay que tener en cuenta el carácter privado de los Colegios, siendo sus funciones públicas las delegadas por la Administración; por lo que sus resoluciones no son administrativas sino privadas, siendo competente el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Ello no significa, a mi entender, que cuando se practican actos amparados por el derecho administrativo se pueda recurrir al procedimiento contencioso administrativo, una vez agotados los recursos en la vía colegial, como ocurre en el caso de una sanción que implica la expulsión.

3.- FUNCIONES PUBLICA Y PRIVADA.

Los Colegios Profesionales tienen evidentemente una función social, como ocurre con los visados de los Colegios de Arquitectos. En los proyectos presentados por los Arquitectos se tiene en cuenta la situación urbanística en que se encuentran las obras que se pretenden visar y si la obra no está apoyada urbanísticamente no se podrá visar y, por tanto, no se podrá construir.

Los Colegios de Abogados por su parte regulan todas las actuaciones que preceden al nombramiento de los Abogados de oficio, así hasta su nombramiento por parte del Colegio quedan paralizados los autos. Una vez nombrado el colegiado de oficio, que tiene que tener las cualidades necesarias para tal nombramiento, es comunicado al Juez que lleva los autos y a los interesados, entre ellos naturalmente al Abogado nombrado.

Hace ya muchos años, los Abogados de oficio no cobraban del Estado por los asuntos que llevaban; era otra época, pero también es verdad que imperaba la creencia de que los Abogados eran profesionales pobres pero influyentes, que no debían casi satisfacer impuestos, por lo que, durante muchos años, no pagamos impuestos pues la cuota que se nos señalaba era realmente baja. Era el tiempo en que se pagaba por cuotas señaladas por la Administración para cada profesión. Por cierto que en Baleares siempre se nombró a un colegiado, el Abogado D. José Piña, que era un verdadero azote para los miembros de la Administración de Hacienda. Yo acudí con él, que vino vestido con traje de caza, sombrero con una pluma, y otro Abogado, D. Andrés Llompert, a Hacienda; llegamos tarde a propósito por sugerencia de Piña, y el funcionario cuando lo vio le dijo: otra vez Vd. Naturalmente, la cuota asignada a los Abogados fue la misma que la del año anterior.

Una de las principales funciones de los Colegios de Abogados es la posibilidad de administrar los arbitrajes. La ley última de arbitrajes de 23

de diciembre de 2003 regula con más exactitud el arbitraje, pudiéndose incluso adoptar medidas cautelares contra el demandado antes de que se dicte el laudo.

Yo por mi parte siempre he aconsejado a los Letrados y Notarios que incluyan en los documentos en que intervienen, con dos partes interesadas, una cláusula arbitral para que se pueda acudir a esta institución en caso de discrepancia (véase mi artículo en Diario de Mallorca del mes de julio de 2012).

Nuestro Colegio de Abogados, al igual que el de Barcelona donde existe un Colegio Arbitral, siempre ha cuidado mucho la institución, teniendo incluso un convenio con la Cámara de Comercio, que nombra a los árbitros en caso de discrepancia de las partes, cuando el arbitraje se deber resolver en equidad y cuando sea un arbitraje de derecho acude al Colegio para tal nombramiento. El Colegio tiene una lista de Abogados que reúnen los requisitos para actuar como árbitros de derecho.

Esta función social es muy importante, esencialmente por lo siguiente: a) Por la lentitud de la Justicia, producto de la falta de Jueces y Magistrados, la plantilla se habría de multiplicar por tres por lo menos, especialmente después de haber eliminado a los Jueces sustitutos y Magistrados en funciones; y b) Por lo caro que resulta todo el procedimiento civil. Así lo he demostrado en un artículo publicado en el Diario de Mallorca a mediados del mes de septiembre de 2013.

El plazo máximo para dictar un laudo a contar desde la fecha de contestación a la demanda es el de seis meses. El colegio había establecido cuatro meses, pero la nueva Ley de Arbitraje establece el plazo de seis meses. Se comprenderá que dicho plazo comparado con el que se dictan las sentencias, no menos de dos o tres años, en primera instancia, a excepción del desahucio, por falta de pago, no tiene parangón. Si se llega ante el Tribunal Supremo, hablamos de ocho o más años.

La función a la que nos referimos esta reflejada en el art^o. 1 de la Ley de 13 de febrero de 1974, reformada por la de 20 de diciembre de 1978, que establece que los Colegios Profesionales son los entes de derecho público, amparados por la Ley y reconocidos por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines. En su art. 2 (modificado por la Ley de 1979), se establece: que son fines esenciales de estas corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando están sujetos a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la

Administración Pública por razón de la relación funcionarial.

Los Abogados, dado su contacto continuado con el público y sus problemas, son los más receptivos de los profesionales respecto a las necesidades sociales.

Por ello, son los Colegios de Abogados los más influyentes para las modificaciones necesarias de la legislación, para que ésta resuelva los problemas que se van planteando. Así los Congresos de Abogados estudian, a través de sus ponencias, los cambios que son precisos en la legislación y los planteamientos judiciales. Recuerdo el Congreso de la Abogacía celebrado en Salamanca en el que se planteó la necesidad de un acuerdo entre los Partidos Políticos para conseguir los medios precisos para evitar las dilaciones de la Justicia, que evidentemente produce la injusticia de la misma, pacto que se llevó a cabo en el año 2001, pero que pronto resultó un fracaso al no aportarse las cantidades necesarias para que se pudiera cumplir el pacto.

Yo llevé un pleito en el que se debía aplicar el Derecho alemán, lo que hizo que su dilación fuera tan larga que mi cliente, de edad avanzada, no vio el resultado del procedimiento hasta que ya entró en su vejez.

Estas cuestiones, como, por ejemplo, la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son las que los Abogados, albañiles del Derecho, llevan a los Congresos. No obstante, hay que decir que, al contar el Estado con el Consejo de Ministros, del que no forma parte el Presidente del Consejo General de la Abogacía, prácticamente no se hace caso a las conclusiones de los Congresos de Abogados, como tampoco a dicho Presidente de los Abogados, sobre todo si tales conclusiones llevan consigo una inversión dineraria. La Justicia es la hermana pobre de la Administración.

Los Colegios Profesionales también han sido tenidos en cuenta por la Comunidad Europea. Hoy, desde que formamos parte de ella, profesionales de otras naciones, siempre que pertenezcan a la Comunidad, pueden actuar en España, después de cumplir ciertos requisitos.

4.- ICAIB NUEVA SEDE. DE MONTESION A LA RAMBLA.

El camino hacia el actual domicilio de la Abogacía balear se inició en el Oratorio de la Universidad Literaria en 1779, año de fundación del Ilustre Colegio de Abogados de Baleares. En ese año y desde 1769 la Universidad estaba ubicada en lo que hoy es el Colegio de Montesión, espacio que sirvió como primera sede colegial hasta el año 1832. Durante los tres años siguientes, los Abogados de Mallorca acudían a reunirse a la casa de sus

Decanos, hasta que en 1835 situaron su domicilio en la calle de San Roque, hoy Estudio General Luliano. En octubre del 1942 y ante los requerimientos de la Academia Provincial de Bellas Artes conminando a los letrados a abandonar las dependencias del Estudio General, los abogados se trasladaron a la Calle San Bartolomé, lugar en el que D. Carlos Alabern cedió un piso que serviría como lugar de encuentro de los Abogados isleños hasta que estos trasladaron la sede a la calle Morey, en mayo de 1973.

**CRONOLOGIA DE LO ACONTECIMIENTOS
MAS DESTACABLES, ACAECIDOS, DESDE LA COMPRA
DEL SOLAR 19/9/96, HASTA LA INAUGURACIÓN
DE LA NUEVA SEDE 14/12/01.**

La antigua sede colegial, sita en la c/ Morey, se había vuelto, con el devenir de los años, insuficiente, laberíntica, mal ubicada, y con unas infraestructuras inadecuadas para las necesidades de los colegiados, que, en la actualidad, exceden de los 2.500; así las cosas, fruto de un trabajo y esfuerzo perfectamente planificado y siendo Decano, el Excmo. Sr. D. Bartolomé Sitjar Burguera, el 19/07/96, se formaliza contrato de opción de compra del solar, –sobre el que se ha levantado la nueva sede del ICAIB– con la Entidad “Securum España, S.A.” opción de compra, ejecutada, mediante el otorgamiento de escritura pública de compra-venta, el 19/9/96, con un costo total del solar de 115.000.000.- Ptas. (CIENTO QUINCE MILLONES DE PESETAS).

El trayecto hacia la nueva sede se inició el 8/01/1997, con la firma del pliego de bases que debía regir el concurso de anteproyectos arquitectónicos, (acto que tuvo como protagonistas, al ya entonces Decano de abogados, el que suscribe, y a su homólogo en el Colegio de Arquitectos; entre los trece proyectos presentados, la propuesta “Tapias y Patios” de los Arquitectos D. Luis y D. Jaime García Ruiz, D. Vicente Tomás Esteva y D. Angel Sánchez, resulto la elegida (abril 97).

Previo concurso restringido a través del Decano, fue adjudicada la ejecución de la obra a la empresa contratista “Cañellas y Bosch, S.A.” transformada en “Construcciones y Contratas Billenium, S.A.”.

La nueva casa de los abogados isleños, de 5.000 metros cuadrados, está dividida en tres bloques que vuelcan sus espacios hacia un patio que actúa de agradable conexión. El cuerpo principal, de tres plantas, alberga las oficinas, el Decanato, diversos despachos al servicio de abogados, el área informática, las dependencias reservadas para el turno de oficio, la mutualidad y la Academia de Jurisprudencia y Legislación, y una cafetería.

El tercer bloque, por su parte, es el reservado para la formación de los letrados pues en él se ubica una moderna y amplia Fundación de Escuela Práctica Jurídica. Pero el cuerpo central es sin duda la joya del edificio. Con un diseño absolutamente moderno y de forma elíptica, este espacio da cobijo al salón de actos, con capacidad para 300 personas y a la biblioteca, coronada por un gran lucernario que inunda de luz sus dependencias.

Luminosidad, por tanto, y contraste estético entre lo tradicional y lo moderno.

En la inauguración del nuevo edificio del Colegio, D. Carlos Carnicer, Presidente del Consejo General de la Abogacía Española, coincidiendo con el decano en la reivindicación de una mayor dotación para la administración de justicia, finalizó su alocución alabando la fundación de la Escuela de Práctica Jurídica, la cual –dijo– junto a la nueva sede, son las mejores garantías de que en las Islas Baleares la legalidad será respetada y los derechos e intereses de los ciudadanos quedarán custodiados de forma correcta.

Hoy podemos afirmar que nuestro Colegio es el mejor de España.

XI.- MESA REDONDA SOBRE “LA JUSTICIA PENAL EN EL BANQUILLO”.

El 29 de mayo de 2014 se celebró una mesa redonda con el sugestivo –y tal vez un poco provocador– título de “La Justicia Penal en el banquillo”. Sin embargo, tanto el Presidente de la Academia como los Académicos que intervinieron en la mesa redonda pusieron de relieve que no se juzgaba en absoluto a las personas que estaban al frente de la tarea de administrar la justicia penal, pues las mismas merecían un absoluto reconocimiento por la extraordinaria labor que venían realizando, en unas circunstancias ciertamente difíciles tanto por la carencia de medios materiales y personales como por el ingente número de causas penales y la complejidad de muchas de ellas. Antes al contrario, el propósito de la mesa redonda era someter a crítica el sistema de administración de la justicia penal y llevar al ciudadano medio una opinión fundada sobre los temas penales de los que tanto se habla hoy en día: doctrina Parot, prisión permanente revisable, declaración de coimputados como fundamento de la condena, anulación de escuchas telefónicas, indulto, etc...

En la ponencia del Académico y reconocido Abogado Penalista Rafael Perera Mezquida se sometió a fundada crítica el afán reformista del Código Penal, la prisión permanente revisable –que no dudó en considerar inconstitucional– y el proyecto de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con la supresión de las

Audiencias Provinciales y con la posibilidad de instrucción de las causas complejas por parte de tres Jueces de Instrucción. Se refirió muy especialmente a la ley 1/2014 de 13 de marzo que suprime de hecho la Justicia Universal y que vino motivada por razones de índole político económico; cerró su disertación extendiendo el rigor crítico a las dificultades para obtener indemnización en los casos de prisión preventiva indebida.

Por su parte, el igualmente Académico y reconocido Abogado Penalista Gabriel Garcías Planas se refirió a diversas cuestiones suscitadas por el tema debatido. Y, en especial, a las sentencias de conformidad, indicando que la conformidad no vincula al Tribunal, narrando el caso en que el Tribunal absolvió a un inculpado que se había conformado con la pena solicitada por el Ministerio Fiscal. Entró en el tema del indulto, mostrándose partidario del mismo, siempre que se cumplan las condiciones establecidas en la propia ley reguladora del indulto. Y señaló, entre otras cuestiones, el carácter discutible de la anulación de la doctrina Parot, pues se da una especial –y posiblemente indebida– relevancia al cálculo penológico hecho por la persona condenada.

XI.1- LA JUSTICIA PENAL EN EL BANQUILLO.

Rafael Perera Mezquida

Excmo. Sr. Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia, Excmo. Sr. Decano del Ilustre Colegio de Abogados, Ilmo. Sr. Juez-Decano, Ilmos. compañeros académicos, Sras y Srs.

Voy a intentar hacer unas aportaciones a esta mesa redonda, con la esperanza de que, inmediatamente después, el Prof. Gabriel Garcías, con su competencia y maestría habituales, y todos Vds, en el coloquio, podrán completarlas.

Todo para tratar de dilucidar si la JUSTICIA PENAL –a la que esta tarde hemos “sentado en el banquillo”– sale, o no sale, airosa del trance.

Y... permítanme adelantarles que, pienso, que sí: Que, pese a sus fallos o puntos débiles (algunos de los cuales van a ser puestos sobre el tapete), sí va a salir airosa.

Y ello, principalmente, por una razón o motivo. Porque la JUSTICIA –y, concretamente– la JUSTICIA PENAL cuenta en su haber con unos protagonistas, unos “primeros actores” excepcionales, que son los jueces: Los jueces españoles; que, salvo contadísimas excepciones, son unos funcionarios bien preparados, entregados y responsables, y..., lamentablemente, mal pagados (en proporción a su función, a su dedicación y a su responsabilidad): Unos funcionarios que –con su esfuerzo– hacen que la Administración de Justicia cumpla su cometido.

- - -

No hace mucho tiempo –permítanme la anécdota– pregunté, en broma, al Juez Decano de los de Palma, Francisco Martínez Espinosa, que nos honra con su presencia: “Dime, Paco, tu “empresa” (porque –le dije–, en el

fondo, tú vienes a ser como un “empresario”, un “manager”, que tiene a tu cuidado que el “aparato empresarial” funcione, ello cuando no has de hacer de “apaga-fuegos” ante las emergencias)..., dime: ¿Cómo funciona tu “Empresa”?

Y él me contestó: Te aseguro, Rafael, que, con los limitados medios humanos y técnicos que tenemos, funciona bastante bien.

Y yo estoy seguro de que el Juez-Decano tenía, y tiene, toda la razón. Sobre todo, teniendo en cuenta –como él apuntaba– las carencias, endémicas, de las que no vamos a hablar, por ser demasiado conocidas.

Sin que pueda desconocerse, por lo demás, y por otro lado, que a tal funcionamiento contribuye decisivamente la ABOGACIA –los abogados–: Los abogados que –no lo olvidemos– son tan imprescindibles como el juez o el fiscal para que la Justicia funcione y actúe: Los abogados que estamos “a pie de obra”, con los justiciables, conociendo y viviendo sus problemas, sus necesidades y... sus frustraciones ante una Justicia a veces ineficaz.

- - -

Y, enseguida, y entrando en materia, quiero recordar, de entrada, que, en esta misma Sala, hace ya más de tres años, tuvo lugar una sesión académica bajo el título “*El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal*”, sesión que tuvo por objeto analizar y valorar la profunda reforma penal que, bajo el Gobierno de Rodríguez Zapatero, tuvo lugar en el mes de junio del año 2010. Y... recuerdo que, en tal sesión, el ponente, partiendo de la idea (certera) de que si hay un Derecho que ha de gozar de estabilidad y permanencia es el Derecho Penal, se lamentaba de que desde la promulgación del llamado “Código Penal de la Democracia” en 1995 ya se hubiesen producido 26 reformas del mismo; y resaltaba que la reforma objeto de comentario (la de 2010) había sido aprobada en el Congreso sin el pleno consentimiento de la Cámara (ya que el principal partido de la Oposición –entonces el PP– se había abstenido en las votaciones). E ironizaba, preguntándose ¿qué pasará si –en el futuro– se produce un cambio de signo político en el Gobierno de la Nación?

Pues bien, estas reflexiones tiene hoy plena actualidad, por cuanto, pasados esos tres años y pico, nos encontramos abocados a una nueva reforma penal, ya aprobada por el Consejo de Ministros: Una reforma que es la más profunda de las realizadas hasta ahora; que supone una auténtica revisión del sistema penal: y que afecta a numerosos artículos que ya fueron reformados en 2010: Una reforma., además, que pretende el establecimiento de la “cadena perpetua”, aunque lo haga con el eufemismo de llamarla “prisión permanente revisable”, etc. etc.

Una reforma, por lo demás, que no parece responder a una demanda social, y que, por si fuera poco, viene acompañada por la que los medios de comunicación han llamado la “Ley estrella del ministro Gallardón”: La Ley que representa una autentica revolución, por cuanto suprime las Audiencias Provinciales, prevé que la instrucción en ciertos casos se lleve a cabo por tres jueces, establece un reparto provincial de asuntos, atribuye a cierta jurisprudencia del T.S. carácter vinculante, y... hace cambios por “hacer cambios”, como lo demuestra el que los actuales “juicios rápidos” pasen llamarse “juicios directos” y que los actuales Secretarios Judiciales sean denominados en lo sucesivo “Letrados de la Administración de Justicia”. Una auténtica revolución.

Algo, queridos amigos, que pienso modestamente que no es bueno para la Justicia, y, concretamente, que no es bueno para la Justicia Penal. Máxime cuando tales cambios parece que no responden a criterios técnicos contrastados, sino más bien a planteamientos ideológicos, y a una inmisión –es doloroso tenerlo que decir– del Poder Ejecutivo en el Poder Judicial, aunque sea a través del Poder Legislativo.

Todo lo cual hace que, ahora y aquí, hayamos de concluir que, posiblemente, nos hemos equivocado y nos estamos equivocando, al haber –esta tarde– sentado en el banquillo a la JUSTICIA PENAL.... Cuando lo que deberíamos haber hecho –con humor– es preparar para ella un hospital o un sanatorio, con buen aire y mucho oxígeno, para que se reponga del zarandeo del que va ser objeto próximamente, si Dios no lo remedia.

- - -

Y, a continuación, con el fin de que el Presidente de la Academia no me reprenda (por haberme salido del tema de la Mesa –que no hace referencia a “sanatorios”, sino a “el banquillo”–) voy a decir dos palabras sobre dos temas –distintos entre sí– que pienso sí merecen el banquillo: Uno, el relativo a la llamada “Justicia Universal”, y, el otro, el referente a la “Indemnización por prisión preventiva indebida”.

El tema de las “Justicia Universal” ha adquirido recientemente actualidad por la promulgación, hace unos meses, de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo: Una ley que ha supuesto la práctica derogación del principio de la Justicia Universal vigente en España desde 1985 (*Aquí: explicación del sentido y contenido de la Justicia Universal*). Una Ley cuyo efecto inmediato y cercano ha sido la puesta en libertad, sin más, con el sobreseimiento de sus causas, concretamente de decenas de narcotraficantes que estaban en cárceles españolas, pendientes de juicio, con petición fiscal de graves penas: Muchos de ellos detenidos frente a las costas de Almería y de

Málaga, en el mar de Alborán, transportando ingentes cargamentos de drogas y estupefacientes.

No es el momento ni el lugar para plantear la cuestión técnica de si el Derecho Penal es un derecho eminentemente territorial, o si en determinados supuestos de delitos que trascienden el ámbito territorial y afectan a la Comunidad Internacional, y de acuerdo con los Convenios y Tratados Internacionales, procede la persecución de tales delitos cometidos fuera del territorio nacional. Pero sí es el momento de decir y de destacar que el aludido reciente cambio de nuestra Ley ha tenido lugar: No por razones de alta política criminal, o por criterios de lucha contra la delincuencia internacional, o respondiendo al contenido de Convenciones Internacionales; sino, sencillamente, por conveniencias o intereses políticos de España: Y, más concretamente, por razones económicas del Gobierno Español. Lo cual merece duro reproche y dura censura, sin duda alguna.

Y los hechos acaecidos –que son conocidos– demuestran que, efectivamente, ha sido así. Habiendo dictado el Juzgado Central nº 2 unas “órdenes de detención internacional a efectos de extradición” contra determinados exdirigentes de la República Popular China, se produjo una protesta del Gobierno chino. (Hay que decir, enseguida, que China es una gran tenedora de “BONOS” españoles –Deuda Pública–). Pues bien: La protesta determinó que: 1) en sólo dos meses el Grupo Parlamentario del P.P. anunciase una “proposición de ley”, para modificar por “ via de urgencia” la norma, y que 2) En sólo 25 días, a velocidad de vértigo, se cumplimentaran los trámites parlamentarios y fuese aprobada y promulgada la nueva Ley, suprimiendo *de facto* la Justicia Universal: Ley que resolvió el problema con China (¡en parte!) y, colateralmente, benefició a los narcotraficantes que estaban en prisiones españolas: Aunque –eso sí– dejó en la impunidad los delitos cometidos, con el grave deterioro que ello representa en la lucha internacional contra el delito. Ni que decir tiene que la O.N.U, y la Corte Penal Internacional no escatimaron las críticas y comentarios desfavorables, habiendo sido calificada tal reforma como una “chapuza”.

Esto es, y esto representa, Señores, una clara inmisión, una clara ingerencia del EJECUTIVO en el PODER JUDICIAL, a través del PODER LEGISLATIVO, valiéndose para ello –y siento decirlo– de las mayorías que el Partido en el Poder tiene el Parlamento. Y esto conculca la reiterada y conocida doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que *“la injerencia del Poder Legislativo en los Tribunales de Justicia, con la finalidad de cambiar el resultado del procedimiento, vulnera el derecho a la “Tutela Judicial Efectiva” y el derecho a un “Proceso con todas las garantías”*. Todo lo cual afecta directamente, claro está, a la Justicia Penal Española.

Por eso sólo, pues, ciertamente, la JUSTICIA PENAL merece estar “sentada en el banquillo”.

Y, para terminar, un breve comentario sobre la otra cuestión: La indemnización por prisión preventiva indebida. Es muy conocido el principio, establecido en la Constitución Española (artº 106), según el cual “*los particulares tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran (en sus bienes o derechos) como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos*”.

Un ejemplo típico, de libro, es el caso del ciudadano al que el Ayuntamiento concede una “licencia de obras” para edificar una casa; y, luego, resulta, que tal licencia está mal dada, fue errónea, por las razones que sea.... Tal ciudadano tiene derecho a ser indemnizado de los perjuicios causados, por funcionamiento normal o anormal de un servicio público, como es el Departamento de Licencias de Obras de un Ayuntamiento. El Consejo de Estado y los Consejos Consultivos, (éstos a nivel autonómico), tienen la materia muy por mano, por cuanto a diario están emitiendo dictámenes sobre reclamaciones de particulares que alegan haber recibido un daño efectivo, individualizado, evaluable económicamente, y en relación de causalidad con el funcionamiento (normal o anormal) de un servicio público cualquiera, como puede ser, es un ejemplo, el servicio sanitario en Hospitales Públicos.

Díganme, pues, Vds., si el ciudadano que ha sido detenido, y ha sido ingresado en prisión preventiva, y ha permanecido en tal situación durante un tiempo, y, luego es absuelto del supuesto delito o su causa es sobreseída, no ha de tener derecho a una indemnización por un daño efectivo, individualizado, evaluable económicamente y en relación de causalidad con el funcionamiento de un servicio público como es la Justicia. Tanto más cuanto que pocos bienes más valiosos puede tener una persona, aparte del bien de la vida, que el de su libertad personal, del que ha sido privado. Y tanto más cuanto que, específicamente, en la Constitución Española (artículo 121) se prevé que “*Los daños causados por error judicial darán derecho a indemnización*”.

Y, sin embargo, es lo cierto que la legislación española vigente que permita conseguir, de hecho, tal indemnización en tales supuestos es sumamente restrictiva. Para convencerse de ello basta examinar la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que sólo tendrán derecho a indemnización (por haber sufrido prisión preventiva) quienes sean absueltos “por inexistencia del hecho imputado y siempre que se hayan irrogado perjuicios”.

La interpretación literal de tal disposición fue flexibilizada a partir de

un sentencia del T.S. de 1989, que, junto a la “inexistencia del hecho”, admitió a efectos indemnizatorios lo que se llamó la “inexistencia subjetiva”, que es lo mismo que hacer referencia al supuesto de que “el encartado no participó en el hecho”.

Pero es lo cierto que, después, posteriormente, el propio T. S. rectificó tal criterio, abandonando la interpretación extensiva aludida: Así resulta del análisis de las Ss. 23 noviembre 2010, 24 mayo 2011, y 11 julio 2011.

Y, ahora, la verdad, uno esperaba que, en un estado social y democrático de derecho, se acometiese la reforma de la L.O.P.J. en el sentido expresado. Pero ello no ha sido así, por cuanto la nueva regulación sólo admite como supuestos que pueden dar lugar a la solicitud de indemnización los dos siguientes: La “inexistencia del hecho”, y “la prisión provisional adoptada de forma manifiestamente errónea o desproporcionada”.

Pienso, pues, que, por esta razón también, la Justicia penal merece haber estado sentada en el banquillo esta tarde.

Muchas gracias.

XI.2- APUNTES SOBRE IDEAS MANIFESTADAS EN UNA MESA REDONDA.

Gabriel Garcías Planas

Bajo el título que se ha dado a la presente Mesa Redonda, “La Justicia Penal en el banquillo”, voy a esbozar una serie de cuestiones tales como, la conformidad, el Indulto, la atenuante de confesión o colaboración con la Justicia y la llamada Doctrina Parot.

En la Ley de Enjuiciamiento Criminal se hace referencia en distintos preceptos a **la conformidad**; así en lo que al Sumario se refiere, en los artículos 688 párrafo 2º, 694, 696 y 697.

En el Procedimiento Abreviado en los artículos 687 y 784.3 y en los Juicios Rápidos en el artículo 801, en cuyo caso comporta una reducción de la pena. También se prevee en los procedimientos que se tramitan por la Ley del Jurado.

Como tiene declarado el Tribunal Supremo, vgr. la Sentencia de 3 de diciembre de 2008, normalmente la conformidad “es fruto de negociaciones entre el Ministerio Fiscal, Acusaciones y defensa, debiéndose respetar, eso sí, el Principio de Legalidad”. Cabe preguntarse porque razón se llevan a cabo estas negociaciones ya que en definitiva suponen una renuncia al derecho de defensa; la contestación sería sencilla, y las razones variadas, pero las mas importantes e incluso frecuentes, serían la de evitar riesgos o auténticos pánicos a tener que pasar por un juicio oral, por eso la confesión no exonera al Juez de la práctica de las pruebas pertinentes. Pues, la conformidad no es una prueba –STS, 21-3-2005– ya que “no se basa en un reconocimiento de autoría sino en una presión”.

Como manifiesta Córdoba Roda –La Ley, 10 de julio de 2012– conformarse no significa que los hechos hayan sucedido; en consecuencia en las Sentencias de conformidad debería, en vez de hechos probados, hablarse de hechos conformados.

Todo ello lleva a que los Tribunales de Justicia y dada la naturaleza pública de la justicia penal puedan imponer una pena inferior a la pactada –STS, 14 de mayo de 2010– e incluso absolver; así habiéndose conformado la acusada con una pena de un año de prisión y seis meses de multa, fué absuelta. Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección Primera de 4 de julio de 2013.

Para concluir esta cuestión relativa a las conformidades, se ha planteado en distintas ocasiones la cuestión de si una Sentencia dictada de conformidad es o no recurrible. En respuesta a ello el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de junio de 2011 ha declarado que sólo son recurribles las Sentencias de conformidad “si no se han respetado los términos de la conformidad”.

En mi opinión, hoy más que nunca se está haciendo en demasía un uso de las conformidades, renunciando así al derecho de defensa porque normalmente supone una reducción de la petición de pena inicial e incluso a veces de responsabilidades civiles y pecuniarias y además se evita la presión que sufre el acusado de tener que pasar por el Acto del Juicio Oral con los riesgos que lleva aparejado.

Una segunda cuestión que se trató en la mesa redonda del 29 de mayo fué el tema del **Indulto**. Se regula por la Ley de 18 de Junio de 1870; y en ella se preveé la solicitud del Indulto Total y Parcial. Cuando se solicita el Indulto Total de la pena el artículo 2.2 de la Ley de 1870 establece que no es necesario que entre tanto se ingrese en prisión, sino estar a disposición del Tribunal. Así, la Real Orden de 24 de diciembre de 1914 consideró que se está a disposición del Tribunal si se habita en la demarcación del mismo.

Con la aparición del Código Penal de 1995, en el artículo 4.4 párrafo 2º se establece que “podrá el Juez o Tribunal suspender la ejecución de la pena, mientras no se resuelva sobre el indulto, cuando de ser ejecutada la Sentencia, la finalidad de ésta pudiera resultar ilusoria”.

En cuanto al Indulto Parcial, plantea mayores problemas, ya que se solicita únicamente el Indulto de una parte de la pena. A diferencia del supuesto anterior del Indulto Total, parece claro que tiene que imperar el criterio opuesto, es decir, el inicio del cumplimiento de la pena impuesta; así el artículo 32 de la Ley de Indulto afirma que “la solicitud o propuesta del Indulto Parcial no suspenderá el cumplimiento de la Sentencia ejecutoria ...” argumento al que debe añadirse otro mas discutible y con una serie de problemas derivados, cual es, el de la propia naturaleza de la pena impuesta e indultada. Vgr. si una persona es condenada a cuatro años y finalmente es indultada a uno, si consideramos que la pena es la impuesta en la Sentencia –es decir 4 años– es evidente que el condenado debe iniciar el cumplimiento.

Si por el contrario consideramos, que la pena propiamente dicha es la resultante del indulto concedido, es decir un año, el aplazamiento es la norma general.

La postura dominante se inclina por la primera de las tesis expuestas, es decir, por considerar que la pena es la señalada en la Sentencia. Porque el Indulto no supone una novación de la pena, sino que el Indulto es una Gracia, un perdón de parte de una concreta pena.

A modo de conclusión, podemos, establecer, que en los supuestos de Indulto Total la regla general debería ser la suspensión del cumplimiento de la pena, debiendo ser en cualquier caso el Tribunal sentenciador, oído el Ministerio Fiscal y las demás parte, quién tome la decisión que en cualquier caso deberá ser motivada.

Por otra parte, en los casos de petición de Indulto Parcial, la regla general debería ser el inicio del cumplimiento de la pena durante la tramitación del expediente del Indulto. Y cuando el expediente del Indulto no haya concluido y el penado haya cumplido la condena que resultare de concederse el Indulto, la regla general debe ser su puesta en libertad provisional hasta la conclusión del expediente, mediante decisión motivada del Tribunal sentenciador, oído el Ministerio Fiscal y las demás partes acusadoras.

En los últimos tiempos han aparecido corrientes contrarias a la aplicación del Indulto de conformidad con lo establecido en la mencionada Ley de Junio de 1870. Sin embargo, soy partidario de que se mantenga cuando se den las condiciones auténticas que la Ley del Indulto prevé.

Expondré a continuación, de manera breve la **circunstancia atenuante de confesión**; el artículo 21 apartado 4º del Código Penal que dice textualmente “la de haber procedido el culpable, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra él, a confesar la infracción a las autoridades”. En la atenuante de confesión ha dejado de exigirse que tenga lugar “por impulsos de arrepentimiento espontáneo”; pues este requisito daba pie a una posible interpretación moralizante del fundamento de la atenuación que no era deseable.

Plantea problemas cuando la confesión no se dirige únicamente contra el confesante, sino que involucra a terceras personas –cuestión muy similar al llamado “Derecho Premiante” del que nos habló Dorado Montero–; es entonces cuando esas declaraciones sorprendidas, denominadas por algún autor “paracaidismo procesal” dejan desorientado a los defensores de las mismas, pudiendo quedar mermada en buena medida, su estrategia de defensa.

Para concluir este punto, en los últimos tiempos se ha venido planteando la eficacia de la confesión cuando las autoridades judiciales hubiesen podido llegar al fondo de la investigación por otros medios; recientemente el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de mayo de 2014 ha puesto de manifiesto que “la atenuante de confesión no puede excluirse en cualquier supuesto en que concurren pruebas adicionales que permitirían la identificación del autor sin necesidad de la confesión. Lo que se valora es la colaboración del autor a la investigación de los hechos y sus regresos al ámbito del ordenamiento”.

La Doctrina Parot nació a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo nº 197/2006 de 28 de febrero, ésta se había dictado contra un auto de 26 de abril de 2005, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Antes el límite máximo de cumplimiento de la pena era de treinta años, según lo establecido en el artículo 70.2 del Código Penal de 1973 y sobre éstas se aplicaban los beneficios penitenciarios, básicamente la redención de penas por el trabajo del artículo 100 del Código Penal vigente entonces.

Con la Sentencia de 28 de febrero de 2006 se proclamó que la pena de treinta años, no era una pena nueva, sino el límite máximo que el condenado podía cumplir y ello suponía el cumplimiento de las distintas penas por orden de gravedad; así cuando la primera se extinguiese, se pasaría a cumplir la segunda y así sucesivamente.

Por ello, una serie de condenados se vieron lesionados en sus derechos y recurrieron al Tribunal Constitucional y otros, como D^a I. D. R. P., recurrió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que dictó la Sentencia de 21 de octubre de 2013, estimando su recurso.

Con el Código Penal de 1973 el artículo 69 establecía el Principio de acumulación material y el 70.1 se refería al cumplimiento sucesivo en aras a la gravedad de la pena; y el 70.2 establecía el límite temporal.

En consecuencia, antes de la llamada doctrina Parot, la pena de treinta años se consideraba una nueva pena sobre la que se aplicaban los beneficios penitenciarios.

A raíz, de la aprobación del Código Penal de 1995 se suprime la redención de penas por el trabajo y se modifican en su artículo 76 las limitaciones temporales, que con carácter general no podrán exceder de veinte años.

La Sentencia de 28 de febrero de 2006 no supuso un cambio jurisprudencial, pues, si bien es cierto que con anterioridad la Sentencia de 8 de marzo de 1994 mantenía la tesis contraria, ésta no había creado

jurisprudencia ya que como exige el artículo 1.6 del Código Civil para que cree jurisprudencia tiene que ser reiterada.

Con posterioridad a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2006, muchos internos recurrieron ante el Tribunal Constitucional considerando que se había vulnerado el principio de legalidad y el de tutela judicial efectiva, el de igualdad y el de libertad. De igual forma consideraban que se había vulnerado el artículo 25.2 de la Constitución Española, relativo a la resocialización del delincuente. Sólo en unas pocas ocasiones el Tribunal Constitucional admitió el amparo, entre ellas, la Sentencia de 29 de marzo de 2012 y 24 de mayo del mismo año.

Por último la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de octubre de 2013 estimó la demanda presentada ante el mismo el 3 de agosto de 2009, tras haber sido rechazada por el Tribunal Constitucional, por no haber acreditado la demandante la trascendencia constitucional de sus quejas.

Alegó la demandante que su estancia en prisión desde el 3 de julio de 2008 vulneraba el artículo 5.1 del Convenio de protección de derechos humanos y libertades fundamentales. Así como el artículo 7 del mismo al aplicarse retroactivamente un cambio jurisprudencial. Y aún cuando admite la Sentencia que la jurisprudencia lógicamente puede cambiar, sin embargo al existir Sentencias como la de 8 de marzo de 1994 antes citada, ello supone que la demandante podía creer mientras cumplía su pena de prisión que las redenciones de pena por el trabajo serían aplicadas sobre el máximo de condena a cumplir de treinta años. Y así el TEDH consideró en la Sentencia que la nueva forma de aplicar las redenciones de pena por el trabajo no puede considerarse como una medida que afecta exclusivamente a la ejecución, sino que lleva a una redefinición del alcance de la pena impuesta, por lo que esta incursa en el artículo 7 del convenio.

Concluimos diciendo que el Tribunal Constitucional consideró que es una medida de ejecución y que no impone pena mayor, ni sobrepasa el límite de la pena. No la prolonga sino que no la acorta.

En mi opinión la citada Sentencia del TEDH de 21 de octubre de 2013 es más que discutible y en consecuencia es lógico y comprensible que las víctimas y perjudicados se muestren en contra. Pero por otra parte, hay que pensar que se aplica tras condenas muy largas por delitos muy graves, y que no creo que en los años que se reducen se produjese la resocialización del condenado, principal finalidad a la que está orientada la pena, pero no la única ya que también tiene una finalidad aflictiva (prevención especial) que está inserta en las razones de política criminal que el Legislador ha

considerado para la inclusión del injusto en las Leyes penales (en este sentido STS, 28-2-2006).

En definitiva, como señala Gimeno Sendra –La Ley 2898/14–, “la reciente Sentencia dictada por el Tribunal Europeo, por la que declara contraria a los artículos 7 y 5.1, CDEH, la Doctrina Parot, no sólo ha supuesto la excarcelación de múltiples reclusos condenados por los mas atroces delitos, sino que ha venido también a consagrar un nuevo Derecho fundamental, cual es, el que asiste a todo recluso a no ser condenado por una pena mas grave que la establecida en la Ley, tal y como ha venido siendo interpretada por la Jurisprudencia, lo que puede ocasionar la petrificación de la Doctrina legal del Tribunal Supremo, a la vez que ha puesto de relieve la necesidad de establecer un nuevo motivo de recurso de revisión.

XII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PÚBLICO.

El tema elegido como objeto de estudio por la Comisión Académica de Derecho Público es de un notorio interés para los juristas. Y ello por la elemental razón de que las leyes se expresan mediante palabras, de ahí que el lenguaje se constituya en la forma de expresión y conocimiento de las normas jurídicas. Siempre ha sido una preocupación lógica de los juristas el lenguaje de las leyes; y, en este sentido, tenemos el testimonio de Montesquieu y Bentham, para quienes las leyes debían tener un lenguaje claro, preciso, sencillo y asequible. Obviamente, la realidad nos muestra que dista mucho de ser así.

En el seno de la Comisión Académica de Derecho Público se han elaborado cuatro estudios sobre el lenguaje jurídico. Dos ellos debidos al Académico Tomás Mir de la Fuente. En el primero –“El lenguaje de las leyes (destinadas al ciudadano medio)”– realiza un pormenorizado estudio de las directrices de técnica legislativa del Gobierno central, así como de las normas de técnica legislativa de las Comunidades Autónomas, teniendo, además, un emocionado recuerdo a un Académico de grata memoria –Félix Pons Irazazábal–, quien, en 1997, impartió una conferencia con el sugestivo título de “¿Deben hacer las leyes los juristas?”. En el segundo de los artículos –“La mayúscula inicial en las palabras de las leyes: particularmente, en estado y derecho”– aborda, con el rigor habitual, el confucionismo que, en esta materia, se ha introducido hoy en nuestra realidad social, terminando con una distinción que era lo primero que se aprendía en las Facultades de Derecho, cual es la que diferencia nítidamente el Derecho como norma y el derecho como facultad subjetiva.

En el tercero de los estudios publicados –cuyo título es “Algunes consideracions sobre el llenguatge de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears”– el Presidente de la Academia Miquel Masot Miquel pasa revista a las numerosas contradicciones entre los textos catalán y castellano de la Compilación del Derecho civil de las Illes Balears, en la redacción dada por la ley 8/1990 de 28 de Junio y texto refundido que aparece en el Decreto Legislativo 79/1990 de 6 de Septiembre, haciendo especial hincapié en la presumible ausencia de juristas entre quienes hicieron la traducción al catalán del texto castellano redactado por la Comisión de Juristas, que sirvió de base para los trámites parlamentarios, y que llega a confundir “el modo” –elemento accidental del negocio jurídico juntamente con la condición y el plazo– con “la forma” –modo de exteriorización del negocio jurídico–, así como “parciario” –perteneciente al contrato de aparcería– por “entre parts”.

Y en el último de los estudios reunidos –“Alternativas terminológicas a la condición de imputado”–, el Académico Antonio J. Terrasa García analiza, con gran rigor técnico, las posibles formas de designar a las personas contra las que se siguen causas penales, partiendo del análisis de la condición de imputado en el proceso penal, con la debida distinción entre imputación material –el inicio de la investigación depuradora de las responsabilidades penales derivadas de unas conductas reprobables– e imputación formal –que supone la atribución de posible criminalidad a sus autores, por haber la investigación proporcionado suficientes elementos indiciarios–. Examina también, entre otros aspectos, lo que llama simplificación terminológica, que se aprecia en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, en los que la palabra “imputado” aparece sustituida por “encausado” o “investigado”, sin perjuicio de alguna alusión al “sospechoso”.

Es de justicia destacar que la elección del lenguaje jurídico como tema de estudio por parte de la Comisión Académica de Derecho Público fue debida a una sugerencia del Académico Tomás Mir de la Fuente, dando fe del acierto de la misma el hecho de que se esté estudiando la realización de unas jornadas interacadémicas, en las que las cuatro Academias de nuestra Comunidad Autónoma someterían a estudio el lenguaje como forma de expresión y comunicación de los conocimientos propios de cada una de ellas, pues es de la mayor evidencia el interés del tema no sólo para los juristas, sino también para la medicina, las bellas artes y los estudios históricos.

XII.1- EL LENGUAJE DE LAS LEYES (destinadas al “ciudadano medio”).

Tomás Mir de la Fuente

I. LA LEGÍSTICA.

Las palabras son sólo, pero, nada menos, que, la letra de la ley. El legislador debe poner cuidado en usarlas, puesto que a través de ellas manifiesta lo que dispone. Suele ponerlo.

Para mejorar la técnica legislativa está la Legística. Denominación provisional de una nueva ciencia, que no es exclusivamente jurídica, en palabras de FÉLIX PONS IRAZAZÁBAL. Que, en 1997, en una conferencia titulada ¿Deben los juristas hacer las leyes? ¹, ponderó la utilidad del Cuestionario-guía para la elaboración de las normas de la República Federal Alemana. Como haría hoy, sin duda, de las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, aplicables a los anteproyectos de ley, proyectos de real decreto legislativo, de real decreto-ley, de real decreto, propuestas de acuerdo del Consejo de Ministros y, en todo lo posible, a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el Boletín Oficial del Estado², con el propósito de elevar su calidad técnica³.

1.- Respondiendo que no, por más que puedan proponerlas, informarlas y corregirlas, y, aún, que sea imposible legislar sin su ayuda y asesoramiento.

2.- De los actos administrativos singulares, cuyo lenguaje no es el de las leyes sino el administrativo, no trata, y no lo haremos nosotros, aunque, por frecuentemente jurídico, suelen confundirse. FERNANDO VILCHES VIVANCOS, en *Texto y contexto en el lenguaje administrativo ¿Por qué no nos entienden los ciudadanos?* EAR Toledo 2009, cita, entre lo que los franceses llaman “las palabras que hacen sufrir”: abrogar, advenir, apremio, coadyuvar, insaculación, litispendencia, sinalagmático...
.../

II. DIRECTRICES DE TÉCNICA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO.

Particularmente nos interesan las Directrices 101 y 102, que integran el ordinal IV, sobre Criterios lingüísticos generales, y que se rubrican, respectivamente, *Lenguaje claro y preciso, de nivel culto, pero accesible, y Adecuación a las normas lingüísticas generales de la Real Academia Española.*

1. La Directriz 101.

a) Dispone lo siguiente:

El destinatario de las normas jurídicas es el ciudadano⁴. Por ello deben redactarse en un nivel de lenguaje culto, pero accesible para el ciudadano medio⁵, de manera clara, precisa y sencilla.

Se utilizará un repertorio léxico común, nunca vulgar, y se recurrirá cuando proceda, al empleo de términos técnicos dotados de significado propio; en ese caso, se añadirán descripciones que los aclaren y se utilizarán en todo el documento en igual sentido.

Se evitará el uso de extranjerismos cuando se disponga de un equivalente en castellano, la utilización de palabras y construcciones lingüísticas inusuales, así como la españolización de términos extranjeros cuando en nuestro idioma tienen otro significado, y es conveniente mantener una terminología unitaria a lo largo del texto.

La claridad y sencillez exigen respetar el orden normal de los elementos de la oración, prescindiendo del hipérbaton, y evitar todo aquéllo que, sin aportar precisiones de contenido, complique o recargue innecesariamente la

/... 3.- En el Preámbulo se habla de mejorar la calidad del “producto”, para luego añadir, que, su objeto fundamental es lograr un grado mayor de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental. Pues, según dice, con vocabulario un tanto industrial, acaso informático, se trata de una “herramienta” que permite elaborar las disposiciones con una sistemática homogénea y ayuda a utilizar un lenguaje correcto, de modo que puedan ser comprendidas por los ciudadanos.

4.- En su tercera acepción para el Diccionario de Lengua Española de la R. A. E., es habitante... de Estados modernos, como sujeto de derechos políticos y que interviene, ejercitándolos, en el gobierno del país.

*5.- Para el Diccionario de la Lengua Española, en su cuarta acepción, es lo que corresponde a los caracteres o condiciones más generales de un grupo social, pueblo, época, etc. *El español medio*. El hombre medio de nuestro tiempo. La cultura media de aquel siglo. La riqueza media de tal país.*

redacción de la norma: emparejamiento de sinónimos léxicos o sintácticos (una actitud clara y manifiesta; exhibió e hizo ostentación); epítetos triviales (“fiel” en fiel reflejo, “claro” en claro exponente); perífrasis superfluas (ser de aplicación por aplicarse). En esa misma línea, se evitará el uso de formas de pasiva para aquellos casos en que el español tiene en las oraciones activas o en la pasiva con “se” su forma más adecuada de expresión: “Los solicitantes rellenarán las solicitudes con letras mayúsculas” y no “serán rellenadas las solicitudes con letras mayúsculas por los solicitantes”

El decoro lingüístico de las normas jurídicas obliga, dentro de la sencillez, a cuidar la propiedad y huir de la pobreza de expresión. Se incurre en ella cuando, por ejemplo, se echa mano de verbos de sentido muy general: hacer una queja o hacer un expediente, en vez de formular una queja o incoar un expediente; o cuando se abusa de comodines léxicos difundidos: paquete de medidas por conjunto de medidas o, simplemente, medidas.

b) Esa Directriz, aparte de por lo que previene (imponiendo, de acuerdo con el artículo 3 del Acuerdo del Consejo de Ministros, a la Dirección General del Secretariado del Gobierno su correcta aplicación), llama la atención porque comienza afirmando, con rotundidad y sin matices, algo, jurídicamente hablando, tan sorprendente (aunque muy congruente con las referencias del Preámbulo al producto y la herramienta), o, por lo menos, tan discutible, como que el destinatario de las normas jurídicas es el ciudadano.

Tal aserto no se contenía en las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley, aprobadas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991, que afirmaba en su Preámbulo: *Claridad y precisión, rigor y exactitud, coherencia y armonía de las Leyes, tanto internamente como con el conjunto del ordenamiento jurídico, no sólo redundan en pro de los intérpretes y juristas sino, fundamentalmente, en beneficio de los destinatarios de las normas, en la medida de que todo incremento en la seguridad jurídica ha de reducir considerablemente la litigiosidad y los conflictos.* Al igual que, en la Orden del Ministerio de Defensa 50/1985, de 30 de septiembre, se decía que el texto será claro, de forma que sólo admita una interpretación.

No se trata de discutirlo. Para esto están los filósofos del Derecho. Sólo recordaré algunos textos de dos sabios, civilistas españoles de peso, cuyo relativismo compartimos.

JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS⁶, al referirse al problema del destinatario

6.- *Derecho Civil Español Común y Foral.* Tomo I Introducción y parte general Volumen I Ideas generales. Teoría de la norma Jurídica. 10^o. Instituto Editorial Reus. Madrid 1962.

de la norma jurídica⁷, afirmaba: No parece posible, en realidad, dar una solución general y única al problema de quienes sean los destinatarios de la norma jurídica. Esto dependerá, en todo caso, del contenido y el fin de las normas. Las normas que tienen por objeto la vida social, la conducta privada o pública de los ciudadanos, van dirigidas primordial y principalmente a éstos. Pero hay otras normas, las llamadas de aplicación, internas o de oficio, que no tienen más finalidad que fijar la competencia o el procedimiento a que ha de ajustarse los jueces o los demás órganos del Estado que tienen a su cargo funciones administrativas, notariales, jurisdiccionales, etc., y que, por ende, se dirigen de modo exclusivo a los funcionarios correspondientes

MANUEL ALBALADEJO GARCÍA⁸ decía: Los particulares, funcionarios, autoridades y órganos del Estado ¿son siempre –todos o algunos de ellos– destinatarios de todas y cada una de las normas por las que se rige la comunidad, o únicamente lo son aquellas que les afecten (por tener que cumplirlas o aplicarlas o hacerlas cumplir)? Consideramos preferible, dentro de lo discutido de la cuestión, la segunda solución.

La Directriz que comentamos, en esto, nos parece excesiva. Pero su exceso no es mayor que el de hablar de un *derecho del ciudadano a comprender las normas jurídicas*, que no proclama ni la Constitución Española ni siquiera los Estatutos de autonomía de la tercera generación, ni la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común. Ni siquiera la Carta de Derechos del ciudadano ante la Justicia⁹, que hace de la claridad del Derecho una política pública y reconoce a la ciudadanía el *derecho a comprender*¹⁰. Del que se habla en el informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico,

7.- Después de aludir a unos –como Biling– que decía que las normas se dirigen a los súbditos, a los que, con las obligaciones o limitaciones en ellas establecidas, imponen, prohíben o permiten hacer algo, a otros –como Mayer, Ehrlich– para quienes se dirige a los órganos del Estado, y a los jefes y funcionarios llamados a aplicar las leyes y velar por su observancia, y, aún, a otros opinantes, que señalan diversa dirección a las normas según la naturaleza pública o privada de las relaciones que regulan, o que reconocen en ellas dos imperativos inseparables: uno dirigido a los súbditos y otro a los órganos del poder estatal.

8.- *Instituciones de Derecho Civil*. Librería Bosch. Barcelona 1960.

9.- Aprobada el 16 de abril de 2002 por el Pleno del Congreso de los Diputados.

10.- Cuando dice que el ciudadano tiene derecho a que las notificaciones, citaciones, emplazamientos y requerimientos contengan términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de del elementos intimidatorios innecesarios; y a que, en las vistas y comparencias, se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho; y a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de la mejor técnica.

constituida el 30 de diciembre de 2009, en el Ministerio de Justicia, elevado, con recomendaciones, a los profesionales del Derecho (entre los que están ni el legislador ni los titulares de la potestad reglamentaria, cuya producción emplean para realizar su labor) y a las instituciones (que identifica con el Ministerio de Justicia, las CCAA, el CGPJ y la Fiscalía General del Estado, los colegios profesionales de abogados, procuradores y graduados sociales, las universidades y la Administración educativa en general, las instituciones penitenciarias, las fuerzas y cuerpos de seguridad y los ayuntamientos).

En el estudio de campo, sobre el lenguaje de las normas, del citado informe, elaborado por un equipo de investigación, dirigido por Salvador Gutiérrez Ordóñez, de la Real Academia Española, se resume la situación diciendo, que *el legislador obedece a una tradición textual heredada y asimilada de forma inconsciente y continua a lo largo de sus años de estudio y formación; se repiten pautas, se calcan modelos y se reproducen estructuras que se han heredado de periodos en los que ha dominado una concepción barroca del lenguaje legal, para abogar por una redacción comprensible, que rompa con una tradición inveterada que afecta a la sintaxis de los enunciados, a la configuración de los párrafos y a la conexión textual, que se aleja del resto de textos que maneja el ciudadano. La longitud y complejidad de la construcción de las oraciones, periodos, párrafos; la manera de ensamblarlos con marcadores de discurso y expresiones obsoletas: las particulares formas de denotar y referirse a hechos, conceptos y objetos, contribuyen a que el ciudadano se pierda como si estuviera en los laberintos callejeros de una ciudadela. El resultado es siempre el mismo: el ciudadano no entiende, ni en el nivel más bajo de comprensión, las leyes que garantizan sus derechos y formulan sus obligaciones.*

No se puede olvidar, dice LUÍS DÍEZ PICAZO¹¹ que, por lo menos, “una buena parte de las leyes son redactadas o puestas en solfa¹² por juristas y dirigidas, también primordialmente, a los juristas. Por ello en lenguaje legal y el de los juristas¹³ sufren continuas interconexiones. Notaciones del lenguaje de los juristas tienen entrada en el lenguaje legal, con lo que su significado adquiere algún esoterismo y tienen que ser entendidas con el valor convencional que en el metalenguaje tienen. Hay que admitir una

11.- LUÍS DÍEZ PICAZO. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel quincenal. Ediciones Ariel. Barcelona. 1973.

12.- En el Diccionario de la Lengua Española (22ª ed.), se dice, de poner algo en solfa: fr. coloq. Hacerlo con arte, regla y acierto. Y, de estar algo en solfa: coloq. Estar escrito o explicado de una manera inteligible.

13.- Juan Ramón Capella, *El Derecho como lenguaje*. Ediciones Ariel. Barcelona 1868., atribuye la formulación definitiva de la distinción, a Wolblewiski.

cierta tecnificación que facilita la comprensión a los iniciados y determina una economía de tiempo y de esfuerzos”.

c) Si la Directriz 101, sobre lenguaje claro y preciso, de nivel culto pero accesible, se cumple, es posible que mejore el lenguaje de algunas normas jurídicas. Y no las más importantes, como son las legales, ni la mayor parte, que no son estatales sino de las Comunidades Autónomas. Y solamente las nuevas.

El destinatario de las Directrices es el propio Gobierno del Estado y la Administración General que dirige¹⁴. No lo es el ciudadano, ni siquiera sus representantes en las Cortes Generales (y no digamos los miembros de las Asambleas legislativas de las Comunidades autónomas ni sus Consejos de Gobierno u otros órganos con potestad reglamentaria), pues las leyes no las aprueba él, por más que tenga iniciativa legislativa en las materias que sean de competencia estatal, sino el Parlamento. Sus reglamentos, si quiere, se ajustarán a las aspiraciones de su Acuerdo de 22 de julio de 2005, pero ello no evitará que el resto de normas del ordenamiento jurídico ya producidas, en tanto no se deroguen, y las que no produzca él, tengan la calidad lingüística que tenían al serlo. Algunas altísimo, pero, por más que centenarias, de otra época. Pues *las Leyes solo se derogan por otras Leyes posteriores*, como decía el Código civil de 1889, cuyo artículo 5 añadía, y *no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o práctica en contrario*¹⁵.

d) El legislador¹⁶, sobre todo el decimonónico, nunca ha dejado de aspirar a ser entendido, consciente del riesgo de la oscuridad¹⁷. El artículo 7 del Código civil, sustituido en 1975, por un artículo 3.1, sobre normas de

14.- El artículo segundo del Acuerdo aprobatorio ordena a la Dirección General del Secretariado del Gobierno velar por la correcta aplicación de las directrices con el apoyo de las Secretarías Generales Técnicas de los ministerios.

15.- El artículo 2.2, hoy, después de su reforma en 1975, dispone que les leyes sólo se derogan por otras posteriores, añadiendo que la derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia la que ésta hubiere derogado.

16.- *In legibus magis simplicitas quam difficultas placem. Simplicitas legem amica. Leges breves esse oportet quo facilibus ab imperitis teneatur.* En las leyes la simplicidad es mejor que la dificultad. Las leyes deben ser breves de modo que puedan ser más fácilmente entendidas por los ignorantes. *Los rodeos y la excesiva sofisticación de las leyes las corrompen y deben ser por ello evitados por el legislador y el juez que las aplica.*

17.- *Lex semper habet remedium. Lex semper loquitur. Lex non debet deficere conquerenti - bus in iniustitia exhibenda. Aliud est obscuritas, aliud ambiguitas. Ambiguum quidem per obscurum est, non autem omne obscurum est ambiguum.* La ley siempre tiene remedio. La ley siempre se manifiesta. La ley no debe abandonar a quien pide que se haga justicia. Una cosa es la oscuridad y otra la ambigüedad. Todo lo ambiguo es oscuro, pero no todo lo oscuro es ambiguo.

interpretación (redactado *con un cierto sabor de libro de texto* o por pura *elegantia iuris*¹⁸), lo sabía, disponiendo la responsabilidad de juez que rehusara fallar so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la Leyes, siguiendo al Code Napoleón, que contenía normas sobre interpretación. Es conocida la anécdota de que éste, al tener noticia de la aparición del primer comentario al Código Civil, exclamó: ¡Mi Código está perdido!¹⁹

La Exposición del Ministro de Gracia y Justicia a la Reina regente, proponiéndole el proyecto de decreto de publicación del Código civil español, lo presentó ya como un monumento legislativo armónico, sencillo y claro en su método y redacción. Como ha sido. VIDAL RIBERA SABATÉS²⁰ recuerda como, incluso durante la inicial y prolongada valoración doctrinal hostil, luego atenuada, el Código mereció frecuentemente el reconocimiento de su lenguaje claro, nítido, sencillo, simple, lozano, corriente y asequible. A partir de 1948, y gracias a un discurso de ANTONIO HERNÁNDEZ GIL²¹, la doctrina ha coincidido en decir que sus artículos están redactados en un sabio y magnífico castellano, en una prosa pulcra y reposada, dotada de gran elegancia y concisión, que huye por sistema de la exageración lingüística y destierra cualquier muestra de léxico abigarrado o retórico o de sintaxis

18.- Vid. VICENTE TORRALBA SORIANO, en su comentario al artículo 3.1, de los *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo título Preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*. Ed. Tecnos. Madrid. 1977. pág. 154. Cita a LUIS DÍEZ PICAZO, *El derecho privado español de los años setenta*. Separata de *El Estado y la Política*. Vol. III de La España de los años 70. Madrid. 1974., para quien, desde el punto de vista de la efectividad, y, en cuanto consagración de opiniones doctrinales, supone una reforma que no reforma nada o trata de conceder una relevancia mayor al Derecho judicial (jurisprudencia como fuente, vinculación del intérprete, equidad, etc.), lo que, si se tradujera en una mutación efectiva de la realidad social, sería, sin duda, para crear una grave inseguridad jurídica. La Exposición de Motivos de la reforma, que dijo que, en ningún caso, es recomendable una fórmula hermenéutica cerrada y rígida, se remitió al mandato de la Ley de Bases, que decía: Se establecerán aquellos criterios fundamentales para la interpretación de las normas que, sin hallarse formalmente determinados por el Código en su Título Preliminar, han sido inducidos por la jurisprudencia o elaborados por la doctrina.

19.- Según J. CARBONNIER, los comentarios al Código civil fueron el género literario dominante en la doctrina civil de su tiempo.

20.- *Elogio del lenguaje del Código Civil*. Foro Nueva Época. Núm. 10/2009. Págs. 55-68. Para él, destaca por su claridad, elegancia y concisión. El carácter popular y el espíritu práctico del texto compensan con creces ciertas imperfecciones técnicas del mismo. Su estilo fluido y espontáneo permite la fácil lectura y comprensión de los artículos por el *ciudadano medio*. Comienza, recordando la confesión epistolar de Stendhal de que, antes de coger la pluma, para despojar su estilo, como por ensalmo, de toda gala verbal o perendengue esteticista innecesario, solía leer una páginas del Código civil francés.

21.- *En defensa del Código civil*. Conferencia en la Escuela Social de Madrid. Publicada en RDP, año XXXIII, núm. 378, septiembre 1948. Precursor del cambio fue Federico de Castro y Bravo en su Derecho Civil de España. Valladolid. 1942.

almibarada; la imperfección técnica está contrarrestada por su innegable carácter popular y espíritu, lo que hace el texto de fácil lectura y comprensión por el ciudadano. Federico de Castro y Bravo²² dijo que la valoración técnica del Código hay que hacerla conforme a su carácter popular.

e) En cualquier caso, la claridad de las leyes, por imperativo legal, en contemplación de su destinatario popular, evoca algunos textos literarios, sobre el teatro. Como el de Leandro Fernández Moratín, que, en *El teatro nuevo* o *El Café*, clama por *un lenguaje decoroso, en el sentido ilustrado, es decir que la expresión lingüística se ajuste –como sucede en la realidad– a su extracción social*. O el de Lope de Vega, en el *Arte nuevo de hacer comedias en este tiempo*, cuando, en sede académica²³, dice *Saco a Terencio y Plauto de mi estudio, para que no me den voces (que suele la verdad dar gritos en libros muchos) y escribo por el arte que inventaron los que el vulgar aplauso pretendieron, porque como las paga el vulgo, es justo hablarle en necio para darle gusto*. Pero también: *¡Llaneza! muchachos, que toda afección es mala; que hay que hablar con propiedad y según su situación, pues no es lo mismo la dicción y el estilo del lenguaje del cómico que el del político, no se dice igual una sentencia que un consejo*. O, incluso el de Gonzalo de Berceo, sobre el *roman paladino* (romance normal y corriente, comprensible y sin pretensiones, del mester de clerecía), *en el que suele ahora el pueblo hablar a su vecino, y no en latín (propio de letrados) ni poesías (del mester de juglaría)*²⁴.

2. La Directriz 102.

a) Dispone lo siguiente:

Adecuación a las normas lingüísticas generales de la Real Academia Española. *La redacción de los textos seguirá las normas gramaticales y ortográficas de la Real Academia Española y su Diccionario. Las dudas que*

22.- *Compendio de Derecho Civil*. I Introducción al Derecho Civil. IEP. Madrid. 1964.

23.- En 1609, en la Academia del Conde de Saldaña, donde se discutía sobre poética aristotélica. ALONSO ZAMORA VICENTE, en *La Real Academia Española*. Espasa Calpe. Madrid 1999.

24.- Las primeras leyes, parece, estaban escritas en verso, en forma de dísticos, para su fácil memorización. Lo que era posible, al ser pocas. Cuando aún tenía prestigio la memoria, el artículo 7 del Título I, Del soldado, del Tratado II de las Ordenanzas del Ejército, disponía: para que nunca alegue ignorancia que le exima de la pena correspondiente a la inobediencia que cometa, debe *saber con precisión* el nombre de los cabos, sargentos y oficiales de su compañía, de los abanderados, ayudantes, comandantes, tenientes coroneles y coronel, y estar *bien enterado de las leyes penales*, que se le leerán una vez al mes. Y el 1, del Título Del sargento, que *sabrás de memoria* todas las obligaciones de soldado y cabo, como *las leyes penales*, para enseñarlas y hacerlas cumplir.

puedan presentarse se resolverán de acuerdo con lo establecido en el Diccionario panhispánico de dudas que la Real Academia Española ha consensuado con todas las Academias de América y Filipinas.

La Subsecretaría de la Presidencia, con la colaboración de la Real Academia Española, elaborará unas instrucciones complementarias de tipo práctico que ayuden a aplicar los criterios lingüísticos generales en disposiciones y normas oficiales. Dichas instrucciones formarán parte de estas directrices.

b) El Consejo de Ministros, por Acuerdo de 30 de diciembre de 2009, constituyó una Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico, presidida por el Secretario de Estado de Justicia y vicepresidida por el Director de la Real Academia Española, que recibió el encargo de presentar un informe de recomendaciones sobre el lenguaje empleado por los profesionales del Derecho con la finalidad de hacerlo más claro y comprensible por los ciudadanos²⁵.

El informe²⁶ se presentó en septiembre de 2011, y, en las recomendaciones a las instituciones dichas, afirma que tienen la responsabilidad compartida de tomar medidas para garantizar *el derecho a comprender por parte de los ciudadanos*, impulsando las que permitan acercar el lenguaje jurídico a los ciudadanos y poner al alcance de los profesionales del Derecho los medios suficientes para la búsqueda de la excelencia en su expresión lingüística.

En la página web del Ministerio de Justicia, en la referencia a la Comisión General de Codificación, se dice que parece conveniente que exista un órgano especializado de estilo y asesoramiento en materia de técnica normativa y que, desde una óptica objetiva, la Comisión, convertida en auténtico Consejo General de Legislación²⁷, es la institución idónea para albergar una unidad competencialmente habilitada a tales efectos.

c) La autoridad de la Real Academia Española y su Diccionario, cuyas normas gramaticales y ortográficas seguirá la redacción de los textos, se refuerza en el apartado V de las Directrices, con el título de Apéndices, en

25.- GUSTAV RADBRUCH, al que cita PEDRO J. HERNANDO GARDE, en *La Técnica legislativa: una aproximación a su regulación en el Derecho comparado. Homenaje a Luis Rojo Ajura. Universidad de Cantabria. 2003.*, dijo en 1948 que el lenguaje de la ley y el lenguaje de los juristas son objeto de frecuentes censuras, aunque por razones opuestas: mientras el lenguaje legal se le reprocha la aridez y pobreza, el lenguaje forense se le acusa, por el contrario, de pomposo y

26.- ESTRELLA MONTOLIO DURÁN en *La modernización del discurso jurídico español impulsada por el Ministerio de Justicia y principales aportaciones del informe sobre el lenguaje escrito*. Llengua i Dret, núm. 57, 2010.

27.- El artículo 3.5º de sus Estatutos, de 7 de febrero de 1997, le atribuye la función de *corrección técnica y de estilo de las disposiciones que le encomiende el Ministerio de Justicia*.

cuanto se refiere al uso específico de las mayúsculas y, particularmente, en la cita de disposiciones, para la que hace recomendaciones, además de la de cumplir normas ortográficas dictadas por la Real Academia Española.

3. Otras Directrices de interés.

La 26, de criterios de redacción (de los artículos), dice *Cada artículo un tema, cada párrafo un enunciado*²⁸, *cada enunciado una idea.*

La 30, sobre extensión, dice que *los artículos no deben ser excesivamente largos, cada artículo debe recoger un precepto, mandato, instrucción o regla, o varios de ellos, siempre que respondan a una unidad temática.*

III. NORMAS DE TÉCNICA LEGISLATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

El Estado no es hoy la única fuente material del Derecho. Por ello, lo que diga su Gobierno sobre el lenguaje no trasciende a las normas jurídicas de las Comunidades Autónomas, ni siquiera, directamente, a las de las leyes de las Cortes Generales.

A este respecto, las Directrices de 1991, para los anteproyectos de ley, eran bien realistas, por dejar claro que sus pautas de técnica legislativa *son obra de y para la Administración, sin que ello afecte en modo alguno a la plena y exclusiva potestad de las Cámaras para deliberar y decidir libremente sobre el contenido y la forma del proyecto que el Gobierno les hubiera remitido.* Como lo son las de 2005, cuyo Preámbulo, dice, en relación con los anteproyectos citados, *sin merma alguna, obviamente, de las potestades de las Cortes Generales.*

ÁNGEL L. SANZ PÉREZ ²⁹, después de afirmar el rango, a lo sumo, reglamentario de las Directrices del Gobierno del Estado, y del de las Comunidades Autónomas, dice que el valor constitucional de su incumplimiento es nulo, pues la aprobación de la Ley vendrá a sanar los defectos reglamentarios cometidos en la fase de redacción gubernamental de la Ley, y mucho menos la vulneración por parte de los sujetos que redacten una proposición de ley. Y recuerda, entre las normas autonómicas en la materia, que no se refieren solo a los anteproyectos de ley sino a disposiciones generales en muchos casos, alguna que nos interesa particularmente.

28.- Una oración, en las del Acuerdo del Consejo de Ministros de 1991.

29.- *Apuntes de técnica legislativa.* 2009. Vid. además, PILAR BASELGA GARCÍA ESCUDERO, *Materiales para el estudio de la técnica legislativa.* Madrid. 2011.

Como, las previsiones que se contienen en el Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 29 de diciembre de 2000, sobre los anteproyectos de ley, reconociendo su inspiración en las del Estado de 1991, que, sobre el contenido de los artículos, dice *que ha de ser preciso y claro, por lo que se han de evitar artículos largos constituidos por una sola frase, que contiene, en torno suyo, una larga serie de oraciones subordinadas, incisos, incrustaciones, etc., que dificulten la comprensión. Por esto, la información³⁰ de los artículos se ha de ordenar de una manera lógica, es decir, la idea central se ha de incluir en un párrafo, al que han de seguir los que sean estrictamente necesarios para expresar las especificaciones.*

El 22 de octubre de 2001 el Consejo de Gobierno aprobó las Recomendaciones sobre la redacción, en catalán, de las disposiciones generales y de actos administrativos (que figuran como anexo). B.O.I.B. n° 24 de 23 de febrero de 2001. Se dice, en el Preámbulo, que son un paso más, pues fijan unas pautas claras sobre aspectos referentes a la redacción en catalán, de disposiciones normativas, en la convicción de la importancia de la tarea de impulsar la normalización del uso de la lengua catalana en los ámbitos públicos y mejorar la comunicación con los administrados. Proporcionan sugerencias en el ámbito del lenguaje jurídico, sobre criterios de uso de algunas convenciones, aspectos gráficos y cuestiones de legibilidad³¹.

Con posterioridad, la preocupación de la Comunidad Autónoma por el lenguaje de las normas se ha plasmado en norma de mayor rango. Como es la Ley 4/2011, de la buena administración y del buen gobierno (BOIB n° 53 de 9 de abril de 2011 y BOE n° 103 de 30 de abril de 2011), de la que son destacables algunos textos de la Exposición de Motivos y el articulado.

30.- Expresión reduccionista, impropia del lenguaje del jurista, que evidencia la sustitución por los tecnócratas de los cultivadores de la escritura experta de la sociedad de la información –que conciben el lenguaje jurídico como una herramienta que permite crear y aplicar el Derecho– de los anacolutos o el lenguaje fallido de los profesionales del derecho, a los que dichos expertos no llaman juristas, sino operadores jurídicos.

31.- Elaborar textos legibles (es decir, comprensibles) para sus destinatarios se convierte así, no sólo un ejercicio de rigor estricto, que se pueden exigir más o menos a los autores, sino un deber ineludible y democrático para garantizar el ejercicio de la igualdad de derechos de todos los administrados. Si, en efecto, la Administración produce textos oscuros (normas generales, en ese caso) las consecuencias pueden ser lesivas para los colectivos más desfavorecidos, para los que el hermetismo de un texto podría constituir un obstáculo insalvable para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Recomendación III. para mejorar la legibilidad de las frases (limitar los incisos, espurgar lo irrelevante, juntar las palabras relacionales, dejar actuar a los actores, usar con moderación las nominalizaciones, limitar los gerundios, evitar las negaciones, vigilar el uso del futuro, usar con corrección las correspondencias verbales, evitar las construcciones perifrásticas) y de las palabras (no repetir las, evitar las muletillas, eliminar las palabras *forquer* o comodín, preferir palabras *pleneres* o menos cultas y sencillas, y cortas, evitar verbos predicativos y vigilar los adverbios en *ment*).

Como lo son, de la primera, la justificación de la Ley en el derecho a una buena administración de los ciudadanos y de las ciudadanas de las Illes Balears (en relación con las administraciones públicas), entre otros derechos y sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, o su referencia a una comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo de 16 de marzo de 2005, sobre “Legislar mejor para potenciar el crecimiento y la ocupación en la Unión Europea”, en que recomendó a los estados miembros el establecimiento de estrategias para hacerlo y afirmó que la mejora de la regulación y la política de mejora constante de la calidad de las leyes caracteriza un buen gobierno.

El artículo 3 enumera, entre otros principios generales informadores de una buena administración y un buen gobierno, el de calidad normativa (del que se dice que es esencial para cumplir los compromisos europeos y hacer más fácil el desarrollo de las actividades empresariales y ciudadanas) y los de simplicidad y comprensión (a propósito de los cuales dice que las normas de la Administración de la Comunidad Autónoma han de ser *claras y comprensibles para la ciudadanía* y que los medios públicos de información de los servicios tiene que utilizar un *lenguaje accesible*).

El artículo 13 (en la Secc. 3ª, Simplificación administrativa, del Capítulo 1, Accesibilidad, electrónica y simplificación, del Título I, La buena administración) dispone, sobre la mejora de la regulación, entre otras cosas, que se impulsará la simplificación normativa, lo cual implica la revisión sistemática de la legislación con el fin de garantizar la calidad formal de las normas y el hecho de que esté escritas en *términos claros, precisos y accesibles para la ciudadanía*³².

32.- De lo que no son ejemplo artículos como el 33, sobre el principio de gobernanza, cuando dice que implica una buena orientación de la política del Gobierno de las Illes Balears, basada en estrategias y acciones que impulsen la idea de gobierno relacional, tanto de interacción multinivel en la propia administración autonómica como de interacción con otras administraciones públicas y con la sociedad civil. Y añade que, para hacerlo, el Gobierno determinará las intervenciones públicas que tendrían que disponer de un esquema de gobernanza para garantizar la integración en red de los ejes público-privado-civil y local-global y que las características básicas de los esquemas de gobernanza tienen que ser establecidas por la consejería competente en materia de calidad, siendo el nivel directivo de las unidades, los centros y los entes quien desarrollará la estrategia teniendo en cuenta tanto el plan sistémico y de calidad democrática como el operacional y de desarrollo de las actuaciones.

La gobernanza, en el Diccionario de la Real Academia, además de acción y efecto de gobernar o gobernarse, es, desde la 22ª edición, arte o manera de gobernar que se propone como objetivo del logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía. Y en la Ley, según su Exposición de Motivos, el nuevo modelo gerencial de gobierno, opuesto al originario burocrático y, según el artículo 3. 1), el conjunto de las normas, los procesos y los comportamientos que afectan a la calidad del ejercicio del poder o influyen en él, basados en los principios de apertura, de participación, de responsabilidad, de eficacia y de coherencia.

El artículo 42 (rubricado Calidad normativa y localizado en la Sección 2ª Formas de gestión marco regulador y responsabilidad social, del Capítulo 2 Transparencia y acción de gobierno, del Título II El buen gobierno) dispone en el nº 1, que la Administración de la comunidad autónoma de las Illes Balears velará por la cultura de la calidad normativa, y, en el nº 6, que se impulsará la cultura de la calidad normativa.

Llaman la atención las de la Guía para la elaboración y control de las disposiciones de carácter general, aprobada por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias de 2 de junio de 1993, por su originalidad. Como la de referirse a los aspectos léxico-semánticos (además de los ortográficos, estilísticos y tipográficos), entre otros, la ambigüedad, los eufemismos, los neologismos y muchos más. Como *la terminología jurídica* (y técnica), de la que dice no saturará la norma, eliminándose tecnicismos superfluos y procurando mantener un lenguaje comprensible o para el destinatario de la norma. O, como *los latinismos*, de los que dice *que, con frecuencia, son más exactos, simples y eficaces que sus traducciones*, por lo que se conservarán cuando sean locuciones breves, teniendo, en todo caso, en cuenta el tono o registro en relación con el destinatario de la norma.

Las de 13 de febrero de 2009 de la Comunidad Valenciana, que, referidas a los artículos, dice que el texto ha de ser claro y de fácil comprensión, tanto por la terminología como por la redacción empleada. No se redactarán apartados que por su extensión o complejidad dificulten la interpretación de su contenido. No se utilizarán adjetivaciones innecesarias o reiterativas, así como los términos superfluos.

IV. APLICACIÓN AL LENGUAJE DE ESTE ESCRITO.

Lo que distingue la contrición de la atrición, en el sacramento de la Penitencia, es que, concurriendo en ambos el dolor por haber pecado, ofendiendo a Dios, en el segundo caso, el pesar no se debe, como en el primero, tanto al amor que se le tiene a Dios, como al temor de las consecuencias de la ofensa. Para el perdón basta la atrición, si hay propósito de enmienda.

Si fuera legislador (como no soy, sino ciudadano medio, destinatario de algunas normas jurídicas, y, en cualquier caso, jurista que piensa y escribe sobre el Derecho), después de lo dicho hasta aquí, no podría dejar de confesar mi culpa y arrepentirme. Aunque siempre podría decir, como Francisco Silvela, *España goza de un ordenamiento jurídico verdaderamente riguroso, afortunadamente atenuado por su incumplimiento.*

No lo haré, por lo escrito en este texto. Porque no tiene más destinatario que el eventual lector. Que difícilmente sea el tal ciudadano medio, destinatario de las normas, sino, probablemente, un profesional del Derecho, capaz de entender los términos jurídicos, incluso los latinismos cortos y demás escollos del lenguaje jurídico, que, a quienes con él se relacionan, y no lo son, les parece generalmente opaco, arcaico y encorsetado en formalismos que dificultan la comprensión, y de redacción cansina y farragosa. En cualquier caso, esotérico y como en clave.

Confío haberme hecho comprender por los lectores y haber sabido mantener el equilibrio complejo entre la precisión técnica y la claridad. Sin haber engañado ni confundido a nadie. Ni defraudado a la Academia, escribiendo, sobre el viejo arte de hacer leyes, usando el lenguaje adecuado.

XII.2- LA MAYÚSCULA INICIAL EN LAS PALABRAS DE LAS LEYES, PARTICULARMENTE, EN ESTADO Y DERECHO.

Tomás Mir de la Fuente

1. LAS DIRECTRICES DE TECNICA LEGISLATIVA DEL GOBIERNO, APROBADAS EN SESIÓN DE 22 DE JULIO DE 2005 Y PUBLICADAS EN EL B.O.E. NÚM. 180 DE 19 DE JULIO DE 2005.

La primera proposición del primer párrafo de la directriz 102, rubricada *Adecuación a las normas lingüísticas de la Real Academia Española*, establece que: *La redacción de los textos¹ seguirá las normas gramaticales y ortográficas de la Real Academia y su Diccionario*. La segunda, que: *Las dudas que puedan presentarse se resolverán de acuerdo con lo establecido en el Diccionario panhispánico de dudas, que la Real Academia Española ha consensuado con las Academias de América y Filipinas*.

La autoridad de la Real Academia se refuerza, en el Apéndice V a), sobre *uso específico de las mayúsculas en los textos legislativos*, cuando, después de decir, que su uso deberá restringirse lo máximo posible y que deben acentuarse gráficamente cuando lo exijan las reglas de acentuación, previene que, en la cita de disposiciones, además de *cumplir(se) las normas*

1.- De los anteproyectos de ley, proyectos de real decreto legislativo, real decreto-ley y de real decreto, propuestas de acuerdo del Consejo de Ministros y, en todo lo que sea posible, disposiciones y actos administrativos de los órganos del Estado que se publiquen en el “Boletín Oficial del Estado”.

ortográficas dictadas por la Real Academia Española, se seguirán las (cuatro) recomendaciones siguientes, atendiendo a la especial naturaleza del lenguaje jurídico-administrativo, que ahora no vienen al caso

Las reglas de la Ortografía de la Lengua Española, de 1999, para cuando no sea la primera palabra, o no siga un punto, ni se trate de un nombre propio, son, para las palabras de relevancia jurídica, las siguientes:

Ni en función de la puntuación, ni de la condición o categoría, sino de otras circunstancias, se escribirán con letra inicial mayúscula:

Los nombres, cuando significan entidad o colectividad, como organismo determinado. Ejemplos: ...el Estado,... la Justicia,... el Gobierno,... la Administración,... la Judicatura.

Los nombres de disciplinas científicas en cuanto tales Ejemplos: Soy licenciado en Biológicas. He estudiado Filosofía². La Psicóloga...

Suelen escribirse... los nombres de determinadas entidades cuando responden a conceptos absolutos. Ejemplos: ... la Libertad, la Paz, la Justicia³.

En ocasiones el uso de la mayúscula se debe a propósitos expresivos, como sucede...: a) En los títulos, cargos y nombres de dignidad, como el Rey,... el Presidente, etc.

También es costumbre particular de las leyes, decretos y documentos oficiales escribir con mayúscula las palabras de este tipo. Ejemplos: el Rey de España, el Presidente del Gobierno, el Secretario de Estado de Comercio.

El Diccionario de la Real Academia Española (22^a edición) no recoge apenas palabras con mayúscula inicial. Jurídicas, ninguna, posiblemente.

Están con letra mayúscula inicial, por ejemplo: Corán (no biblia, ni dios), Jehová, Jesús, Jesucristo (no Cristo), Venus, España, Europa, América (no Asia ni África), Grecia, Prusia, Madrid, Barcelona, Manila, Paris (no Londres), Lepe (por el saber más que él, y no por el topónimo). Lo que no impide que, en el texto, en alguna acepción, se diga “ORTOGR. escr. con may. inicial”, como en biblia; se hable de, África, sólo en la palabra africano, y de Asia, en la palabra asiático, como de los Estados Unidos de América, en la palabra estadounidense; o, de las islas Baleares y de Cataluña, solamente en el contenido de las palabras balear y catalán.

2.- Podría haber dicho *Derecho*.

3.- Podría haber dicho *el Derecho*.

No hay mayúscula, en las entradas: administración, código, constitución, decreto, digesto, justicia, gobierno y ley.

En algunas de ellas, en determinada acepción, se dice “ORTOGR. escr. con may. inicial”, y así, se alude, en la séptima acepción, precedida de *Der.* (abreviatura de derecho), a la Constitución, entendida como Ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes de la organización política; al Decreto de Graciano, como colección reunida por orden de Justiniano I, emperador bizantino del siglo VI, llamada también Pandectas; y al Gobierno, como conjunto de los ministros de un Estado.

En otras, como administración, se refiere, y recoge, con mayúscula inicial, las expresiones Administración activa, Pública, autonómica, central, de Justicia, militar, municipal y provincial. En código, se alude al Código Civil, al de comercio y al Penal, todos con mayúscula. En justicia, a la Administración de Justicia y al Ministerio de Gracia y Justicia. En ley, se alude a las Tablas de la Ley.

La palabra estado se contempla también con letra minúscula inicial, donde 5 es: *Conjunto de los órganos de gobierno de un país soberano*. Y, en 6, se dice: *En el régimen federal, porción de territorio cuyos habitantes se rigen por leyes propias aunque estén sometidos en ciertos asuntos a las decisiones de un gobierno común*. Del estado federal, por su parte, se afirma que *Es el compuesto por estados particulares cuyos poderes regionales gozan de autonomía e incluso de soberanía para su vida interior*. Del estado del bienestar, que *es sistema social de organización en el que se procura compensar las deficiencias o injusticias de la economía de mercado con redistribución de rentas y prestaciones sociales otorgadas a los menos favorecidos*.

En el cuerpo, de la voz estado, se hacen alusiones a: Jefe del Estado, Consejo de Estado, abogado del Estado, golpe de Estado, razón de Estado, papel del Estado, secreto de Estado.

En el Diccionario panhispánico de dudas, se afirma, en relación con la palabra estado, que:

1. *Se escribe con inicial mayúscula cuando significa conjunto de órganos de gobierno de un país soberano. También cuando se refiere a la unidad política que constituye un país o su territorio. Forma parte de numerosas expresiones y locuciones: jefe del Estado, secretario de Estado, razón de Estado, Estado de derecho.*

2. *Se escribe con minúscula en el resto de sus acepciones, incluida la que se refiere a la porción de territorio de un Estado cuyos habitantes se rigen, en algunos asuntos, por leyes propias (como ocurre con las*

demás entidades territoriales: comunidad autónoma, departamento, provincia, región, etc., que se escriben con inicial minúscula).

La palabra derecho aparece, en sus acepciones 9 y 10, como *facultad del ser humano y de hacer o exigir*. En la 14, como *conjunto de principios y normas expresivos de una idea de justicia y del orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observación puede ser impuesta de forma coactiva*. En la 15, es: *Ciencia que estudia estos principios y preceptos*.

En el cuerpo del texto que sigue se habla: del derecho adquirido, al pataleo, de acrecer, de admisión, de asilo, de autor, de pernada, de réplica, real y personal, y del derecho administrativo, canónico, civil, criminal, romano, de gentes, internacional, mercantil, natural, penal, político, positivo, procesal y público.

2. LAS PALABRAS ESTADO Y DERECHO EN LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTATUTO DE AUTONOMÍA DE LAS ILLES BALEARS.

Ambas leyes estatales son anteriores a las Normas de técnica legislativa, de 2005, cuyos frutos habrá que ver, especialmente en las leyes posteriores, que no produce el Gobierno del Estado, sino las Cortes Generales, a quien no obligan. En 2007 se modificó sustancialmente el Estatuto, por el Estado, cuyo Parlamento aprobó la correspondiente Ley Orgánica, poniendo fin a un proceso legislativo en el que intervino el de las Illes Balears, cuyo Gobierno había dictado, en 2000, sus propias directrices sobre forma y estructura de sus anteproyectos de ley y, en 2002, unas Recomendaciones sobre la redacción en catalán de disposiciones generales y actos administrativos. De este Estatuto es del que hablaremos.

2.1. DEL ESTADO.

En la Constitución se habla del Estado, con mayúscula inicial casi siempre. Con minúscula, referida a otras acepciones distintas a las 14 y 15 del Diccionario.

Se habla del estado civil, en el artículo 39, y de los estados de alarma, excepción y sitio, en los artículos 55.1, 116.1 a 5 y 117.5.

Se habla del Estado español, en los artículos 1.3 (cuya forma política es la Monarquía parlamentaria) y 56.1 (cuya más alta representación en las relaciones internacionales asume el Rey). Del Estado se habla, en el Preámbulo y los artículos 1, 3, 5, 11, 20.3, 56.1, 70.1, 62.g), 65.1, 86, 103.2,

133.3, 134.1.2.3 y 5, 136, 137, 138, 139, 141, 142, 147, 148.1 y 2, 149.1,2,3 y 4, 150,2 y 3, 157.3, 158 y 164, entre otros.

En el Estatuto de Autonomía se habla del Estado español, en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2007 de 28 de febrero (alusiva de una tendencia generalizada a hacia una mayor descentralización del mismo), en el Preámbulo (español con mayúscula) y en el artículo 11.2 (al que la CA podrá solicitar la suscripción de tratados internacionales en relación con las Comunidades isleñas en el exterior). Del Estado del Bienestar en el 123.2. Del conjunto del Estado, en el mismo artículo.

En el resto de artículos se habla del Estado, como los artículos 5, 8.2, 9.1 y 2, 12.2, 14.1 y 5, 32.1.5.15.16.18 y 19, 40.1, 50.2 y 8, 75.5 y 8, 79, 102.1.2 y 4, 104, 106, 110.1 y 2, 113.1 y 2, 114, 116, 117, 120.1 y 3. 122.1 y 2, 125.1 y 2, 126.3 e), 128 d) y g), 131, 132.2, 133.2 y 4 y 137.2 y 4, y DT 4ª y 9ª.

2.2. DEL DERECHO.

En la Constitución se habla más del derecho y los derechos, que del Derecho.

De éste, con mayúscula inicial, se habla en los artículos 1.1 (Estado social y democrático de Derecho), 57.3 (refiriéndose a las líneas llamadas en Derecho a la sucesión en la Corona), 96.2 (Derecho internacional) y 149.1.8ª (cuando se refiere a las fuentes del Derecho) y en la Disposición Adicional Segunda (sobre la mayoría de edad, que se refiere al Derecho privado).

De derechos, en plural, en los artículos 10.1 (los inviolables y de los demás) 13,1, 20,2, 53.1 y 2, 54, 55, 61 (de los ciudadanos y de las Comunidades Autónomas), 124.1 (de los ciudadanos), 139 y 161.1 b). De los derechos fundamentales, en los artículos 2, 7, 10.2, 25.2, 81, 86 y 94; de los derechos históricos de los territorios forales en la Disposición adicional 1ª y de los derechos civiles, forales o especiales y normas de derecho civil foral o especial en el 149.1.8ª.

De derecho, en muchos más, y así, habla de algunos derechos a y algunos derechos de:

De derecho a (art. 2.2) la autonomía, (15) a la vida y a la integridad física y moral, (17) a la libertad y a la seguridad, (18) al honor, la intimidad personal y a la propia imagen, (19) a elegir la residencia y a circular, (20) a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a la libertad de cátedra y a comunicar o recibir información veraz, (23) a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, (24) a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales y

al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y asistencia de letrado, a ser informado de la acusación, a un proceso público, a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, a no declarar contra sí mismo y, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, (27) a la educación –el de todos–, para –el de los padres– recibir los hijos la formación religiosa y moral, (28) a sindicarse y a la huelga, (32) del hombre y la mujer a contraer matrimonio, (33) a la propiedad privada y a la herencia, (35) al trabajo, (37) a la negociación colectiva laboral –de los trabajadores y empresarios– y a adoptar medidas de conflicto colectivo, (43) a la protección de la salud, (44) de acceso a la cultura (45) a disfrutar un medio ambiente adecuado, (47) a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, (57.4) a la sucesión en el trono, (106.2) a ser indemnizado, y (143) a la autonomía; y

De derecho de (21) reunión pacífica y sin armas, (22) de asociación, (29) de petición, (30) de defender a España, (34) de fundación para fines de interés general y (62) de gracia, del Rey.

También, de derecho privado (157.1 d), de derecho recíproco (11), y de un derecho (164.2).

El Estatuto de Autonomía, con mayúscula inicial, habla del Derecho Civil de las Illes Balears (artículos 9.3, 87.2, 94.1^a, 97.2 y 99), del Derecho civil de la Comunidad Autónoma (10), de los Derechos Humanos, los Derechos Civiles y Políticos, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de los Derechos del Hombre (13.1), de Derechos Sociales (16.1) y de Derecho Comunitario (112).

También, pero con minúscula inicial, de derecho civil propio de las Illes Balears (arts. 30.20 y 87.1 y 3), de derecho sustantivo de las Illes Balears (31.2), de derecho de competencia estatal (30.20), de derecho del Estado (87.3), de derecho europeo (109), de derecho comunitario (109), de derecho público (31.9) y de derecho privado (128.i).

Con minúscula inicial, de:

Los derechos (arts. 13.3 y 88.1), los derechos humanos, individuales y colectivos (13.1 y 105), los derechos fundamentales (13.3), los derechos sociales (16.1), los derechos universales de las personas (16.1) los derechos de las parejas estables (16.3), los derechos de las personas dependientes y sus familias (16.3), los derechos de hombres y mujeres (16.3), los derechos políticos (9.2), los derechos de las personas que hayan padecido daños causados por catástrofes (20), los derechos del sector primario (24.2) y de los medios de comunicación audiovisual (92).

El derecho a: (art. 14.1.2.3 y 5) a una buena administración y acceso a los archivos y registros administrativos, a que las Administraciones públicas

de las IB traten sus asuntos de forma objetiva e imparcial y en un plazo razonable, a gozar de servicios públicos de calidad, acceder a la función pública, a dirigirse a la Administración de la Comunidad Autónoma en cualquiera de sus dos lenguas, y a ser, en cuanto consumidores y usuarios, informados e intervenir ante las Administraciones públicas de las Islas; (15.1 y 2) a participar en la vida política, económica y social, que comprende los, a elegir los miembros de los órganos representativos y concurrir como candidatos, promover y presentar iniciativas legislativas y participar en la elaboración de las leyes, y a promover la convocatoria de consultas populares y el derecho de petición; (17.1 y 3) al libre desarrollo del hombre y la mujer, en su personalidad y capacidad personal, y a no ser discriminado, por razón de la orientación sexual; (18.1 y 3) a acceder a la cultura y a la protección y defensa de la creatividad y a que los poderes públicos promuevan la integridad cultural; (19.1) a las prestaciones públicas necesarias para asegurar la autonomía de las personas dependientes; (21) a la solidaridad y a una renta mínima de inserción de los ciudadanos en estado de necesidad; (23.1) a gozar de una vida y un medio ambiente seguro y sano; (25.1.2.3 y 4) a la prevención y protección de la salud sobre servicios, a ser informado sobre tratamientos y riesgos, a consentir intervenciones, a acceder a la historia clínica propia y a la confidencialidad de los datos, al conocimiento y exigencia de plazo máximo de aplicación del tratamiento, a ser informado de todos los derechos y a no padecer tratamiento o práctica denigrante, al conocimiento y exigencia de plazo de aplicación del tratamiento del dolor y a cuidados paliativos y a declarar su voluntad vital anticipada; (26.1.2.4.5 y 6) a la educación de calidad y a acceder a ella, a la formación profesional y a la educación permanente y a los centros educativos sostenidos con fondos públicos, en condiciones de igualdad; y (28) al acceso, protección, corrección y cancelación de los datos personales que figuren en los ficheros de la Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma.

El derecho de: (art. 22) de acceso a la vivienda digna y (90.4) de acceso a los medios públicos de comunicación, de las asociaciones representativas de la diversidad política, social y cultural).

3. ESTADO Y DERECHO EN EL CÓDIGO CIVIL.

Antes de la modificación del Título preliminar del Código civil, de 1974, el artículo 1 se refería al Estado (su Boletín Oficial) y los artículos 9 y 15, al estado (condición y capacidad legal) de las personas. A los derechos, los 4, 9 y 15, al Derecho (sus principios generales), el 4, al Derecho común, el 15, al Derecho foral, los 12 y 15, y al Derecho supletorio, el 12.

Después, en un capítulo rubricado Fuentes del derecho, se hace referencia

al Estado, en el 9.5, y dos veces, en el artículo 12, y al estado civil, en el 9.1. A los derechos, en los 7.1 (sobre bienes muebles), 9.1, 10.1 y 2. Al derecho (sus principios generales) en el artículo 1.1 y 4 y (el error de, abuso del y ejercicio de uno), en los 6.1 y 2 y 7. Al derecho de propiedad intelectual e industrial, en el 10.4, al derecho a la prestación de alimentos, en el 9.7, al derecho expectante de viudedad de Aragón, en el 1. Y habla del derecho supletorio, en el 11.2, del derecho extranjero, en el 12. 2 y 6, del derecho común, en el 14.2, del derecho civil común, en el 14.1, del derecho especial o foral, en los 14.1 y 15 y de los derechos especiales o forales, en el 11.2.

En el resto del Código se alude al Estado. A los bienes del Estado (arts. 339.1 y 2, 340, 341 y 345). Al tratar de los pastos en terrenos públicos del Estado (476), de la prelación de créditos (601), de la culpa extracontractual (1923), de la hipoteca (1875), y de la sucesión intestada (956, 957 y 958). Muchísimas veces se habla de derecho y derechos.

4. ESTAT I DRET.

4.1. En el Diccionario de la Lengua catalana del Institut d'Estudis Catalans (al que no aluden las Directrius de 19 de diciembre de 2000 BOIB nº 12, de 27 de enero de 2001, sobre forma y procedimiento de elaboración de anteproyectos de ley de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, ni las Recomenacions de 22 de octubre de 2001, sobre la redacción en catalán de disposiciones generales y actos administrativos BOIB nº 24, de 23 de febrero de 2002) aparecen, sin mayúscula inicial, estat y dret, y en el texto no se alude a su uso con mayúscula inicial, aunque, al ejemplificar alguna acepción, la use (resolviendo problemas o dudas relativos a ortografía).

estat. m.

Como manera de ser o estar, en un momento dado, de alguien o de alguna cosa: *estat gravídic, crepuscular, d'aflixió, excitat, d'amidaments, de referencia, liquid, normal, de guerra, d'alerta, d'excepció.*

Como manera de ser de una persona en el orden social: *estat civil.*

Como régimen político de una nación: *l'Estat monàrquic o republicà.*

Como Nación: *cap de l'Estat, ministre d'Estat, afers de l'Estat.*

Habla de *raons d'estat, estat patrimonial, estat policial.*

dret. m.

Sólo se usa con mayúscula inicial después de punto, en su sentido

de facultad para exigir lo que se nos debe, de hacer lo que la ley no prohíbe, de tener, exigir, usar, etc. Lo que la ley o la autoridad establecen a nuestro favor o se nos permite por quien puede, solo se usa con mayúscula inicial después de punto.

Cita los derechos siguientes: *dret de camí, dret d'habitació, dret de ban, dret de cena, dret de cisa, dret de moneda, dret dominical, dret de lluir o quitar, dret de petició, dret de superfície, dret d'us, dret de pre-lació, dret d'opció.*

Habla de *dret personal o de crèdit, dret personalíssim, dret real.*

Se refiere a los *drets cívics, civils, naturals, humans, d'autor, especials de gir, passius.*

En su sentido de conjunto de leyes, preceptos y reglas a que están los hombres en toda sociedad civil, solamente, después de punto, habla de Dret privat o civil, Dret polític o public, Dret comercial, Dret administratiu, Dret penal, Dret internacional, de gents, Dret Romà y Dret Canònic. Habla de: *ciència del dret, estudiant de dret, licenciat en dret, facultad de dret. Y de dret diví, feudal adjectiu, constitucional, consuetudinari, y de dret urbanístic,* como rama del administratiu.

Las Recomendaciones de 2002 para la redacción en catalán de disposiciones generales y actos administrativos, de cuya obligatoriedad no se dice nada en el Acuerdo aprobatorio –como no sea, en el Preámbulo, que las califica de *suggeriments en l'àmbit del llenguatge jurídic*– en el Anexo I, y dentro de los criterios de uso de algunas convenciones, en relación a *Majúsculas i minúsculas* (sic, ambas), dice que se ha de hacer un uso moderado de las mayúsculas, ya que abusar de ellas puede crear confusión interpretativa, y dicta algunas normas (sic), sobre cómo usarlas, habida cuenta que en catalán su uso es más restringido que en castellano. Y así, sugiere escribir con mayúscula inicial las designaciones de organismos y de la administración, en cuyo caso los adjetivos y los complementos del nombre se escriben con minúscula. Como l'Estat espanyol, l'Administració local, l'Administració autonòmica. Y que –porque en catalán no se han de usar mayúsculas, en el caso de la nostra comunitat autònoma de les Illes Balears, *d'acord amb la Llei orgànica 3/1999, de 8 de gener, de modificació de l'Estatut d'autonomia de les Illes Balears*– escribiremos la denominación genérica de comunidad autónoma de les Illes Balears en minúscula. Razonamiento éste sorprendente porque, por una parte, en la redacción en lengua castellana –la oficial del Estado (sin perjuicio de que sea también oficial, en el territorio de la Comunidad Autónoma la lengua catalana, propia de las Illes Balears)– se usan las mayúsculas iniciales en referencia a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, según dijimos, y, por otra parte, supone un reconocimiento excepcional de autoridad lingüística a la

ley estatal, como es, en último término, la aprobatoria del Estatuto, que, en realidad, no tiene. Por más que le corresponda al Estado redactar sus leyes en las lenguas castellana y oficial distinta de ésta, en su caso, o, dicho de otra forma, traducir (correctamente, en cualquier caso) a la lengua catalana (u otra) el texto castellano⁴.

4.2. En la versión balear del BOE⁵ de la Constitución, estat (civil, d'alarma, d'excepció y setge) y Estat (l'Estat, Consell d'Estat) aparecen igual que estado y Estado en la versión en castellano, ambas publicadas en el BOE.

No sucede igual con dret.

En el artículo 57.3, en castellano, al tratar de la sucesión en el trono, habla de las líneas llamadas en Derecho. En las versiones catalana y balear se refiere a Les linies cridades a dret.

4.3. En el Estatuto de Autonomía, vigente hoy, en la traducción a la lengua catalana, del texto original de la Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de Reforma del Estatuto de 1983, se habla, en la Exposición de Motivos, el Preámbulo y el articulado (arts. 11.2, y 123.2), de l'Estat y de l'Estat espanyol (español, con minúscula, en el artículo 11.2), así como de l'estat (con minúscula, en el 123.2) del bienestar y del conjunt de l'Estat.

De Dret y dret, en forma distinta a como lo hace de Derecho y derecho el texto en castellano. Siempre con minúscula inicial, excepto en el artículo 13.1, en que se alude a los instrumentos internacionales de protección de los drets humans (con minúscula ambas palabras), individuales y colectivos –en particular en la Declaración de Drets Humans (con mayúscula ambas), en los Pactos Internacionales de drets civils y polítics y de drets econòmics, socials y culturals (en castellano Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales), en la Convención Europea de Drets de l'Home i Llibertats Fonamentals y en la Carta Social Europea–, y en el artículo 16, en que, después de referirse a los derechos sociales, prevé una Carta de Drets Socials. Se refiere con minúscula siempre al dret civil de les Illes Balears (9.3, 87.2, 94, 97.2 y 99.2, al dret civil de la Comunitat Autònoma (10), al dret civil propi de les Illes Balears (30.27), al dret propi de les Illes Balears (87. 1), al dret d l'Estat (87.3), al dret de competencia estatal (30.27), al dret europeu (109) al dret comunitari (109 y 112), al dret substantiu (31.2), al dret privat (128.i), al dret públic (31.9). Y a los derechos (públicos subjetivos) a... o de..., a los derechos fundamentales, a los derechos de los demás, y a los derechos.

4.- TOMÁS MIR DE LA FUENTE. *La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears*. Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. XII. Palma de Mallorca. 2012

5.- B.O.E. nº 311.2 de 29 de diciembre de 1978. Hubo una versión catalana en el nº 311.3 y otra valenciana en el 311.5.

En la Ley Orgánica 2/1983, de 25 de febrero, que aprobó el Estatuto, se había hablado de: su (de la Comunidad Autónoma) Derecho civil especial (art. 7), el Derecho sustantivo de las islas Baleares (11.2), las fuentes del Derecho civil especial de las islas Baleares (47.2), materia de Derecho civil especial de las islas (49.1 a) y actividades de Derecho privado (56.b). También de: el derecho civil especial de las islas Baleares (6.2), los derechos civiles especiales de las islas Baleares (11.2), el derecho propio de las islas Baleares (47.1 y 3), el derecho privado de las islas (49.1e) y el derecho del Estado (47.3). En la versión en lengua catalana, aparte de que, en lugar de islas Baleares, y sólo islas (49 1.a) y e), se dice Illes Balears, Dret y dret equivalen a Derecho y derecho, salvo en un caso, en el que Derecho privado se traduce por dret privat (56.b). Además, en otro caso (49.1 a), se habla de Dret Civil Especial de les Illes Balears en equivalencia de Derecho civil especial de las islas.

5. EL “ESTADO DE LA CUESTIÓN”: A MEDIO CAMINO Y LA BABEL RESULTANTE.

Algo mayor que lo ordinario, en su especie, es lo mayúsculo. La letra mayúscula, que es mayor, respecto de la ordinaria (la minúscula), tiene que ver, y por esto sobresale, con algo que merece atención, en función de la puntuación, de la condición o categoría o de otras circunstancias.

Hemos visto, en las leyes aludidas, de muy distintas épocas, que al Estado, siempre, y aún, hoy, le mantienen las leyes el respeto ortográfico. Otra cosa son los Manuales de estilo⁶ de muchas publicaciones, donde, incluso el de derecho, ya no es sino estado.

Estamos, realmente, a mitad del camino que va del Estado de Derecho al estado de derecho. Estamos, si no en el lenguaje de las leyes, en el de los juristas, al menos, en el Estado de derecho. Cuando precisamente hay, en España, menos Estado y más Derecho, y podría hablarse mejor de estado⁷ de Derecho (más que de legalidad, o mero sometimiento de la Administración a

6.- En el Preámbulo de las Recomendaciones sobre la redacción, en catalán, de disposiciones generales y actos administrativos del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de 22 de octubre de 2001 BOIB de 23 de febrero de 2002, se anunciaba un manual de estilo, bajo la coordinación de la Conselleria d'Educació i Cultura.

7.- TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ acaba de hablar de la España de las autonomías, como de *Un Estado débil devorado por diecisiete “estaditos”*, en REDA núm.158 abril-junio 2013 págs. 25 a 52, y Santiago Muñoz Machado, en su *Informe sobre España, de Repensar el Estado o destruirlo*, como subtítulo Crítica. Barcelona. 2012.

la ley⁸). En cualquiera caso, el referente de la Ortografía y el Diccionario de la Real Academia Española, en las directrices de 2005, avalan la situación intermedia y una consolidación más uniforme, aunque no muy segura, por el carácter no normativo del acuerdo que las aprueba, pese al alto rango jerárquico del Gobierno.

Me interesa menos por qué las leyes en las que me he detenido (Constitución, Estatuto de autonomía de las Illes Balears y Código civil) hablan del Estado, con mayúscula inicial (posiblemente porque sean estatales), que por qué no lo hacen casi nunca, del Derecho, con mayúscula. Posiblemente no sea por lo que parece. Desde la perspectiva del respeto.

Desde luego algo ha cambiado, sobre todo, en el metalenguaje de los juristas, que es el lenguaje en el que los juristas hablan de las leyes⁹. Cuando empecé mis estudios, el derecho, con minúscula inicial, era el derecho subjetivo y el Derecho, con mayúscula inicial, era el derecho objetivo. Eran tiempos en que los catedráticos de Derecho Político explicaban Derecho Constitucional comparado (las Leyes Fundamentales se estudiaban en la asignatura de Formación Política), o, como Manuel Jiménez de Parga Cabrera, y porque el Estado ya se les aparecía como una realidad políticamente desbordada (que en la vida política interna se limita a dialogar con los grandes grupos y fuerzas socioeconómicas, que, una veces, acuerdan con él transacciones y, otras, le imponen, a pesar suyo, decisiones fundamentales), escribían libros¹⁰, en los que el Estado, no era el protagonista sino, en su caso, el Poder.

Ángel Latorre Segura, Catedrático de Derecho Romano de la Universidad de Barcelona, en un libro, de gran éxito en su día, 1968¹¹, afirmaba: Los derechos “subjetivos” son situaciones de poder concreto que la ley ampara y de las que podemos usar discrecionalmente para satisfacer nuestras necesidades o intereses. El Derecho “objetivo” se compone de un conjunto de normas de todo tipo, entre las que destacan por su importancia las que

8.- BENIGNO PENDÁS, en la Tercera de ABC, de 18 de septiembre de 2013, titulada *Maestro Eduardo García de Enterría*, se ha referido a la lucha doctrinal (y a veces jurisprudencial) por el Derecho, a partir de los años cincuenta, que e tradujo en *algo parecido a un Estado de Administración*, cuya expresión (por traducción) normativa se halla en las grandes leyes que configuran nuestro Derecho público.

9.- JUAN RAMÓN CAPELLA. *El derecho como lenguaje*. Ediciones Ariel. Barcelona. 1968.

10.- MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA Y CABRERA. *Los regímenes políticos contemporáneos*. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1960.

11.- ÁNGEL LATORRE SEGURA. *Introducción al Derecho*. Colección Ariel quincenal. Ediciones Ariel. Barcelona. 1968. En cuya solapa, se decía, sacándolo del prólogo del autor, “no se suma al movimiento iusnaturalista, hoy dominante en España, sino que traza una apología del Derecho por el Derecho mismo, por su importancia para la convivencia, por su fuerza normativa”.

pueden ajustarse al modelo de una orden o prohibición respaldada por amenazas y las que conceden facultades, poderes y derechos subjetivos, así como medios para alcanzar fines prácticos queridos por los particulares”.

Manuel Albaladejo García¹², Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Barcelona, en 1960, decía: “Hasta ahora hemos dado al término *Derecho* su sentido (objetivo) de conjunto de preceptos o normas (*norma agendi*). Pero, derecho tiene otro sentido (subjetivo), según el que significa el poder (*facultas agendi*) que la norma concede a la persona. En este sentido se habla de *tener derecho* a esto o a lo otro, de ser titular de un *derecho*, de propiedad, por ejemplo. Se trata de dos conceptos distintos que se expresan con el mismo término. En adelante cuando hablemos de *Derecho*, el sentido en que lo hagamos se desprenderá del contexto”.

Luis Díez Picazo, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Madrid, en otro libro¹³, en 1973, sin usar apenas la palabra Derecho (lo hace cuando se refiere a las fuentes del Derecho, al Derecho Privado, al Público, de Obligaciones, Romano, Penal, Administrativo) sino, casi siempre, la palabra derecho, dice que éste es: “un conjunto de experiencias vividas que, en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses. En nuestra lengua, la expresión “derecho”, dice, es ante todo un adjetivo que se aplica a diferentes hechos, actos y situaciones. Lo derecho se contrapone a lo torcido o, dicho con una expresión castiza, a lo tuerto. Lo derecho es también lo directo, lo recto. Por ello, la expresión “esto es derecho” significa, en rigor, que un determinado conflicto debe recibir una cierta solución, porque esta solución es la que se considera la más correcta o la más aceptable. Aunque, ante la realidad de que, hoy, la fuente principal del Derecho es la ley, formal o material, que produce, en el estado actual de nuestra organización política, el Estado (con mayúscula inicial), con la mecánica y la estructura de su aparato, ha de reconocer las dificultades de su concepción del derecho y salvarlas así: Si no somos demasiado idealistas y no nos dejamos deslumbrar por la magia de las palabras, en el campo del Derecho Público –del Derecho Penal y del Derecho Administrativo– es posible reconducir las

12.- MANUEL ALBALADEJO GARCÍA. *Instituciones de Derecho Civil*. Ed. Bosch. Barcelona. 1960. Dentro de la Introducción del Tomo I –Parte General y Derecho de Obligaciones, con el título de El Derecho Civil Objetivo–, y en la Subsección 1ª –El Derecho en general–, de la Sección Primera –El Derecho– del Capítulo I –El Derecho Civil–, en el nº 5, Derecho objetivo y derecho subjetivo.

13.- LUIS DÍEZ PICAZO. *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*. Ariel quincenal. Ediciones Ariel. Barcelona. 1973, en cuya solapa se decía que, “frente a una concepción normativista del derecho, que lo concibe como cúmulo ideal de reglas previamente dadas y cristalizadas se contrapone otro derecho, como experiencia histórica de conflictos concretos de intereses, y como búsqueda constante de las soluciones más justas a los nuevos y problemas que los hombres se plantean incesantemente”.

cosas al mismo esquema. Las normas administrativas establecen, es verdad, un repertorio de deberes de los ciudadanos frente al ente ideal llamado Estado, que, en definitiva es el conjunto de los ciudadanos actuando a través de unos de ellos. Lo que significa que dichas normas están estableciendo poderes o potestades de estos otros ciudadanos: poderes disciplinarios, sancionadores, de policía, etc. Es posible encontrar lo mismo en un Estado que se somete él mismo a un sistema de legalidad. El ciudadano ostenta derechos frente al Estado. Puede exigir de éste un comportamiento y formular ante los tribunales pretensiones que serán atendidas. A la postre, tampoco las normas penales conducen a un sistema diferente. Es cierto que en ellas hay un repertorio de sanciones para el caso de incumplimiento, pero, al mismo tiempo, existe una justificación de la pretensión de que la sanción o condena sean impuestas y de que determinadas personas o el grupo entero reciba una satisfacción. Con ello quiero decir que el hecho delictivo genera una pretensión, que, en lugar de individualizarse en una persona, se expande al conjunto social (no se ha de olvidar que la acción penal es pública y que todos los ciudadanos pueden ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley y que los funcionarios del Ministerio Fiscal tienen, además, la obligación de ejercitarla). Dicho de otro modo, el grupo social lesionado ejercita una pretensión buscando su propia satisfacción”.

En 1974 precisamente, se modificó el Título preliminar del Código Civil, en la expuesta línea, de las minúsculas, para el derecho, incluso objetivo. La Constitución de 1978 menos. El Estatuto de Autonomía, de 1983, algo, y el de 2007 mucho más (sobre todo en la versión en lengua catalana). No así para el Estado, al que no se le ha apeado el tratamiento, acaso porque no es algo, sino alguien, al que se teme (porque tiene poder) que no le guste el tuteo. Aunque, en la práctica común, más oral que escrita, del Vd. (U. V. o U. en abreviatura) se ha pasado al usted (con todas la letras y sin mayúscula inicial), y del usted al tú y el vos (el pronominal no reverencial y el no dialectal americano). Frente a los que, dice el Diccionario panhispánico de dudas, el usted es la forma empleada en la norma culta de América y España para el tratamiento formal, implicando en su uso más generalizado un cierto distanciamiento, cortesía y formalidad¹⁴.

14.- En catalán, *vós*, según el Diccionari del Institut d’Estudis Catalans, es fórmula de tratamiento empleada para dirigirse a quien no se trata de *tu* (que expresa familiaridad con el interlocutor) o de *vostè* (que expresa distanciamiento y social, formalidad). Como ejemplifica, con mayúscula inicial, en el caso de la Virgen, en la oración del avemaria, que dice *Beneïta* –aquí, en Mallorca, *Beneïda– sou Vós entre totes les dones* (en castellano, Bendita tú eres entre todas las mujeres) y equivale al *Nós* mayestático. Como el *Nos*, propio del rey, el Papa o los obispos, en actos solemnes, refiriéndose a sí mismos.

XII.3- ALGUNES CONSIDERACIONS SOBRE EL LLENGUATGE DE LA COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL DE LES ILLES BALEARS.

Miquel Masot Miquel

SUMARI.

I.- INTRODUCCIÓ I PLANTEJAMENT DEL TEMA.

**II.- EXAMEN COMPARATIU DELS TEXTOS CATALÀ I CASTELLA DE
LA COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL DE LES ILLES BALEARS.**

- 1).- Article 3 paràgraf 3er.
- 2).- Article 14 paràgraf darrer.
- 3).- Article 16 paràgraf 3er.
- 4).- Article 17.
- 5).- Article 18 paràgraf 1er.
- 6).- Article 20.
- 7).- Article 30 paràgraf 3er.
- 8).- Article 44.
- 9).- Article 46 paràgraf 2n.
- 10).- Títol del capítol IV (De la successió ab intestato).
- 11).- Article 54 paràgraf 2n.
- 12).- Article 62 paràgraf 2n.
- 13).- Article 86 paràgraf 1er.

III.- REFLEXIÓ FINAL.

I.- INTRODUCCIÓ I PLANTEJAMENT DEL TEMA.

La llei 8/1990 de 28 de juny sobre la Compilació de Dret civil de Balears es va publicar en el BOCAIB número 86 de 17 de juliol de 1990. A les pàgines 4826 a 4848 es conté el text català, mentre que a les pàgines 4848 a 4871 hi apareix el text castellà. Posteriorment, en el BOCAIB número 120 de 2 d'octubre de 1990, es va publicar el Decret Legislatiu 79/1990 de 6 de setembre que, en el seu article únic, aprova el text refós de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears, que s'insereix a continuació; a les pàgines 6081 a 6086 el text català i a les pàgines 6097 a 6103 el text castellà.

El text refós era necessari perquè la llei 8/1990 de 28 de juny no donava nova redacció a tots els articles de la Compilació, ja que quedaven sense modificar els articles 25, 26, 31, 32, 35, 36, 49, 54, 59 i 61. Per aquesta raó l'article 25è de la llei 8/1990 de 28 de juny autoritzava al Govern de la Comunitat Autònoma a aprovar, mitjançant Decret Legislatiu, un text refós de la Compilació en el termini de sis mesos. EL Govern va acomplir en temps i forma aquesta obligació fent ús de la delegació legislativa, la qual –com es diu en el preàmbul del mencionat Decret Legislatiu– “per primera vegada s'utilitza a la nostra Comunitat”. La delegació legislativa venia fonamentada en l'article 27.1 del Estatut d'Autonomia i en l'article 18 de la llei 5/1984 de Règim Jurídic de la Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balear. És curiós fer constar que el nombre del Decret Legislatiu és el 79/1990, cosa que no deixa de cridar l'atenció, donada la indicació feta en el propi Decret de ser la primera vegada que es fa ús de la potestat legislativa delegada mitjançant la figura del decret legislatiu.

Les exigències formals imposades per l'Estatut d'Autonomia es varen acomplir totalment, tan pel que fa a la llei com al decret legislatiu, ja que varen ser promulgades pel President de la Comunitat Autònoma i publicades en el Bolletí Oficial en el termini legal. Però, a més, l'article 7.1 de la llei 3/1986 de 29 d'abril de normalització lingüística assenyala que les lleis aprovades pel Parlament de la Comunitat Autònoma, els decrets legislatius, les disposicions normatives i les resolucions oficials de la Administració Pública s'han de publicar en llengua catalana i castellana en el Bolletí Oficial de la Comunitat Autònoma. I com hem vist, també es va donar total compliment a aquesta disposició.

Tenim, per tant, textos català i castellà de la llei i del decret legislatiu, amb la ja indicada diferència que a la primera no hi són tots els articles de

la Compilació, sinó tan sols els que varen ser modificats per la llei 8/1990 de 28 de juny. Però el problema es presenta al comparar les versions catalana i castellana dels articles de la Compilació, ja que apareixen diferències i errors que, en alguna ocasió, són d'especial gravetat i poden plantejar serioses dubtes al intèrpret. I, òbviament, la pregunta que immediatament sorgeix és la de com es poden superar aquestes diferències.

La llei de normalització lingüística, després de la indicació del article 7.1 sobre publicació de les normes en llengua catalana i castellana, ens diu que, en cas d'interpretació dubtosa, el text català serà l'únic a considerar. Però el precepte va ser objecte del recurs d'inconstitucionalitat 955/86 interposat pel President del Govern de la Nació, que va ser resolt per la sentència 123/1988 de 23 de juny del Tribunal Constitucional, que en va declarar la seva nul·litat, assenyalant que el precepte qüestionat “viene a reproducir también un mandato de la ley catalana de normalización lingüística (contenido en el art. 6.1) que fue igualmente declarado inconstitucional por este Tribunal en su STC 83/1986. Se dijo entonces –y debe repetirse ahora– que un precepto de este tipo puede infringir el principio de seguridad jurídica (Art. 9.3 C. E.) y los derechos a la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (art. 24.1 C.E.) que desconozcan una lengua (la considerada aquí como prioritaria a efectos de fijar el texto auténtico) que no tienen el deber de conocer; máxime cuando las leyes del Parlamento balear pueden tener efecto fuera del ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Afirmábamos, además, que corresponde al Estado en exclusiva establecer las reglas sobre la aplicación de las normas jurídicas (art. 149.1.8 C. E.), y al constituir la determinación del “texto auténtico”, en caso de interpretación dudosa, una regla de esta naturaleza (STC 83/1986, fundamento jurídico 3º), la ley impugnada ha venido, en este punto, a invadir competencias estatales y a contravenir también lo dispuesto en el art. 149 1.8 C.E.”

La conseqüència d'aquesta sentència és que les discrepàncies entre els textos català i castellà de la Compilació no es poden resoldre donant preferència al primer. En aquestes circumstàncies, hagués estat el més lògic acudir a la via de la correcció oficial d'errors, dictant una disposició –publicada en el BOCAIB– en la que s'haguessin fet totes les esmenes necessàries. I, curiosament, aquesta via –que hagués estat la més simple– no l'ha emprada el legislador balear que, en canvi, no ha dubtat en acudir a ella en altres ocasions, com va ser –sense sortir del Dret civil– la correcció d'errors que es va efectuar respecte de la llei 3/2009 de 27 d'abril de modificació de la Compilació sobre causes d'indignitat successòria i desheretament, en que la disposició correctora es va publicar en el BOCAIB número 93 de 27 de juny de 2009.

Davant d'aquesta situació, l'interpret de la llei no té altra alternativa que fer l'oportú examen comparatiu dels textos discordants, aplicant el sentit jurídic i el sentit comú per a determinar quina és la conclusió idònia, d'acord particularment amb la *ratio* del precepte.

Algunes d'aquestes discordances han estades posades de relleu a la meritòria edició de la Compilació, que compren els textos català i castellà, feta pel Col·legi Notarial l'any 1991, després de la publicació de la llei reformadora. I particularment ha treballat en el tema la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear, sense que la seva meritòria labor hagi estat culminada per la publicació de la disposició oficial correctora.

El fet que la Comissió de Dret Públic de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears hagi centrat els seus estudis corresponents al curs acadèmic 2013/2014 en el llenguatge de les normes jurídiques m'ha impulsat a contribuir amb aquest petit treball, estudiant la primera de les lleis del nostre Dret civil, que es la Compilació. S'ha de dir immediatament que el treball no pretén ser exhaustiu, sinó tan sols posar de relleu algunes de les discordances que més destaquen, tot reconeixent que no es tracta de descobrir res, ja que és segur que molts dels errors denunciats han estat ja posat de relleu pels juristes que han tingut ocasió d'estudiar els preceptes de la nostra Compilació. A més, és de suposar que quan aquest treball es publiqui –en el Bolletí de l'Acadèmia que incorpori les activitats del curs 2013/2014– hagi tingut ja lloc la publicació de la disposició correctora.

En tot això hi ha un aspecte preocupant, que n'és l'absència de juristes quan va tenir lloc la traducció al català del primitiu text castellà que va redactar la Comissió de Juristes de Balears, a la qual es va encomanar la redacció del avantprojecte, segons els Reals Decrets 1196/77 de 23 d'abril i 1007/81 de 22 de maig. Sols aquesta absència de juristes pot explicar la traducció del tercer paràgraf del article 16 CDCIB –“El incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podra dar lugar a su resolución”– per “L'incompliment de la forma imposada a la institució d'hereu mai no podrà donar lloc a la seva resolució”, confonent de manera llastimosa el mode –element accidental del negoci jurídic juntament amb la condició i el termini– amb “la forma” –que n'és una cosa totalment distinta: la manifestació externa del negoci jurídic–. Certament, la traducció de les normes jurídiques és una qüestió de massa importància per a deixar-la tan sols en mans del filòlegs.

Sense més preàmbul anem a exposar alguns d'aquests casos de discordances, mancances i errors materials que, malauradament, apareixen en els textos català i castellà de la nostra Compilació.

II.- EXAMEN COMPARATIU DELS TEXTOS CATALÀ I CASTELLÀ DE LA COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL DE LES ILLES BALEARS.

El casos que demanen la nostra atenció són els següents

1).- Article 3 paràgraf 3er.

“No obstant això, tret de prova en contra, es presumirà que pertanyen *al cònjuge*, per meitat, els béns que integren el parament de la casa, però no es consideraran compresos a la presumpció les joies i els objectes artístics o històrics de valor considerable. A la mort d'un dels cònjuges, aquells correspondran en propietat al sobrevivent i no es computaran en el seu haver” (Text català).

“No obstante, salvo prueba en contrario, se presumirá que pertenecen *a los cónyuges*, por mitad, los bienes integrantes del ajuar doméstico, no entendiéndose comprendidos en la presunción las joyas y los objetos artísticos e históricos de considerable valor. Al fallecimiento de uno de los cónyuges, corresponderán aquellos en propiedad al sobreviviente, sin computárselos en su haber.” (Text castellà).

Els textos transcrits els trobem tant a la llei com en el decret legislatiu.

D'entrada en el text català es diu que “pertanyen al cònjuge, per meitat”, quan el que resulta correcte es dir que “pertanyen als cònjuges, per meitat”. Més transcendència té el que a continuació es digui que no s'inclouen en la presumpció de pertinència per meitat “els objectes artístics o històrics de valor considerable”, mentre que en el text castellà es parla “de los objetos artísticos e históricos de considerable valor”, com si s'exigís que s'han de donar les dues circumstàncies. Comentant el precepte la doctrina havia dit que era de pura lògica que l'exclusió tingues lloc tan pel que fa als objectes artístics com als històrics, sempre que fossin de considerable valor atès el nivell de vida de la família. És una més de les moltes discrepàncies que hi ha entre ambdós textos al llarg de la Compilació.

2).- Article 14 paràgraf darrer.

“Si diversos *descendants* substituïen pupil·larment o exemplarment el mateix descendent, cada substitució tindrà eficàcia en relació als béns que el substituït hagi adquirit per herència o per llegat del *descendent* i subsisteixin a la mort d'aquell” (Text català).

“Si varios *ascendientes* sustituyen pupilar o ejemplarmente al mismo descendiente, tendrá eficacia cada una de las sustituciones en relación a los bienes que el sustituido haya adquirido por herencia o legado del *ascendiente* y subsistan al fallecimiento de aquél” (Text castellà).

Tan en la llei com en el text refós trobam la discordança que s’ha assenyalat en lletra cursiva (*descendents* a la versió catalana i *ascendientes* a la castellana). És evident que s’ha introduït un error en el text català, ja que el qui substitueix, o sigui qui ordena la substitució, és l’ascendet i mai el descendent que és el substituït. Per tant, les referències del text català als *descendents* s’han d’entendre fetes als *ascendents*.

Aquest error no s’ha corregit a cap de les edicions de la Compilació que he tengut ocasió de examinar, que ja es pot imaginar que han estat bastants.

Per altra part, aquest error en el text català ens demostra que no és tampoc un criteri absolutament fiable el que havia seguit la llei de normalització lingüística de donar-li sempre la preferència.

3).- Article 16 paràgraf 3er.

“L’incompliment de la forma imposada a la institució d’hereu mai no podrà donar lloc a la seva resolució” (Text català).

“El incumplimiento del modo impuesto a la institución de heredero nunca podrá dar lugar a su resolución” (Text castellà).

Ja a la introducció d’aquest treball s’ha tingut ocasió de dir que el text català suposa un error increïble. El “mode” és la càrrega imposada en un acte de liberalitat (testament o donació) que suposa un límit a l’enriquiment de qui el rep, y que aquest ha de complir per evitar que l’acte pugui ser revocat o que esdevingui ineficaç (Diccionari jurídic Català editat pel Il·lustre Col·legi d’Advocats de Barcelona). Sols una persona sense la més elemental formació jurídica pot traduir al català la paraula castellana “Modo” per “Forma” que és la manera d’exterioritzar o materialitzar un acte, negoci o norma jurídica (mateix Diccionari), particularment quan s’està parlant del “modo impuesto a la institución de heredero”.

És evident, per tant, que el text correcte català ha de ser *L’incompliment del mode imposat a la institució d’hereu mai no podrà donar lloc a la seva resolució*.

4).- Article 17.

“Mitjançant codicil, l’atorgant pot addicionar o reformar la seva

institució d'hereu dictant disposicions sobre la seva successió a càrrec dels hereus ab intestato;” (Text català).

“Mediante codicilo, el otorgante puede adicionar o reformar su institución de heredero dictando disposiciones sobre su sucesión a cargo de los herederos ab intestato;” (Text castellà).

Ambdós textos són absolutament incorrectes, ja que l'atorgant del testament no pot dictar disposicions a càrrec dels hereus ab intestato perquè aquests no poden existir a la successió testada; y, per una altra part, no es correcte parlar d'addicionar o reforma la institució d'hereu, ha que el que s'addiciona o modifica és el testament anterior. Per entendre aquest galimaties s'ha d'acudir al precepte homònim de la Compilació de 1961, que ens deia “Mediante codicilo, el otorgante puede adicionar o reformar su testamento o, a falta de éste, dictar disposiciones sobre su sucesión a cargo de sus herederos ab intestato”; d'aquesta manera quedaven perfectament definits les dues classes de codicil: el testamentari i el ab intestato. Però en la transposició d'aquest precepte a la Compilació de 1990 va tenir lloc un error material, consistent en la eliminació d'algunes de les paraules emprades per la Compilació de 1961.

En definitiva, el text correcte del començament de l'article 17 hauria de ser

“Mitjançant codicil, l'atorgant pot adicionar o reformar el seu testament, i, de no existir aquest, dictar disposicions sobre la seva successió a càrrec dels seus hereus ab intestato” (Text català).

“Mediante codicilo, el otorgante puede adicionar o reformar su testamento o, a falta de éste, dictar disposiciones sobre su sucesión a cargo de sus herederos ab intestato” (Text castellà).

D'aquesta manera quedarien degudament reconeguts els dos tipus de codicil que tradicionalment han existit dintre del nostre Dret. Tan és així que, a pesar del confús text del article 17, la sentència de l'Audiència Provincial de Palma Secció 3^a de 8 de novembre de 2002 no dubta en reconèixer la possible existència del codicil ab intestato.

5).- Article 18 paràgraf 1er.

“El testador podrá encomandar a l'instituït hereu, encara que solament fos en l'usdefruit de tots els béns de l'herència o d'una part d'aquests, així com al legatari cridat a l'usdefruit universal d'aquesta que, per acte inter vivos o de darreres voluntats, els assigni a un o els distribueixi entre diversos parents d'aquell o del mateix distribuïdor, o que elegeixi, entre tots ells, hereu o hereus,

en parts iguals o desiguals, *de les quals* han de resultar exclosos els no elegits”. (Text català).

“El testador podrá encomendar al instituido heredero, aunque sólo fuere en el usufructo de todo o parte de los bienes de la herencia, así como al legatario llamado al usufructo universal de la misma, que, por acto inter vivos o de última voluntad, los asigne a uno o los distribuya entre varios de los parientes de aquél o del propio distribuïdor, o elija entre todos ellos, heredero o herederos, en partes iguales o desiguales, resultando excluidos los no elegidos. (Text castellà).

Sense cap dubte és més clara la redacció castellana, ja que els no elegits no queden exclosos de les parts iguals o desiguals assignades als altres, sinó que, a la realitat, queden exclosos absolutament de l’herència. Idea que s’expressa millor a la redacció castellana al dir simplement *resultando excluidos los no elegidos*, sense afegir que queden exclosos de les parts assignades als altres. Tal vegada la traducció del text castellà –elaborat per la Comissió de Juristes– al català va venir condicionada per les “Recomanacions sobre la redacció en català de les disposicions generals i actes administratius” aprovades pel Consell de Govern el 22 d’octubre de 2001 –de les que ens parla Mir de la Fuente en el seu lluminós treball “El lenguaje de las leyes (destinadas al “ciudadano medio)”–, entre les que trobam la imposició de la limitació dels gerundis. Imposició que no deixa de ser un absurd, ja que hi ja ocasions –i l’article tractat n’és una de elles– en que el gerundi expressa amb mes claredat l’idea, com es veu a la versió castellana. Per això seria preferible que el text català del precepte fos el següent:

“El testador podrá encomandar a l’instituït hereu, encara que solament fos en l’usdefruit de tots els béns de l’herència o d’una part d’aquests, així com al legatari cridat a l’usdefruit universal d’aquesta que, per acte inter vivos o de darreres voluntats, els assigni a un o els distribueixi entre diversos parents d’aquell o del mateix distribuïdor, o que elegeixi, entre tots ells, hereu o hereus, en parts iguals o desiguals, *resultant exclosos els no elegits*”.

6).- Article 20.

“Si el distribuïdor deixava d’efectuar, per qualsevol causa, la distribució o elecció, hom se subjectarà al que es preveu al testament; a manca de disposició especial...” (Text català).

“Si el distribuïdor dejara de efectuar, por cualquier causa, la distribución o elección, se estará a lo previsto en el testamento, a falta de disposición especial...” (Text castellà).

Sense cap dubte és més indicat el punt i coma després de la paraula “testament” que tanca la primera frase, en lloc de la simple coma que trobem a la versió castellana, ja que el que segueix ens posa al davant d’un cas totalment distint al que s’acaba de contemplar, com és la falta de disposició en el testament.

7).- Article 30 paràgraf 3er.

“L’inventari es realitzarà d’acord amb el que preveu l’article 29. Quant a les garanties, seran vàlides, amb l’acord previ dels interessats o, si aquests hi manquen, per decisió judicial, qualssevol admissibles en Dret. En allò que es refereix a immobles serà suficient la inscripció de la titularitat del fiduciari en el Registre de la Propietat “ (Text català).

“El inventario se realizará de acuerdo con lo prevenido en el artículo 29. En cuanto a las garantías, serán válidas, previo acuerdo de los interesados o, en su defecto, por decisión judicial, cualesquiera admisibles en Derecho, siendo suficiente, en lo que a inmuebles se refiere, la inscripción de la titularidad del fiduciario en el Registro de la Propiedad” (Text castellà).

En aquest cas la coincidència entre ambdós textos és clara i la traducció al català absolutament correcta; a més, no estem al davant d’un error material. Però he portat el tema a aquest treball per l’evidència que la simple inscripció de la titularitat del fiduciari no suposa cap garantia pel fideïcomissari, pel que hagués estat més correcte assenyalar que *en allò que es refereix a immobles, serà suficient la inscripció en el Registre de la Propietat de la clàusula del fideïcomís de la que resulti la titularitat del fideïcomissari*; i, en castellà, *siendo suficiente, en lo que a inmuebles se refiere, la inscripción en el Registro de la Propiedad, de la clàusula del fideicomiso de la que resulte la titularidad del fideicomisario*. Òbviament no es possible modificar el text per la via de la correcció d’errors, però estam al davant d’un error conceptual que –quan es legisli sobre la matèria– s’hauria de corregir.

8).- Article 44.

“Els fills adoptius i els seus descendents no seran legitimaris en la successió dels seus pares i ascendents per naturalesa, ni aquests en la de aquells, tret del supòsit que un consort adopti al fill per naturalesa de l’altre, el qual tindrà, juntament amb l’adoptant, dret a l’legítima. En aquest supòsit, el fill adoptiu i els seus descendents seran legitimaris en la successió del pare per naturalesa o ascendent.” (Text català).

“Los hijos adoptivos y sus descendientes no son legitimarios en la sucesión de sus padres y ascendientes por naturaleza, ni éstos en la de aquellos, salvo en el supuesto de que un consorte adopte al hijo por naturaleza del otro, el cual tendrá, juntamente con el adoptante, derecho a legítima. En este supuesto el hijo adoptivo y sus descendientes serán legitimarios en la sucesión del padre por naturaleza o ascendiente” (Text castellà).

Novament s’ha de dir que la coincidència de sentit entre ambdós textos és absoluta, però s’ha fet una petita referència al precepte per posar de relleu que no era necessari posar que els ascendents per naturalesa que no siguin els pares no tindran dret a llegítima del descendents, ja que, de manera general (article 41 2n) tan sols són legitimaris el pares per naturalesa o adopció, però no els altres ascendents. Per això, es possible que hagués estat més exacte una redacció expressiva que *el fills adoptius no seran legitimaris en la successió dels seus pares i ascendents per naturalesa, ni els pares en la de aquells*(Versió catalana), o *los hijos adoptivos y sus descendientes no son legitimarios en la sucesión de sus padres y ascendientes por naturaleza ni los padres en la de aquéllos*....(Versió castellana).

És pot fer la mateixa observació feta abans: no es tracta d’un error material que es pugui corregir, sinó una simple advertència per a quan es legisli sobre la matèria.

9).- Article 46 paràgraf 2n.

“Sin embargo, la preterición no intencional de hijos o *ascendientes* legitimarios conferirá al preterido acción para obtener la anulación del testamento, que caducará a los cuatro años de la muerte del causante. “ (Versió castellana del text refós del Decret Legislatiu 79/1990).

Tanmateix a la versió catalana i castellana de la llei 8/1990 de 28 de juny i a la versió catalana del text refós es parla sempre de la preterició no intencional de fills o descendents legitimaris. Sense cap dubte la referència als *ascendientes legitimarios* es un error material, ja que el text redactat per la Comissió de Juristes parlava de fills o descendents. A més, la referència als ascendents seria absurda ja que no tots els ascendents tenen dret a llegítima, sinó tan sols els pares. I sense oblidar que, abans de la Compilació de 1990, regulava el tema l’article 814 Cc que limitava la preterició errònia als fills i descendents, essent aquest el règim que tradicionalment s’aplicava a Mallorca. Per tant, s’ha de considerar que la versió castellana del text refós no pot més que referir-se a *la preterición no intencional de hijos o descendientes legitimarios*.

10).- Títol del capítol IV (De la successió ab intestato).

A la versió catalana del text refós trobem el títol del capítol IV, dedicat a la successió ab intestato, entre els articles 50 i 51, que regulen la definició, mentre que no figura l'esmentat títol a la versió castellana, que inclou l'article 53 –dedicat a la successió ab intestato– dintre de la “Secció 5ª. De los testamentos”. Com es veu, un vertader *totum revolutum*.

11).- Article 54 paràgraf 2n.

“En allò que no es preveu en el paràgraf anterior, hi serà d'aplicació el que disposa el Codi civil (arts. 523 a 529, nº 30299) sobre el dret d'habitació” (Versió catalana del text refós).

Òbviament sobra el que està comprés entre els parèntesis, que no trobem a la versió castellana.

12).- Article 62 paràgraf 2n.

“El censatari pot cessar en el pagament de les pensions quan el censalista no justifiqui el dret de percepció” (Versió catalana).

“El censatario puede cesar en el pago de las pensiones cuando el censalista no justifique su derecho de percepción” (Versió castellana).

En el textos refós es contenen uns preceptes similars.

El text que va redactar la Comissió de Juristes va respectar el precepte de la Compilació de 1961, expressiu que “El censatario *no* puede cesar por su voluntad en el pago de las pensiones alegando que el censalista no ha justificado su derecho a la percepción”, paràgraf que era congruent amb el que proclamen els altres paràgrafs del precepte que estableixen –com era tradicional en el nostre Dret– l'estat possessori, que, en principi, legitimava la reclamació de les pensions que es venien pagant, per aquest simple fet, sense perjudici de la possibilitat del censatari d'exercitar el drets que tingui per convenient quant a la im procedència del seu pagament.

Però, segons explica Mir de la Fuente, en els seus comentaris al precepte (Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, edición 2000 pág. 1097), “la supresión del *no* tiene su origen en la enmienda número 50 del Grupo Parlamentario P.S.M. –E.E.M. carente de toda explicación”.

Efectivament, tal como ha quedat el precepte és una total incongruència, ja que en els paràgrafs primer (“Respecte del pagament i cobrament de les

pensions dels censos, hom s'haurà d'atendre a l'estat possessori") i tercer ("L'estat possessori es perd pel transcurs de dos anys sense cobrar la pensió") es reconeix l'estat possessori, per a després intercalar entre els dos paràgrafs una declaració que el deixa totalment sense efecte, al assenyalar que "El censatari pot cessar en el pagament de les pensions quan el censalista no justifiqui el dret de percepció". Si pot cessar en el pagament de les pensions si no es justifica el dret a reclamar-les, vol dir que no hi ha estat possessori.

Evidentment no estam al davant d'un error material, però si és un error conceptual de clara notorietat. Sense cap dubte hagués estat preferible eliminar l'estat possessori, que, per una altra part, no té justificació, ja que qui reclama unes pensions –o un lluïsmes– ha de aportar els fonaments de la seva reclamació, com és norma fonamental dintre del Dret processal.

13).- Article 86 paràgraf 1er.

"L'explotació a majoral, conveni agrícola *entre parts* pactat en qualsevol forma entre el propietari i el conrador o majoral, es regirà per allò que si hagi convingut i per l'establert en aquesta Compilació. En defecte d'això, hom s'hi atindrà als usos i costums insulars".(Versió catalana de la llei i del text refós).

En canvi, a la versió castellana de la llei i del text refós es diu "La explotación a majoral, convenio agrícola *parciario* pactado en cualquier forma entre el propietario y el cultivador..." I és clar que no és el mateix –per a un jurista– "parciario" que "entre parts", ja que "parciario" dona una genuïna idea de la naturalesa jurídica del conveni, que, com diu Cerdà Gimeno (Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, edición 2000 pag 1223 volumen B), no es un derecho real, ni un arrendamiento, ni una sociedad, ni un contrato autónomo, ni una simple clàusula: parece que no puede ser más que un tipo "a la ibicenca" de los contratos *parciarios* "agrícolas". Consecuentemente, conforme a esta caracterización jurídica deben resolverse los principales problemas planteados en la pràctica, debe interpretarse la normativa aplicable y los usos y costumbres acerca de la figura y debe fijarse el sistema de fuentes, en su caso".

Recordam una vegada més que el text de la Comissió de Juristes estava redactat en castellà, i pareix que els traductors no juristes n'han tornat a fer de les seves, traduint una paraula –"parciario", que es va emprar per a donar idea de la naturalesa jurídica del contracte– per "entre parts", amb el que es cau dins el ridícul ja que si s'ha dit que és tracta d'un *conveni* agrícola és absurd afegir "entre parts" ja que –que sapiguem– tot conveni és entre parts.

III.- REFLEXIÓ FINAL.

Quan llegim la nostra Compilació, en la versió que li va donar la llei de 28 de juny de 1990, ens donam compte que, en aquest vint i quatre anys, la tècnica legislativa ha canviat molt. D'entrada, no trobem a la Compilació el que avui es considera imprescindible a tota llei mínimament ben feta: la incorporació d'un títol indicador del contingut de cada un dels preceptes.

Per una altra part, la Compilació abusa de les remissions, tant al Codi civil com a la pròpia Compilació. N'és un exemple l'article 8, en el que n'hi trobem quatre; i a l'article 53, que tan sols té tres línees i mitja, n'hi trobem tres. És sabut que les remissions plantegen molts de problemes. Com ha passat amb la remissió que l'article 84 fa al Codi civil per a regular la successió ab intestato en el Dret d'Eivissa i Formentera, la qual –com és lògic i com diu la disposició final segona– té caràcter estàtic, pel que s'entén feta a la redacció del Codi civil vigent a l'entrada en vigor de la Compilació de 1990; per la qual cosa, en el tema dels drets successoris ab intestato del cònjuge viudo, s'ha d'acudir a la redacció del article 945 Cc anterior a la llei modificadora 15/2005 de 8 de juliol, pel que no tota separació de fet determinarà l'exclusió del viudo de la successió intestada del seu cònjuge, sinó que serà precis que estigui separat de fet “por mutuo acuerdo que conste fehacientemente”, perquè així ho exigia l'indicat precepte abans de la modificació, segons va tenir ocasió de precisar la sentència 93/2012 de 23 de febrer de l'Audència Provincial Secció 3^a, confirmada per la 4/2012 de 24 d'octubre de la Sala Civil i Penal del nostre TSJ. Per això a les lleis actuals les remissions són poques i així, en el Avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni de 4 de setembre de 2013, no hi trobem cap remissió al Codi civil.

Per una altra part, la nostra Compilació ens mostra en moltes ocasions una parquedat excessiva que, si bé no arriba al extrems de la Compilació de 1961, pareix que tracta d'expressar un concepte amb les menys paraules possibles. N'és un exemple paradigmàtic l'article 8 CDCIB, al fer el tractament de la donació universal atorgada per raó de matrimoni, tan sols dient *Si n'és el cas hi serà d'aplicació l'article 1342 del Codi civil*.

Totes aquestes circumstàncies ens mostren que, pel que fa a la nostra Compilació, estem molt lluny de les “leyes sabias y justas” que, segons la Constitució de 1812, havien de protegir els drets dels ciutadans espanyols. I molt lluny també del que ens deien Montesquieu i Bentham, els quals insistien en que les lleis havien de tenir un llenguatge clar, precís, senzill i assequible. I és que tot això no és un luxe del que es pugui prescindir, una utòpica aspiració ni un *desideratum*, sinó que ve imposat per la més elemental seguretat jurídica.

Però, en les circumstàncies, actuals, hem arribat a un punt en que l'aspiració a les lleis sabies i justes no deixa de ser una quimera, perquè la realitat és que no tenim siquiera les lleis que ens fan falta per a situar el nostre Dret civil dintre de la realitat social dels nostres dies. Per això els juristes d'aquestes Illes –com recordava l'Acadèmic Miquel Coca recentment, en ocasió del lliurament del XI Premi Luis Pascual González– treballem sobre avantprojectes de llei y comentaris i estudis sobre els mateixos, en lloc de dedicar-nos al estudi de vertaderes normes jurídiques, que són les que estructurèn i vigoritzen un sistema, situant-nos d'aquesta manera dintre d'un Dret virtual o de laboratori. No debades va acabar l'esmentat jurista la seva intervenció, a l'acte acadèmic indicat, dient que el treball realitzat per la Comissió Assessora de Dret Civil i l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació sobre les institucions del nostre Dret evoca el de la Balanguera, que fila, fila i filarà, i acaba teixint unes *senyeres pel jovent* que mai ondejaran, perquè, a la realitat, no interessa treure-les del teler.

XII.4- ALTERNATIVAS TERMINOLÓGICAS A LA CONDICIÓN DE IMPUTADO.

Antonio José Terrasa García

El desajuste entre lenguaje jurídico y común, que llega a distorsionar la comprensión general de las situaciones jurídicas, se agudiza con la popularización de los procesos penales por la falta de un léxico riguroso, y favorece que la condición de “imputado” se identifique con un comportamiento decididamente criminal que abate la presunción de inocencia, alentando su reemplazo por una voz menos equívoca sobre su verdadera dimensión procesal.

SUMARIO.

- A).- Lenguaje técnico *versus* lenguaje común.
- B).- Una referencia plástica.
- C).- El cambio de paradigma: una solución paradójica pero pragmática.
- D).- La condición de imputado en el proceso penal.
- E).- La imputación material.
- F).- La imputación formal.
- G).- Una zona difusa.
- H).- Las soluciones pre-legislativas.
- I).- De vuelta a la realidad.

La Comisió de Dret Públic de la Acadèmia de Jurisprudència y Legislació de les Illes Balears se ha propuesto destinar parte del presente curso académico a los problemas de comunicación y especialmente de lenguaje, objetivo al que quiere corresponder este comentario sobre la terminología aplicada a quien se halla sujeto a un procedimiento penal, tan profusa y ambigua que contribuye a fomentar la confusión sobre el estado de inocencia.

A.- LENGUAJE TÉCNICO VERSUS LENGUAJE COMÚN.

El estudio y la aplicación del Derecho persiguen de modo natural, pero no sin dificultades, cierto consenso sobre la naturaleza, sentido y alcance de sus instituciones, por lo que el lenguaje jurídico presenta un inevitable grado de especialización, para poder operar conceptualmente con sus propias categorías, manejar términos de sentido inequívoco, e identificar claramente las situaciones y efectos jurídicos.

A dicha complejidad se suma la plausible exigencia de que el Derecho se exprese mediante un lenguaje común, suficientemente comprensible para sus destinatarios, que no son propiamente los juristas sino los ciudadanos tributarios del efecto jurídico correspondiente.

Exigencia de asequibilidad, tanto en el ámbito del derecho europeo continental como en la órbita anglo-americana, que sólo pretende ser exhaustiva en las esferas administrativa y negocial de consumo (donde toma decisiones un ciudadano sin especiales conocimientos ni asistencia jurídica), pero sin alcanzar igual intensidad en los terrenos judicial, forense, ni doctrinal científico, dada la escasa capacidad simbiótica entre los lenguajes jurídico y común¹; así que para concretar el “*derecho a una justicia comprensible*” se usa una fórmula ambigua² dado que el auténtico problema está en cómo alcanzar ese objetivo.

1.- FERNANDO REINOSO BARBERO. “*El lenguaje jurídico entre las bromas y las veras*”. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho. n.º. 44, Abril 2014. pág. 57.

2.- La **Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la Justicia** reclama: “*que en las vistas y comparencias se utilice un lenguaje que, respetando las exigencias técnicas necesarias, resulte comprensible para los ciudadanos que no sean especialistas en derecho.*”, y que “*las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico*”.

Entre tanto los reproches, al lenguaje forense y especialmente a las resoluciones judiciales por su dificultad de comprensión, cobran reflejo en los medios de comunicación, que informan sobre los asuntos judiciales de interés general a través de los mass-media, fomentando habitualmente una divulgación de las situaciones y consecuencias jurídicas en términos asequibles, asistidos desde los Gabinetes de comunicación que el Consejo General del Poder Judicial mantiene en cada Tribunal Superior de Justicia, que velan por un desarrollo armónico del principio de publicidad en las actuaciones procesales, procurándoles una proyección general, más allá de los personalmente presentes en ellas, para favorecer su transparencia y para auxiliar en su debida comprensión.

B.- UNA REFERENCIA PLÁSTICA.

Ilustra la difícil convivencia entre lo técnico y lo común una creciente y justificada preocupación por los desalojos judiciales de vivienda, que al parecer hacen inevitable la alusión al “desahucio”, un procedimiento judicial declarativo y simplificado –pero no de ejecución– que persigue la recuperación del inmueble por finalización del plazo contractual, por incumplimiento de otras condiciones, o por impago de la renta que –frecuentemente– puede corresponder a un arrendamiento, pero que desde luego nunca responde, ni puede responder, al desalojo por ejecución de una hipoteca.

Pero es tal la inclinación a identificar “desahucio” con lanzamiento o desalojo, que casi todos los desalojos o lanzamientos forzosos de vivienda aparecen como “desahucios”, incluyendo las ejecuciones de hipoteca que desde luego no responden a procedimiento de desahucio alguno³.

No es que con ello se proporcione una información inadecuada ni errónea en lo sustancial, porque la información sigue siendo perfectamente correcta en cuanto a los hechos que importan, pero carece de justificación un uso tan persistente como equivocado del término técnico “desahucio”, especialmente porque resulta innecesario para una información de carácter generalista, y máxime cuando ese mismo empeño puesto en boca de un experto podría fácilmente ser tachado de erudito, purista, diletante, pretencioso, o algo peor.

Valga decir que, consolidada la referencia informativa, deviene inútil cualquier esfuerzo por corregir la tendencia, no desde luego por dificultad de

3.- JAUME V. AROCA y SILVIA ANGULO. *“El 90 % de los desahucios en Barcelona son por impago de alquiler”*. LA VANGUARDIA. Barcelona. 16/06/2014: “Lo menos de estos desalojos, no más del 10 %, son todavía desahucios por impago hipotecario, y el resto, hasta el 90 %, corresponde a lanzamientos por impago de alquiler”.

comprensión o falta de interés, sino porque la comunicación de masas impone su propia dinámica a un lenguaje donde la idea inherente a una noción técnica llega a ser suplantada por una creencia que, derivada de su entendimiento popular o su interpretación no experta, se alimenta a sí misma hasta llegar a ser manejada con envidiable soltura.

C.- EL CAMBIO DE PARADIGMA: UNA SOLUCIÓN PARADÓJICA PERO PRAGMÁTICA.

Que la creencia opuesta a la idea llegue a ser predominante por su difusión en masa, no sólo constituye un reflejo inapelable de la difícil conexión entre lo técnico y lo asequible, sino que además alumbrá otras consecuencias –también derivadas de esta interacción lingüística– porque la distorsión puede acabar comprometiendo la virtualidad de la figura jurídica concernida (o de otras conexas) y hacer que los esfuerzos doctrinales se encaminen hacia una solución paradójica pero pragmática⁴, que pasa por alterar el paradigma y cuestionar la utilidad de la terminología técnica, o cuanto menos plantear su cambio para enmendar una percepción tan equivocada como extendida.

Podrá decirse que ello responde a simple diletancia académica, o a un decadente empeño en corregir nociones erróneas desde un prisma exclusivamente técnico, aunque también debería contar la conveniencia de preservar la virtualidad y la eficacia de los instrumentos con que afrontar y dar respuesta coherente a los problemas jurídicos.

Nótese, sin ir más lejos, que el respeto a las necesarias garantías en el proceso judicial somete la realidad a un filtro reductor porque, pese a que en el proceso quepa toda realidad sin embargo no cabe en él de cualquier forma, así que los jueces por sistema cuestionan, ponen en duda, o en tela de juicio, lo que casi todo el mundo puede haber dado ya por supuesto, porque además de creer hay que probar, comprobar bajo determinadas condiciones, que a menudo restringen la libertad de valoración, entrando en pugna con creencias o convicciones previamente ya asentadas con mayor o menor fundamento.

Y de ahí la desorientación, la frustración, y hasta la deslegitimación, cuando el resultado del proceso no coincide con la creencia que deriva de la información ofrecida sobre los asuntos *sub iudice*, generándose riesgo de sustitución del proceso por el llamado juicio mediático, tanto que el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos permite restringir las libertades

4.- Según el diccionario de la RAE, pragmático/a es, en una de sus acepciones, la disciplina que estudia el lenguaje en su relación con los usuarios y las circunstancias de la comunicación.

de información y expresión para la “*protección de la reputación de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial*”.

También en esto resulta insustituible la prudente administración de los roles y el respeto a los respectivos ámbitos, especialmente cuando la información atañe a asuntos penales, cuya masiva divulgación inclina a trivializar planteamientos y soluciones, con un inherente desdén por la opinión de los expertos, cuyas “*disquisiciones han dejado de ser, no ya sólo comprensibles, sino dignas de comprensión para influyentes sectores sociales*”⁵.

Dificultad que aumenta al informar sobre actuaciones de publicidad restringida, especialmente durante la fase de investigación criminal, sujeta a un equilibrio delicado por el riesgo de que la información veraz en aspectos de interés general produzca interferencias perjudiciales para la propia investigación y para los derechos fundamentales circundantes.

D.- LA CONDICIÓN DE IMPUTADO EN UN PROCESO PENAL.

Sea como fuere, la información masiva sobre los asuntos judiciales, que apareja una divulgación extensa de estas situaciones y sus acontecimientos conexos, ha incorporado una popularización de términos técnicos relacionados con el procedimiento criminal, tales como denunciado, querellado, sospechoso, investigado, imputado, indiciado, encausado, encartado, procesado, inculcado, acusado...⁶

Son términos de uso tan frecuente como confuso, respecto de los que no en pocas ocasiones se padecen serias dificultades de armonización con su correspondiente sentido o significado jurídico⁷, bien por la reproducible ambivalencia del propio lenguaje jurídico (ya que en ocasiones una misma

5.- JOSÉ LUIS DÍEZ RIPOLLÉS “*La nueva política criminal española*”, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología. Nº. 17. 2003. página 18.

6.- FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ. “**ENJUICIAMIENTO CRIMINAL. Décima lectura constitucional**”. Atelier, Barcelona 2011. pág.127: “*Es tan rica y polifacética la nomenclatura que no existe acuerdo doctrinal ni legal en cuanto a la denominación que mejor resume este status procesal de parte: inculcado, reo, encartado, encausado, imputado, son algunas de las denominaciones que recibe este sujeto pasivo del juicio penal*”.

7.- JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO. “**Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal**”. Editorial Trivium. Madrid. 1999. Pág.23: “*La imprecisión terminológica que impera en la LECrim para referirse al sujeto sometido al proceso penal parece aclararse, en cierta medida, con la referencia, en su art. 118 al imputado (“toda persona a quien se impute un hecho punible...”)*”.

palabra acoge acepciones jurídicas diversas, o peor, ambiguas); o también por la dificultad para trasladar su exacto significado (requerido de matizaciones o sutilezas difícilmente perceptibles, cuando no despreciables, o al menos no apreciadas, por unos destinatarios de la información que no son expertos).

En especial el problema se ha suscitado en torno a la condición del “imputado”, un término que permanecería enredado sin más contratiempos entre la maraña de alusiones a la situación procesal de quien se ve sujeto a un procedimiento penal, si no fuese por su generalizada identificación con un comportamiento criminal sin paliativos.

Tal creencia –no siempre fundada y a menudo errónea– se aleja de la noción técnica, y corroe la presunción de inocencia con tal fuerza que impele a sustituir el término a menudo mal entendido, para tratar de paliar así el demoledor impacto en el derecho fundamental de la persona.

E.- LA IMPUTACIÓN MATERIAL.

Para transmitir una idea asequible sobre la situación de quien simplemente está siendo “investigado” sería lo más lógico denominarlo así exactamente, lo que favorecería una coincidencia sustancial de la situación con el sentido y la dimensión del procedimiento en ese instante, y en cualquier caso probablemente fuese suficiente buscar un término más suavizado, o mejor más expresivo en términos de comprensión general sobre esta situación provisional, remarcándola como pendiente de un auténtico esclarecimiento, para que no se vinculara automáticamente con un comportamiento que arroja sombras razonables de criminalidad, o con una irremediable actuación ya de por sí delictiva.

Sin embargo una solución puramente nominalista no resulta tan sencilla dada la elasticidad conceptual del término “imputado”, lo que ha alentado más todavía el debate jurídico sobre la conveniencia de sustituirlo.

A partir de ello la solución se complica, porque no sólo se trata de buscar un término más expresivo, más coloquial, o más comprensible, sino de aproximarle además a la dimensión jurídica que le corresponde, lo que también demanda algún entretenimiento.

Con carácter general la situación del “imputado” ha venido ligándose a aquella persona contra la que de alguna forma se dirige el procedimiento judicial, es decir la atribución, más o menos fundada, de la comisión de unos hechos punibles a persona determinada⁸: una concepción material o amplia

8.- MONTÓN REDONDO, A. “*Derecho Jurisdiccional*”, tomo III, Proceso penal. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia.1997, pág. 202.

de la imputación, caracterizada por la sujeción al procedimiento judicial penal en su primera fase.

En base a tal concepción resulta exigible la previa apertura de un “procedimiento judicial” acordada para sustanciar una “investigación”, de forma que si ésta prospera y arroja datos o elementos que corporeicen una actividad probablemente criminal, la investigación se transformará en “instrucción”, avanzando en el procedimiento –por sus correspondientes trámites– para depurar las eventuales responsabilidades de esa naturaleza.

Quizá convenga adelantar que la frecuente asimilación entre investigación e instrucción viene propiciada por una transición no felizmente superada desde el procedimiento inquisitivo al acusatorio, siquiera sea el formal, porque el puro anda atascado en proyectos de futuro⁹ desde que resta recuerdo.

I.- A trazo grueso puede apuntarse que la investigación dirigida por el juez con carácter secreto era inmanente al procedimiento inquisitivo, sin conocimiento y por ende sin posible intervención activa del imputado, del sujeto investigado por el juez secretamente, quien al final de una “investigación” secreta se veía sorprendentemente sometido a la llamada confesión con cargos, trámite que posibilitaba la “instrucción” porque a partir de él se establecían y concretaban los hechos objeto del proceso, pero sin que ninguna de las partes hubiera tenido posibilidad de intervenir, y en consecuencia sin asomo del derecho de defensa hasta que –con el avance hacia el sistema acusatorio formal– la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1872 introdujo los artículos de previo pronunciamiento para permitir que, finalizada la fase de investigación con su correspondiente instrucción (ambas carentes de defensa), pudieran las partes (ya asistidas y defendidas) plantear en el juicio cuestiones invalidantes para evitar su innecesaria celebración viciada, bien que el derecho de defensa sólo se concedía tras haber finalizado la fase de “instrucción”, y no antes¹⁰.

II.- Nuestra más que centenaria Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.), cuyo texto fue aprobado por el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, al avanzar en el sistema acusatorio formal (con el decidido y no siempre bien logrado propósito de restar peso determinante a la fase de

9.- Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 2011; y Anteproyecto de Código Procesal Penal. Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia. Madrid. 2013.

10.- MEDINA CEPERO, JUAN RAMÓN. “*El origen histórico de las cuestiones o artículos de previo pronunciamiento: el por qué de una figura obsoleta*”. Boletín de Información. Ministerio de Justicia. Año LV. NUM. 1887. 15 Febrero 2001. Madrid. Pág. 703 y ss. (5 y ss. del Boletín).

“instrucción” para atribuírselo correlativamente en plenitud al juicio oral, al plenario), reconoció el derecho de defensa ya durante la fase de “instrucción”, pero sólo a partir del Auto de procesamiento (Art. 384 LECrim.) y no antes, o sea desde que la imputación (hasta entonces material) se transformase en imputación formal.

III.- La entrada en vigor de la Constitución Española (CE) dió rango constitucional al derecho de defensa en sus arts. 17 y 24, de modo que la Ley de 4 de diciembre de 1978 adaptó el art. 118 de la LECrim. a estas exigencias supra-legales obligando a poner en conocimiento inmediato del afectado la simple admisión a trámite del procedimiento penal tras la denuncia o querrela¹¹, lo que en realidad supone una imputación meramente material respecto de la que resulta disonante la referencia final de este art. 118 LECrim. a los “*presuntos inculcados*”, un cóctel de difícil digestión porque la “inculpación” está conceptualmente más próxima a la probabilidad de delito que a la simple posibilidad inherente a la imputación material, pues en cualquiera de sus acepciones entraña una afirmación de culpa, o mejor de culpabilidad (sin que convenga ahora entrar en este detalle), mientras que aquí se trata simplemente de comunicar a los afectados la apertura o la existencia de la investigación que les concierne y a la que quedan sometidos (ya puestos, sin duda sonaría mejor “presuntos implicados”); y para tratar de arreglarlo, seguramente sin demasiada fortuna, el legislador adjetivó esta inculpación *sui generis* como “presunta” (vocablo cuyas peripecias por su desajustado empleo daría para un comentario autónomo), cuya aplicación –en este caso a la inculpación– constituye otro lamentable estrago terminológico porque fuerza a tenerla que presumir junto con la inocencia: una irreconciliación fatal, a resolver por el rango constitucional de esta última; embrollo al que ha apuntado el Tribunal Supremo sin excesiva energía¹².

IV.- La siguiente modificación estructural, ya perteneciente al presente siglo XXI, aconteció cuando el art. 771.2.1º LECrim. sobre el Procedimiento

11.- Art. 118 de la LECrim.: “*Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que este sea*”, desde que se le comunique su existencia (...) *La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados*”.

12.- Auto TS 19 Jul. 1997: “...*el imputado por el delito (ver art. 118 procedimental) se sitúa en un plano de menor intensidad penal que el inculcado o procesado (...) Es también (la del imputado) una situación temporal que jurídica o procesalmente es o puede ser precursora de la inculpación o del procesamiento, aunque pueda ser discutible muchas veces la efectiva, real y concreta diferenciación entre tales conceptos a la hora de establecer los efectos que la comparecencia de unos u otros pueda originar*”.

Abreviado, redactado por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre¹³, extendió con acierto el derecho de defensa a las actuaciones policiales, imponiendo a la Policía Judicial la obligación de informar del modo más comprensible al imputado no detenido sobre “los hechos que se le atribuyen y los derechos que le asisten”. Modificación que generó una nueva alteración conceptual, porque la tradicional ligazón entre imputación material y derecho de defensa dejó de pertenecer en exclusiva al procedimiento judicial por haber pasado a ser materialmente “imputado” el sujeto sometido a la investigación criminal abierta por un policía o por un fiscal, y no sólo por un juez.

V.- Pero si bien cualquiera de estas investigaciones (policial, fiscal, o judicial) debe garantizar el derecho a ser informado de la investigación y el derecho de defensa, sólo la de naturaleza procesal asegura –además– la intervención de la única Autoridad independiente y una decisión “motivada” sobre la apertura del procedimiento¹⁴. Y ello apareja efectos concretos, pues la legitimación del Estado para perseguir las infracciones criminales decae por el transcurso del tiempo, y las diferencias de criterio sobre la prescripción de los delitos y las faltas entre el Tribunal Supremo (sosteniendo que para interrumpir el plazo prescriptivo bastaba la interposición de la denuncia o de la querrela)¹⁵ y el Tribunal Constitucional (que requería –además– su admisión por el juez)¹⁶, desembocaron en la salomónica Ley Orgánica 5/2010,

13.- Artículo 771 LECrim.: “En el tiempo imprescindible y, en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiere, la Policía Judicial practicará las siguientes diligencias: (...) 2.ª Informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y e) del artículo 520.2.”

14.- Véase el art. 269 LECrim. sobre abstención de todo procedimiento ante una denuncia manifiestamente falsa o cuyos hechos no revistan caracteres de delito, el art. 309 bis LECrim. sobre traslado inicial de la imputación por delitos cuyo enjuiciamiento corresponda al Tribunal del Jurado, y los arts. 312 y 313 LECrim. tanto sobre inadmisión de la querrela a trámite como sobre desestimación inicial de la querrela por falta de tipicidad o de competencia.

15.- STS 2ª 27 Dic. 2010: *“esta ley modifica el apartado 2 del art. 132 del Código penal confiriendo un modo de interrumpir la prescripción que se aparta de nuestra doctrina tradicional, conforme a la cual, la querrela o denuncia, con tal que contuvieran datos identificativos del presunto autor y del delito, era suficiente para comprender que ya formaba parte del procedimiento e interrumpir la prescripción.(...) el precepto parece partir exclusivamente de tal modo de incoación de una causa mediante los aludidos modos de denuncia o querrela, pero indudablemente la amplitud de la norma ha de significar que los actos previos de investigación judicial deben tener virtualidad interruptora”*.

16.- STC 133/2011, de 18 de julio, STC 29/2008, de 20 de febrero, y STC 63/2005, de 14 de marzo acerca de que la querrela o denuncia “es una -solicitud de iniciación- del procedimiento”, pero “no un procedimiento ya iniciado”, por lo que además se requiere un “acto de interposición judicial” (STC 29/2008, de 20 de febrero) o de “dirección procesal del procedimiento contra el culpable” (STC 63/2005, de 14 de marzo).

de 22 de junio, que redactó el apartado 2 del art. 132 del Código Penal (CP) donde se condiciona la interrupción de la prescripción a la presencia de una decisión judicial “*motivada*”¹⁷ que atribuya la participación de alguna persona concreta en una infracción criminal (habitualmente en el Auto de incoación del procedimiento, o de admisión a trámite) dentro del plazo de seis meses para los delitos y de dos meses para las faltas a contar desde la presentación de la denuncia o querella.

No creo que esta exigencia de motivación liminar o inicial relacionada con los hechos, datos, notas, elementos, y/o circunstancias de posible dimensión criminal (cuya noticia viene proporcionada por la denuncia o la querella) que justifiquen la apertura de la investigación (la imputación material), equivalga o sea identificable con la atribución razonada de indicios criminales fruto de la investigación (la imputación formal).

Y no lo creo porque tal exigencia de motivación inicial ha de ser congruente con el momento y estado –incipientes– del procedimiento que se trata de instalar, pese a que como criterios bastantes para justificar la apertura de la investigación se barajen con abierta y desaconsejable indiscriminación los términos “verosimilitud”, “sospecha”, o “indicio”, cuando desde luego no son equivalentes. Tal es la falta de definición terminológica en este punto, que la dudosa posibilidad de utilizar dichos criterios como verdaderas categorías se manifiesta en una habitual tendencia a la adjetivación en función de su intensidad o debilidad: suficientemente verosímil, intensidad de la sospecha, sospecha fundada, sospecha vehemente, indicio accesible, indicio insuficiente, etc..., tratándose en definitiva de una pauta lógica enfocada a la objetividad de la valoración para desterrar cualquier apreciación subjetiva, infundada, o arbitraria.

Exigencia de motivación que lógicamente varía y se intensifica paulatinamente con el avance de la investigación, guardando correlación gradual con el momento en que la investigación se encuentre y con las pesquisas verificadas¹⁸; y ello tanto en sentido positivo como negativo, es decir hasta alcanzar un punto en que las indagaciones ofrezcan idoneidad para formular una evaluación racional y expresa de consistencia, o por el contrario desemboquen en un estado de impotencia investigadora, irrealidad del suceso, o falta de entidad criminal.

17.- Art. 132.2.1º CP: “Se entenderá dirigido el procedimiento contra una persona determinada desde el momento en que, al incoar la causa o con posterioridad, se dicte resolución judicial motivada en la que se atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta.”

18.- Y así cuando el art. 132.2.1º CP alude a la motivación, distingue entre la hecha “*al incoar la causa o con posterioridad*” (véase nota 9).

En el primer caso, cuando de la “sospecha” inicial se pasa al “indicio”, se abre una nueva frontera que marca el tránsito hacia la zona de tangencialidad entre la imputación material y la formal.

F.- LA IMPUTACIÓN FORMAL.

Dado que la imputación material consiste en atribuir a alguien la comisión de un delito más –o incluso “*menos*”– fundadamente, basta poder “conjeturar” en función de la simple verosimilitud o las meras sospechas, y poca duda cabe de que –en términos coloquiales– tal situación respondería mejor a la categoría de “sospechoso” o “investigado”.

En cambio “imputar” significa (en su primera acepción) atribuir, achacar, o asignar a alguien la participación en un hecho reprobable, en este caso un hecho criminal, lo que ya exige alguna fundamentación que se concreta justificando la concurrencia de “indicios” que requieren “conocer” o “inferir” a partir de datos palpables o al menos extrovertibles, en lugar de simples conjeturas sin fundamento suficientemente sólido.

Y así es que la imputación formal incorpora una valoración razonada¹⁹ acerca de que la investigación (abierta en base a simples sospechas) ha proporcionado elementos indiciarios que ya permiten una atribución de criminalidad que es provisional, pero que asimismo es formal, argumental y consistente (ya no incipiente o puramente elemental), es decir que permiten “imputar”, achacar, atribuir, o asignar razonablemente, con argumentos, la actividad criminal a determinada persona, bien que con carácter provisional, lo que abona el empleo del término “imputado” para identificar esta situación (que es de imputación formal), frente a la del simple “sospechoso” o “investigado” (que es de imputación material).

Pero nuestra centenaria LECrim. (redactada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882), en lugar de diferenciar entre sospechoso o investigado (por conjeturas) e imputado (por indicios), estableció originariamente una terminología dual y equívoca al distinguir entre “imputado” (el sujeto que está siendo materialmente investigado y sometido al procedimiento) y “procesado” (el sujeto a quien el juez ya designa formalmente como imputado una vez comprobada la concurrencia de indicios sobre la criminalidad de su conducta).

19.- JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO. Op. cit. pág. 48: *“Este juicio de probabilidad entraña un reforzamiento del juicio inicial acerca de la posibilidad de responsabilidad criminal de un sujeto concreto en la comisión de un delito. La diferenciación entre posibilidad y probabilidad se distingue por la intensidad de los elementos de convicción...”*

Tal distinción terminológica se mantiene todavía para el Procedimiento ordinario, donde la imputación formal se halla vinculada a la institución del procesamiento²⁰, exigible desde que aparezca “algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona”²¹.

Bien que para mayor complicación terminológica, al regular la institución del procesamiento se añadió la redundante expresión “*indicio racional*”, otra muestra añadida de debilidad terminológica al asumir, o al menos parecerlo, la posibilidad de otros indicios no racionales, es decir absurdos o ilógicos, lo que entraña cierto contrasentido que podría explicarse (sin justificarlo) por la necesidad de que las sospechas iniciales (menos exigentes por apuntar a la mera posibilidad del hecho delictivo) hayan dado paso a la constatación de verdaderos y auténticos “indicios”, lo que ya exige capacidad de comprobación (aunque sea provisional para no lesionar la presunción de inocencia) con que establecer una corroboración lógica y formal, apoyada en los elementos suministrados por la investigación que autoricen a afirmar la probabilidad del hecho delictivo, más allá de la simple posibilidad.

La superación del sistema inquisitivo condujo a nuestra todavía vigente LECrim. a vincular la institución del procesamiento no sólo con la imputación formal, sino también con el derecho de defensa hasta entonces inédito durante la fase de sumario o de instrucción, lo que incorporó un aumento de garantías.

Bien que al haber sido (como se ha adelantado) constitucionalmente previsto el derecho de defensa desde el inicio de la investigación criminal, quedó en dique seco la supeditación de este derecho fundamental (de defensa) a la imputación formal (al procesamiento), por lo que el estatus de “procesado” carece de la mencionada vinculación originaria con el derecho de defensa (ya que éste viene atribuido con carácter inicial y sin dependencia alguna del procesamiento²²), quedando reducido a una evaluación judicial explícita de

20.- JOSÉ ANTONIO DEL OLMO DEL OLMO. Op. cit.. Pág. 15: “*el auto de procesamiento, como resolución judicial del órgano instructor que ha originado en nuestro ordenamiento la idea de la imputación formal, constituye una figura típica y genuina de nuestro proceso penal ordinario, sin que en los países de nuestro entorno exista una figura idéntica.*”

21.- Art. 384 LECrim.: “Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta Ley. El procesado podrá, desde el momento de serlo, aconsejarse de Letrado, mientras no estuviere incomunicado, y valerse de él, bien para instar la pronta terminación del sumario, bien para solicitar la práctica de diligencias que le interesen, y para formular pretensiones que afecten a su situación...”

22.- Arts. 118 y 771.2.1º, ambos de la LECrim. (véanse las notas 6 y 7).

que ya concurren auténticos indicios (no meras sospechas) sobre la participación de persona concreta en un hecho punible.

Pese a todo, en nuestro sistema acusatorio formal, donde el juez que dirige la investigación también es competente para la instrucción, y además lo es asimismo para la fase intermedia en el Procedimiento abreviado, la existencia de un acto formal de imputación (se llame o no procesamiento) se revela extraordinariamente útil para asegurar el respeto al derecho de defensa, pues a su tenor se fijan o establecen los hechos (resultantes de la investigación) a que deberá ceñirse posteriormente la acusación.

Si bien para hacerlo así, como conviene, surge un escollo añadido en el actual Procedimiento abreviado, porque carece de un instrumento procesal adecuado para la imputación formal, carece de “procesamiento”, carece de un acto procesal mediante el que se formalice la imputación argumentando la concurrencia de indicios.

La razón de esta carencia estriba en que el juez, al dirigir la “investigación”, asume un rol de naturaleza inyectiva, que deriva de su interés en la persecución del delito, lo que puede entrañar una implicación parcial y (por tanto descalificatoria) como órgano de la fase intermedia encargado de valorar –más adelante– la suficiencia de la acusación.

Quizás no sea ahora momento de incidir en la problemática relacionada con la declaración de inconstitucionalidad emitida sobre esa pluralidad de cometidos: investigación/instrucción/fase intermedia (que determinó la creación del “procedimiento abreviado para determinados delitos” (PADD) por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)²³, por lo que basta apuntar que –para superar esta dificultad– en dicho procedimiento abreviado se eliminó la institución del procesamiento, se suprimió el acto formal de imputación, y en su lugar se prevé que el juez encargado de la “investigación” se limite a señalar que a su parecer está la misma suficientemente conclusa, y como encargado de la “instrucción” determine si la causa se ha de sobreseer o por el contrario ha de continuar, y en este caso con arreglo a qué procedimiento deben seguir los trámites, pero sin emitir valoración propia formal sobre el resultado de la investigación, o sea sin evaluar explícita y formalmente los indicios de criminalidad concurrentes (para tratar de evitar su

23.- JULIO J. MUERZA ESPARZA. “**El proceso penal abreviado**”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). 2002. pág.17: “*Los días 16 y 22 de octubre de 1987 dos Juzgados de Instrucción (el núm. 2 de Palma de Mallorca y el 9 de Madrid, respectivamente) dictaron sendos Autos planteando al Tribunal Constitucional cuestiones de inconstitucionalidad (...) El alto Tribunal resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad en la Sentencia 145/1988, de 12 de julio (...) La previa instrucción de la causa hace del instructor un Juzgador objetivamente “prevenido”, que ya ha prejuzgado a favor o en contra del reo.*”

contaminación, su pérdida de imparcialidad objetiva).

Las dos decisiones (finalización de la instrucción + continuación del procedimiento por los trámites que correspondan) se reúnen en una sola resolución: el Auto de acomodación o transformación del procedimiento (art. 779 LECrim.)²⁴, mediante el que se ha pretendido desconectar la función investigadora de aquella otra que –como órgano de fase intermedia– le competirá después para resolver si procede o no la apertura del juicio oral en vista de si la acusación ya formulada es o no consistente, en función de si tiene o no suficiente fundamento.

Aun así resulta bastante obvio que la ausencia de un acto de imputación formal (que explique los indicios racionales de criminalidad derivados de la investigación concluida) no evita que implícitamente deban existir los que apoyen la decisión de no sobreseer sino continuar el procedimiento, lo que exige un equilibrio sumamente inestable para satisfacer la exigencia de motivación sin perder imparcialidad, una acrobacia arriesgada para la convivencia armónica de los diferentes derechos fundamentales en conflicto a la que aboca, con no pocos problemas, el procedimiento abreviado.

24.- Art. 779 LECrim: “1. Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones: 1.ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. 2.ª Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento. 3.ª Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los imputados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. 4.ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquella en los términos previstos en el artículo 775. 5.ª Si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801. 2. En los tres primeros supuestos, si no hubiere miembro del Ministerio Fiscal constituido en el Juzgado, ni hubieren interpuesto recurso las partes, se remitirán las diligencias al Fiscal de la Audiencia, el que, dentro de los tres días siguientes a su recepción, las devolverá al Juzgado con el escrito de interposición del recurso o con la fórmula de “visto”, procediéndose seguidamente en este caso a la ejecución de lo resuelto.”

Carencia de una herramienta formal que ha necesitado ser suplida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo²⁵, exigiendo que –para salvaguardar el derecho de defensa– se haya informado y dado posibilidad de defenderse al investigado, para evitar que la ausencia de un acto formal de imputación (la falta de una explicación formal sobre la concurrencia de indicios racionales resultantes de la investigación) desemboque en indefensión efectiva, o lo que es igual evitar que se formalice una acusación por hechos sustancialmente ajenos a la investigación desarrollada y sobre los que no haya podido defenderse eficazmente.²⁶

La cuestión es que aquella distinción entre un “sospechoso” o un “investigado” (alguien materialmente imputado) y un “procesado” (alguien ya formalmente imputado), carece de *locus standi* en el Procedimiento abreviado, donde el término “imputado” cubre indiscriminadamente ambas facetas, lo que suministra todavía mayores dosis de inconcreción y reduce la capacidad para reflejar de modo más comprensible la situación procesal exacta, o más exacta para cada momento, de manera que para evitar –en la medida de lo posible– la afectación del estado de inocencia parece conveniente que la imputación material determine la condición de “sospechoso” o “investigado”, reservando la de “imputado” a quien se asignen formalmente indicios de criminalidad como resultado de la investigación.

25.- STS 2^ª 8 Mar. 1996: “Las muy recientes SSTS 1123/1995, de 15 noviembre y 193/1996, de 5 marzo, recogen la doctrina de la STC 152/1993, de 3 mayo, que señala que «es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990 y reiterada en las SSTC 128/1993 y 129/1993) la de que (...) nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación contra él existente, haberle permitido su exculpación en la “primera comparecencia”, contemplada en el art. 789.4 de la LECrim.”

26.- SANTIAGO ORTÍZ NAVACERRADA. Prólogo a la obra “**Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal**”. Editorial Trivium. Madrid. 1999. Pág. 19: “Una corriente doctrinal, de fuerte auge en las décadas cincuenta y sesenta, puso particular empeño en destacar y censurar los aspectos negativos de la institución del procesamiento: singularmente se aducía que restaba los momentos de acceso a la instrucción y defensa del imputado en el proceso en curso, y que comportaba una penosidad anticipada por su fuerte impacto en el crédito social del afectado. Se olvidaban, en cambio, aspectos ciertamente positivos del instituto: en particular, el control por el Juez Instructor de la posición, irremediamente afflictiva, del sujeto pasivo del proceso penal, con su correlativa derivación de servir de presupuesto de la acusación en el juicio oral, sólo eficaz frente a persona previamente procesada.”

G.- UNA ZONA DIFUSA.

La declaración hecha por un testigo expuesto a riesgo de imputación –si no disipa las dudas existentes– podría resultarle perjudicial, pues declaró estando obligado a colaborar con la investigación y a someterse a las consecuencias de no decir la verdad, lo que le podría llevar a autoinculparse sin garantías.

Una situación que, afectando al derecho a ser informado de la acusación y al de defensa, genera confusión sobre la correspondiente situación o estatus en el procedimiento, pues su posición procesal como testigo puede llevarle de facto a una declaración auto-imputatoria sin las debidas garantías, frente a lo que ha tenido que reaccionar la jurisprudencia²⁷.

En Francia se ha dado respuesta a este problema introduciendo la figura del “testigo asistido”²⁸, al que se le permite contar con asistencia letrada en preservación de ese fundamental derecho, y asimismo en Italia se regula la transmutación de una declaración testifical en imputatoria con las correspondientes garantías.²⁹

27.- STS 2ª 8 Mar. 1996: “Las muy recientes SSTCS 1123/1995, de 15 noviembre y 193/1996, de 5 marzo, recogen la doctrina de la STC 152/1993, de 3 mayo, que señala que «es doctrina consolidada de este Tribunal (SSTC 135/1989 y 186/1990 y reiterada en las SSTC 128/1993 y 129/1993) la de que (...) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1 y 2 LECrim), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECrim), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 CE y, por ende, acreedora de la sanción procesal de nulidad.

28.- **Código de Procédure Pénale:** Art. 113-2 “*Toute personne mise en cause par un témoin ou contre laquelle il existe des indices rendant vraisemblable qu'elle ait pu participer, comme auteur ou complice, à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi peut être entendue comme témoin assisté.*”

29.- **Codice di Procedura Penale:** Art. 63 Dichiarazioni indizianti -1 Se davanti all'autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l'autorità procedente ne interrompe l'esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 2. Se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate.

H.- LAS SOLUCIONES PRE-LEGISLATIVAS.

De la preocupación por hacer comprensible la situación de quienes se encuentran sujetos al proceso penal son reflejo elocuente los diferentes textos presentados como anteproyectos de ley, que han mostrado cuidadosos con la terminología, han sistematizado y homogeneizado en buena medida las designaciones, aunque sin lograr unificarlas por completo, y reducido sustancialmente los términos con que referirse a las situaciones procesales, para reducir la inconveniente afectación del estado de inocencia.

Dado que en todo caso caminan hacia un sistema acusatorio puro cuya investigación dirige al Ministerio Fiscal, carece ya de sentido la tradicional distinción entre imputación material y formal, puesto que no se prevé intervención judicial valorativa del resultado de la investigación, sino que en función de su resultado se formalizará o no la acusación, con la que se abrirá paso la vía judicial valorativa, hacia el sobreseimiento o la apertura del juicio, lo que facilita el uso de una nomenclatura menos florida, pues de la investigación se pasa directamente a la acusación o al sobreseimiento.

1.- El Anteproyecto de Ley de enjuiciamiento Criminal de 2011 incluye un Título II bajo la rúbrica *“Los sujetos del proceso penal”*, cuyo Capítulo I se intitula *“El investigado”*, con referencias constantes y unívocas a ese término a partir de que es designado como *“la persona contra la que se dirige el procedimiento”* (art. 31. Derecho de defensa), o en su defecto se habla de *“persona sometida a investigación”* (art. 33.1), sin perjuicio de alguna alusión al *“sospechoso”* (art. 239.1) que quiebra la homogeneidad terminológica.

Y su art. 379.2³⁰ aborda la problemática de la declaración testifical transformada en imputación.

2.- La simplificación terminológica es igualmente apreciable en el Anteproyecto de Código Procesal Penal de 2013, cuya Introducción a su Exposición de Motivos señala: *“La persona física o jurídica, o ente sin personalidad al que se le atribuye el hecho punible se denomina encausado. Con dicha denominación el Código pretende evitar el estigma social que acompaña al término imputado, mediante la utilización de una expresión de mayor neutralidad, pero suficientemente significativa de la posición del sujeto pasivo dentro del proceso, dirigido contra él, una cualidad esencial definitoria del status de parte pasivamente legitimada de la que nace, entre otros, el derecho fundamental a la defensa.”*

30.- *“2. El testigo no estará obligado a declarar sobre hechos o a contestar preguntas de las cuales pueda derivarse su propia responsabilidad penal. Si en el curso de su declaración se pusiera de manifiesto esta circunstancia, se suspenderá inmediatamente la diligencia y se procederá conforme a lo establecido en esta ley para la declaración del investigado.”*

En su Libro I sobre los “*Sujetos y objeto del proceso penal*” se incluye el Título II relativo a “*Las partes*”, cuyo Capítulo II dedicado al “*encausado*” precisa en su art. 46 que “*Son encausados todas las personas físicas y jurídicas, masas patrimoniales, patrimonios separados, entidades o grupos a los que puedan ser impuestas penas, medidas de seguridad o consecuencias accesorias de la pena conforme a la Ley y sean investigados o encausados en el proceso penal.*” Como se ve, en esta referencia al “encausado” asoma, de nuevo bajo la ambigua sombra del equívoco, una diferencia final entre investigado y encausado, inexplicable pues en el resto del articulado el vocablo “investigado” resulta constantemente referido al hecho o al delito, pero no al sujeto, que siempre es designado como “encausado”.

Y su art. 374³¹ aborda la problemática de la declaración testifical transformada en imputación.

I.- DE VUELTA A LA REALIDAD.

Pese a todo conviene reconocer que la mayor precisión terminológica no proporcionará por sí sola un antídoto suficientemente eficaz para restar popularidad a la creencia de que el simple sometimiento a una investigación criminal constituye de por sí, o al menos equivale, a una afirmación más o menos encubierta de comportamiento criminal, aunque ello entrañe un adelanto del resultado del juicio, o sea un prejuicio, con inherente desprecio a la posibilidad de sobreseimiento o en su caso de absolución, y la correspondiente debilitación fáctica del estado de inocencia.

En este sentido, ni siquiera la experiencia suministrada por sistemas de corte acusatorio puro y principio de oportunidad –como el norteamericano– ofrece resultados altamente esperanzadores³², porque la proclividad a la evitación del juicio mediante los mecanismos *plea guilty* o *plea bargaining* (que envuelven u cuestionado reconocimiento de culpabilidad y renuncia de derechos procesales³³) no sólo responde a una posible merma del crédito

31.- Artículo 374.- Declaración perjudicial para el testigo. 1.- Ningún testigo está obligado a responder a las preguntas de cuya respuesta pudiera derivar para él, o para alguna de las personas a que se refiere el artículo 370.1, el peligro de ser perseguido por la comisión de un delito. Si el testigo ofreciese respuestas de las que pudiera derivarse su responsabilidad, se suspenderá inmediatamente su declaración.

32.- LUCIAN E. DERVAN y VANESSA A. EDKINS. “*The Innocents Defendant’s Dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining’s innocent problem*” *Journal of Criminal Law and Criminology*. (HTML) (Digital).

33.- ELLEN YAROSHEFSKY “*Ethics and plea bargaining*”. American Bar Association. (www.americanbar.org).

social, sino que en el ámbito de la denominada delincuencia económica, donde existe una sensibilidad severa a las reacciones adversas del mercado, la más tenue sospecha de criminalidad derivada de la investigación penal inclina al pacto con la Fiscalía que la tiene a su cargo, para evitar la que esté en ciernes, o cerrar lo antes posible la que esté en curso, todo para reducir o minimizar el grave impacto derivado de una publicitación demoledora en términos comerciales para la imagen corporativa o de marca (un barómetro difícil de cuestionar en términos puramente lingüísticos, dialécticos, académicos, o filosóficos) que en nuestro derecho podría empezar a percibirse con más claridad como consecuencia de la responsabilización penal de las personas jurídicas.

Es probable que el problema no se reconduzca suficientemente por emplear términos procesales más exactos y elocuentes, lo que no autoriza la renuncia a mejorarlos, sino por ofrecer en cada caso una información desde luego veraz pero también más precisa sobre el verdadero alcance de la investigación o del proceso en curso, por compatibilizar en mejor medida la convivencia entre información y procedimiento, y finalmente por establecer una mejor correspondencia entre el perjuicio irrogado al prejuzgar sin suficiente consistencia y el resarcimiento consecuente.

Y quizá sea importante insistir en que, si bien en el proceso cabe toda realidad, sin embargo no cabe en él de cualquier forma, de modo que la virtualidad de los términos técnicos radica en proporcionar una referencia clara a la dimensión que cabe dar a la realidad interiorizada o asumida por el proceso en cada momento, a fin de evitar sensaciones no justificadas que aumenten ese diferencial fácilmente inevitable dada la *“posición, irremediabilmente aflictiva, del sujeto pasivo del proceso penal”* ³⁴, que compromete la presunción de inocencia.

Palma de Mallorca, a 8 de septiembre de 2014.

34.- Nota 25.

XIII.- COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO. ESTUDIO SOBRE LA DEFINICIÓN Y EL FINIQUITO DE LA LEGÍTIMA.

La Comisión académica de Derecho privado ha venido dedicando sus estudios a las instituciones del Derecho civil balear, dando así cumplimiento a lo establecido en los estatutos de la Corporación y en los convenios suscritos con los órganos de gobierno de nuestra Comunidad Autónoma. Las legítimas, los contratos sucesorios, las reservas y la sucesión intestada han sido las materias que han centrado los estudios de la Comisión durante los últimos cuatro años. En esta ocasión se ha creído conveniente dedicar una especial consideración a la definición mallorquina y al finiquito de legítima pitiuso, a la espera de que también Menorca se acoja pronto a la introducción en su sistema jurídico de los pactos sucesorios, como ha puesto de manifiesto la doctrina jurídica de dicha Isla. En todo caso, es de la mayor evidencia la frecuencia con la que, en Mallorca y en las Pitiusas, se emplea la definición y el finiquito de legítima, así como los innegables servicios que estas instituciones prestan tanto a los descendientes definidos –al permitirles disponer de unos bienes de los que normalmente no entrarían en posesión hasta después de la muerte de sus ascendientes–, como a éstos –al eliminar unos derechos legitimarios con los que inevitablemente tendrían que contar en la ordenación de su sucesión–, aparte del hecho contrastado de evitar la división de fincas para pagar legítimas.

El estudio de la definición se ha abordado partiendo de la “PONENCIA SOBRE LA DEFINICIÓN (ARTS. 50 y 51 y 77 CDCIB) Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE LAS CUESTIONES QUE PLANTEA” de la que es autora la Académica María Pilar Ferrer Vanrell, verdadera especialista sobre el tema, en el que ha publicado obras definitivas, aportando, en esta ocasión, un extenso trabajo en el que se analizan todos los aspectos de la institución, incluso los relativos a su problemática fiscal y a su relación con los protocolos familiares.

Este trabajo fue distribuido a los Académicos para su estudio, aportando comunicaciones los Académicos Jaime Ferrer Pons, Miquel Masot Miquel y José Cerdá Gimeno, autor este último de una muy interesante comunicación centrada en el artículo 77 CDCIB, relativo al finiquito de legítima pitiuso.

Circulado este material entre los Académicos, se les convocó a una sesión, que tuvo lugar el 28 de Abril de 2014, en la que se debatió ampliamente sobre todas las aportaciones doctrinales realizadas. El acta de la sesión cierra el Informe, en el que previamente se relacionan la ponencia y las comunicaciones. Lo que se precisa ahora es que nuestras instituciones políticas sean receptivas con el propósito que subyace en estos trabajos de la Comisión académica de Derecho privado, que no es otro que la reforma y vigorización de nuestro Derecho civil propio.

**XIII.1- PONENCIA SOBRE LA *DIFFINITIO*
(ARTS. 50 Y 51 Y 77 CDCIB)
Y PROPUESTA DE RESOLUCIÓN
DE LAS CUESTIONES QUE PLANTEA.**

María Pilar Ferrer Vanrell

- 1.- Aproximación a la institución de la *diffinitio*.
 - 1.1.- Interpretación de la estructura negocial.
 - 1.1.1.- El presupuesto negocial: la constitución de dote o donación *ob causam*.
 - 1.1.2.- Objeto de la atribución patrimonial.
 - 1.1.3.- El presupuesto negocial y la cláusula de imputación o nexo de causalidad en el art. 50 CDCIB.
 - 1.1.4.- La atribución patrimonial, presupuesto de *diffinitio*, como modo de atribuir la legitima.
 1. 2.- El negocio de *diffinitio*.
 - 1.2.1.- La naturaleza jurídica de la renuncia o *diffinitio*. Su interpretación histórica.
 - 1.2.2.- Problemática que se plantea sobre la naturaleza jurídica del negocio de *diffinitio*. Propuestas de solución.
 - A.- Naturaleza jurídica de la atribución patrimonial en la *diffinitio*.
 - B.- Problemas que plantea la redacción del art. 50 respecto a la “atribución patrimonial”. Análisis de una reciente práctica notarial y la cuestión de inoficiosidad de la donación.

C.- Propuesta de solución.

- 2.- El objeto de la *diffinitio*. El alcance de los derechos definidos. Su interpretación histórica. La problemática del testamento anterior.
 - 2.1.- El alcance sobre los derechos definidos.
 - 2.2.- La problemática del testamento anterior a la *diffinitio*. Posibles soluciones.
- 3.- La eficacia negocial. Las quiebras a la eficacia.
 - 3.1.- Problemas que plantea la eficacia del negocio.
 - 3.2.- Propuestas de solución. Las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Baleares en relación a la eficacia negocial; análisis de esta concreta cuestión.
- 4.- Computación y determinación de la legítima cuando uno de los legitimarios ha definido sus derechos legitimarios.
- 5.- La preterición.
- 6.- La premoriencia del definido.
- 7.- Problemática que presenta la *diffinitio*, como título sucesorio, en la Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones, modificada por Ley 6/2007, de 27 de diciembre.
 - 7.1.- Los problemas de determinados artículos en relación a los pactos sucesorios como títulos sucesorios.
 - 7.2.- Los problemas en relación a la estructura del negocio de *diffinitio*.
- 8.- La sucesión en la Empresa Familiar y el marco tributario; los Protocolos Familiares y la *diffinitio*.
 - 8.1.- El marco tributario en la sucesión de la Empresa Familiar.
 - 8.2.- Los Protocolos Familiares y la *diffinitio*. Problemas que plantean y propuestas de solución.
 - 8.3.- Propuestas de solución.

1. APROXIMACIÓN A LA INSTITUCIÓN DE LA *DIFFINITIO*.

Este estudio analiza la problemática que presenta la *diffinitio* (arts. 50 y 51 y el finiquito de legítima, del art. 77 de la Compilación balear) y pretende aportar propuestas de resolución a los problemas que hoy plantea la institución con la finalidad de adaptarla a las necesidades de la sociedad actual.

Toda la problemática que presenta la institución de la *diffinitio* es consecuencia de la falta de claridad en el tipo negocial. La primera labor del intérprete debe encaminarse a diseccionar la figura para determinar el tipo negocial de *diffinitio*.

La interpretación de la estructura de las instituciones civiles de derecho propio no puede abordarse sin el preceptivo engranaje en la tradición jurídica balear (art. 1.2 CDCIB).

La *diffinitio*¹, que regula los artículos 50 y 51 de la Compilación, tiene su precedente histórico-legal en el *Privilegi del Rei Jaume I* de 1274; si bien la institución fue practicada en todo el ámbito de recepción del Derecho Romano².

Las fuentes legitimadoras de la *diffinitio* o renuncia fueron: a) El derecho municipal o estatutario, en definitiva, los *iura propria*; b) el Derecho canónico, por el Cap. II, del Tit. XVIII del Sexto de las Decretales de Bonifacio VIII, que legitima la renuncia de la hija, dote contenta, a la futura sucesión de su padre dotante, siempre que se preste juramento³; y

1.- Por razón de extensión de este trabajo, para un estudio más documentado de la institución ver FERRER VANRELL, María Pilar, *La diffinitio en el Derecho Civil de Mallorca*. Ediciones UIB, Palma 1992; donde pueden consultar su completo tratamiento histórico; sus antecedentes legislativos y su plasmación en la Compilación balear.

2.- Los estatutos municipales legitimaron una institución que se practicaba en toda el área de penetración del DR (contraria a sus principios) y que debía mantenerse porque respondía a los principios feudales: evitaba la disgregación de los patrimonios que estaban amenazados por el sistema legitimario romano. El fin económico y social de tal práctica, en la Edad Media, era mantener la riqueza en unas solas manos, al objeto de ponderar “el lustre y prestigio de la Casa” que se obtenía a través de la agnación, y, más concretamente, se unía el privilegio de masculinidad junto al de primogenitura.

3.- El juramento fue utilizado por los canonistas para dar validez a los actos prohibidos por las leyes civiles.

c) el Derecho consuetudinario; en las regiones de “costumbres” la recepción del Derecho Romano fue más tardía que en las de “droit écrit”⁴. Las regiones con mayor influencia romanista trataron de adecuar la institución a la técnica romana⁵.

En Cataluña y Mallorca, las fuentes legitimadoras son distintas. Cataluña se regía por la renuncia “dote contenta” legitimada por la Decretal de Bonifacio VIII⁶; y en Mallorca por Derecho Estatutario, la institución se reguló por el *Privilegi de Jaume I*⁷ de 1274 y dos *Privilegis* posteriores de *Sanç I*, ambos de 1319.

Para plantear toda la problemática que ha surgido actualmente, en relación a esta institución y poder encontrar solución a las cuestiones que plantea, procederemos, en primer lugar, al estudio de la *diffinitio* utilizando los criterios de interpretación e integración que la Compilación preceptúa en su artículo 1, segundo párrafo. Seguidamente analizaremos los distintos problemas y su posible solución.

1.1. INTERPRETACIÓN DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL.

El artículo 50 de la CDCIB regula la posibilidad de renunciar a la legítima o bien a la legítima y demás derechos sucesorios siempre que el renunciante reciba o hubiere recibido con anterioridad una “donación, atribución o compensación”. Tanto la estructura del negocio, como los términos “donación, atribución o compensación” resultan de dificultosa interpretación, que sólo pueden resolverse acudiendo a la tradición jurídica como preceptúa el apartado 2 del artículo 1 CDCIB.

4.- En Francia se regían por Estatuto y por “costumbre”. En Italia por Estatuto.

5.- El primer Estatuto de derecho civil que se tiene constancia son las disposiciones sobre sucesión feudal que Federico Barbaroja envía al obispo de Avignon en 1161; se encuentra en unas disposiciones legislativas en materia sucesoria del siglo XII, es el Estatuto de Guillaume II de Forqualquier de 1162, sobre la exclusión de las hijas dotadas. Tales prácticas recibieron refrendo legislativo por lo que pervivieron, como derecho municipal, junto al Derecho Romano. Salvo estas excepciones, no se legisló en derecho civil hasta entrado el siglo XIII; incluso los Condes de Provenza, que eran de los más poderosos, no legislaron en materia civil hasta finales del siglo XIII.

6.- *Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civiles, si tamen iuramento non vis nec dolo praestitum fuerit ad eadem omnino servari debet cum non vergat in aeterna salutis dispendium, nec reundet in alterius detrimentum.*

7.- El *Privilegi* dice que, si la hija casada, de edad legítima y con el consentimiento de su marido, firma definición a su padre, no puede actuar cualquier petición o demanda en vida contra los bienes de su padre, ni a su muerte contra sus herederos por razón de legítima, porque la definición es firme, salvo que su marido sea incapaz.

De la interpretación de los *Privilegis* otorgados por los Reyes de Mallorca y de las escrituras notariales⁸ podemos colegir que la estructura de la institución se compone de dos elementos:

1) Un presupuesto negocial, la constitución de dote, que era una atribución patrimonial a título lucrativo⁹, porque el padre estaba obligado a dotar, imputándola a sus futuros derechos sucesorios de origen legal.

2) Y un negocio unilateral: la declaración de voluntad de la dotada que manifiesta sentirse satisfecha con la dote recibida, por lo que define a su padre sus futuros derechos sucesorios y se compromete a no reclamar nada más.

Esta estructura de la *diffinitio* es la que se ha mantenido a lo largo del derecho intermedio y, posteriormente, hasta que se incorporó en el art. 50 de la Compilación de 1961, con unos términos no excesivamente afortunados.

1.1.1 El presupuesto negocial: la constitución de dote o donación *ob causam*.

La atribución patrimonial, presupuesto de la *diffinitio*, se localizaba, históricamente, en la constitución de dote. Su efecto dispositivo se fundamentaba en la *causa solvendi*, por la obligatoriedad que pesaba sobre el padre de dotar a su hija; y su efecto adquisitivo era de carácter lucrativo porque no existía contraprestación.

Este resultado económico del efecto adquisitivo de la dote o de la donación *propter nuptias* (según se otorgara a la hija o al hijo), producía un enriquecimiento en el patrimonio del adquirente por título lucrativo. Y era este efecto económico el que el padre dotante o donante imputaba a los futuros derechos sucesorios del descendiente que pudiera tener en su sucesión, mediante la cláusula de imputación, a modo de propuesta de *diffinitio*, que el descendiente podía aceptar o no. Esta cláusula de imputación responde a los términos “en contemplación de” del originario art. 50 de la CEDCB, frase que se ha mantenido en el vigente art. 50 CDCIB. Por esto, hasta que se produce o no la *diffinitio*, la atribución patrimonial no es más que un anticipo de legítima.

8.- El tratamiento de los documentos notariales puede consultarse, también en FERRER VANRELL, “*La diffinitio...*”, cit., pág. 41 a 54. El primer documento que encontré es de 1251 (antes del Privilegi de 1274), catalogado en el Archivo Reino de Mallorca (sig. PRPA-XIII-27); Esponsalicio de Elisenda, hija de Arnaldus de Gerundia y su esposa Ermensendis con Arnaldus de Sala de Ilerda; de 2 Kalendas Marci, MCCLI.

9.- Era un título lucrativo en cuanto suponía un enriquecimiento para la hija, pero no era una liberalidad, por la obligación de dotar que tenía el padre y faltando el padre pesaba sobre el abuelo paterno.

La Tradadística mantuvo que las donaciones fundamentadas en causa gratuita no se imputaban a la legítima, salvo que el padre así lo dispusiera. Ahora bien, las donaciones *ob causam* se imputaban a la legítima; y se consideraban *ob causam* todas las que el padre incluía expresamente en ellas la cláusula de imputación “*pro parte sua*”.

a) La cláusula de imputación que se incluye en las donaciones *ob causam* lleva implícita la propuesta de *diffinitio*. Quedará aceptada como propuesta con la aceptación de la dote o la donación y como anticipo de legítima; no como *diffinitio*, ya que requiere un posterior negocio unilateral de la dotada o del donatario manifestando su voluntad de nada más pedir. Será el posterior negocio unilateral de *diffinitio*, una vez exista su presupuesto negocial, el que delimite el ámbito de los derechos que se definen comprometiéndose a nada más reclamar sobre ellos, mediante el *pactum de non petendo*.

b) La cláusula de imputación tiene un doble valor: 1) el reconocimiento de la cualidad actual de pariente y futura de legitimario o heredero intestado. Es decir, este reconocimiento de la cualidad de futuro legitimario, es suficiente para evitar la preterición y otorgarle el honor del *nomen*. 2) Pretende ser pago anticipado de un derecho patrimonial futuro de origen familiar; esto es, ser pago de los futuros derechos sucesorios de origen legal.

1.1.2 Objeto de la atribución patrimonial.

El objeto de la atribución patrimonial, históricamente, era la dote. Hoy, el objeto de la atribución patrimonial, presupuesto del negocio de *diffinitio*, es “la donación, atribución o compensación”, términos que no podemos interpretar sin acudir la tradición jurídica para interpretar su alcance.

La cuantía de la dote debía ser congrua¹⁰, para ello existían unos parámetros, unos criterios para su congruencia. Artigues¹¹ equiparaba “la obligación de dotar” con “dote congrua”; será congrua la dote que sea suficiente para contraer matrimonio, sea superior o inferior a la legítima; de no serlo tenía acción para reclamar su complemento.

10.- Ver el estudio de los conceptos “dote congrua” - “dote contenta”, según la tratadística y los protocolos notariales de Mallorca, en FERRER VANRELL, M. Pilar, *La diffinitio en el derecho civil...*, cit. págs. 90 y ss.

11.- “Y siempre baxo estas voces: obligación de dotar se entiende dote congrua”. *Alegación sobre la dote congrua en pleito planteado por Raymundo Fortuñ y Gual de Rueste, García y de Oleza con Dña. María Cotoner vda. y heredera usufructuaria (...) sobre la dote congrua de Dña. Violante Gual Zaforteza, mujer de D. Jorge Fortuñ, con Decreto Provisional dado por la Real Audiencia de 18 de febrero de 1721* (en Biblioteca Bartolomé March).

En los territorios donde no hay exclusión automática¹² de la sucesión por la dote recibida, sino que la constitución de dote es el presupuesto negocial del negocio de renuncia o *diffinitio*, en este caso, el concepto de “dote congrua” se modula por el de “dote contenta”. Así, es necesario el segundo negocio, unilateral, de la dotada declarándose contenta, satisfecha por lo recibido y por ello define sus futuros derechos sucesorios.

Tanto el *Privilegi de Jaume I*, de 1274, para el Reino de Mallorca, como otros Estatutos Municipales medievales, así como la Decretal de Bonifacio VIII, que siguió Cataluña, atienden al concepto “dote contenta”.

La atribución patrimonial que es presupuesto de la *diffinitio*, de acuerdo con sus antecedentes históricos, debe producir un lucro en sentido jurídico, como consecuencia del nexo causal existente entre el empobrecimiento del patrimonio del disponente y el enriquecimiento del patrimonio del atributario, futuro definidor.

SERRA MAURA¹³, comentando una decisión de la Real Audiencia de 22 de enero de 1634 dice que la obligación de dotar es del padre y si prometen conjuntamente (padre y madre) dotar a la hija es necesaria la entrega efectiva por parte de ambos; no basta la imputación, sino que tiene que ir acompañada de un efectivo desplazamiento patrimonial a la hija de cada uno de los patrimonios. Relata dos Decisiones de la Real Audiencia que interpretan el *Privilegi* de 1274; una de 8 de noviembre de 1638 y otra de 6 de junio de 1629, en las que claramente se exige la recepción de la dote como presupuesto de eficacia de la *diffinitio*. Si falta el presupuesto negocial la *diffinitio* es ineficaz¹⁴.

1.1.3. El presupuesto negocial y la cláusula de imputación o nexo de causalidad en el art. 50 CDCIB.

La Compilación ha seguido el precedente histórico del presupuesto de *diffinitio*, al determinar que lo será una atribución patrimonial como efecto

12.- La dote congrua tenía una excepción en aquellos Estatutos Municipales en que la exclusión no es automática por la dotación (ej el Estatuto de Borgoña era automática).

13.- *Decisionum Regii Senatus Minorumque Tribunalium Majoricarum* Tomo I, (Manuscrito. BBM Sig. 102-III-23) folio 226v.

14.- BASSA, Joseph, dice: “pater ipsi constituerit etiam adjecta clausula tam paternis quam maternis bonis, de paternis dumtaxat significans dotare videtur cum filias dotare sit officium pater(...) Quinimo nec renuntiatio facta a filia juxta multum sententiam materna sucesiones valida est etiam si jusjurandi vinculum accésit quasi sine causa facta”. *Iuridicae Observaciones Variis Regni Majoricensis Senatus Decissionibus illustratae et alphabetico ordine digeste*. 1700 (sig,Manuscrito n° 553, BCC), folio 40.

adquisitivo, es decir, un resultado económico que suponga el aumento del activo o la disminución del pasivo de su patrimonio, porque siempre tiene que tener plasmación patrimonial.

El presupuesto debe producir un lucro en sentido jurídico, como consecuencia del nexo causal existente entre el empobrecimiento del patrimonio del disponente y el enriquecimiento del patrimonio del atributario, futuro definidor.

El título lucrativo se manifiesta siempre como un resultado, y debe ser consecuencia de un negocio de disposición *inter vivos*, sea atributivo o extintivo. No son aptos los negocios *mortis causa*, porque la propia dicción del art. 50 no lo permite, al decir “reciban o hubieren recibido”. Ni es apto cualquier efecto lucrativo que su fuente esté en la ley (por ej. Art. 610 Cc., ni el art. 366 Cc).

La CDCIB no utiliza los términos “donación, atribución o compensación” en sentido jurídico. Sólo el término “donación” tiene naturaleza jurídica; el término “compensación”, jurídicamente, significa encontrarse dos personas en las posiciones acreedoras y deudoras recíprocamente (art. 1195 Cc), por lo que no puede ser éste el significado del objeto de la atribución patrimonial; y “atribución” es un concepto económico, no jurídico.

La relación de causalidad entre enriquecimiento-empobrecimiento de ambos patrimonios puestos en relación (ascendiente-descendiente, que sean futuros legitimarios) tiene que venir determinada por la imputación. Históricamente la determinaba la cláusula de imputación que se incluía en el negocio de constitución de dote. Hoy la cláusula de imputación se ha sustituido por los términos “en contemplación de”, que no es más que la relación causa-efecto entre enriquecimiento-empobrecimiento de ambos patrimonios.

Este nexo de causalidad se pone de manifiesto por la aplicación de las normas de computación en el patrimonio del atribuyente, y las normas de imputación en el patrimonio del atributario, (arts. 47.3 y 48.7 CDCIB).

El grupo parlamentario PSM-EEM presentó una enmienda (nº 61) al art. 50 vigente¹⁵ proponiendo la supresión de los términos “en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad”. Era acorde con la propuesta que también interpuso de supresión de legítimas. Ahora bien, era una propuesta ajena al negocio de *diffinitio*, desde su interpretación histórica.

15.- En su tramitación parlamentaria a la reforma de la Compilación de 1990.

El vigente art. 50 prevé que la atribución patrimonial (“donación, atribución o compensación”) puede ser coetánea al negocio de *diffinitio*, o bien deferida en el tiempo; pero siempre anterior al negocio de *diffinitio*. Es el significado de los términos legales “que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad” (art. 50 CDCIB).

1.1.4. La atribución patrimonial, presupuesto de *diffinitio*, como modo de atribuir la legítima.

Los títulos jurídicos aptos para atribuir los derechos legitimarios, que permite la Compilación, los enumera el párrafo 7 del art. 48 CDCIB y están conectados por la imputación legitimaria, que puede ser expresa, o legal en los supuestos de silencio del causante; salvo cuando éste, el donante o el heredero distribuidor disponga otra cosa (art. 48.7 *in fine*).

El efecto imputatorio es doble: 1) reconocimiento de la cualidad actual de pariente y futura de legitimario; 2) satisfacción anticipada de un derecho patrimonial futuro de origen familiar. Este segundo efecto explica el doble concepto de imputación, que por una parte, reconociendo su cualidad de futuro legitimario le satisface bienes anticipadamente a cuenta o en satisfacción de su futuro derecho; por otra, la imputación la encontramos, también, en sede de pago de la legítima, porque es una operación aritmética que deberá contabilizar, al momento del pago, restando aquello que recibió, imputado expresamente por el causante o *ex lege*, a lo que por legítima individual le corresponda, por haberlo recibido anticipadamente. En el supuesto de la *diffinitio* la imputación de la anterior atribución patrimonial es pago, es satisfacción de su futuro derecho legitimario, no es anticipo de legítima y el definido no puede exigir, en su caso, su suplemento.

1.2. EL NEGOCIO DE *DIFFINITIO*.

Existente la atribución patrimonial del padre o ascendiente, que es el presupuesto del negocio de *diffinitio* en sentido estricto, y hasta que se produzca la manifestación de voluntad unilateral del descendiente, que debe ser un futuro legitimario, esta atribución patrimonial no es más que un anticipo de legítima. La atribución patrimonial recibida con anterioridad o coetánea, con cláusula de imputación, sólo es una propuesta de definición que aceptará o no; es un anticipo de legítima.

Para que se produzca la exclusión en la futura sucesión del ascendiente, es necesario un segundo negocio, la *diffinitio* en sentido estricto, que es la manifestación del atributario que dice que está satisfecho, pagado, es decir, se contenta con lo recibido por lo que se compromete a nada más reclamar en la sucesión de su ascendiente (*pactum de non petendo*). No es una renuncia, sino que define por estar satisfecho.

Los sujetos que intervienen son los “descendientes, legitimarios y emancipados” (art. 50 CDCIB); es decir, no son legitimarios, porque no lo serán hasta que el ascendiente fallezca, que es el causante de la sucesión. Lo que está diciendo el art. 50 es que por la relación actual de parentesco está colocado en el lugar de futuro legitimario, respecto de la sucesión a la que se renuncia y del que ha recibido una atribución patrimonial, que es el presupuesto negocial de la *diffinitio*.

El sujeto de la *diffinitio* tiene que reunir dos condiciones, línea, siempre recta, y grado, que debe estar colocado en primer grado.

La capacidad de los sujetos que se exigía, históricamente, era, según el aforismo “*habilis ab nuptias, habilis ad pacta nuptialis*”, la capacidad para matrimoniar; pero tratándose de la hija, el *Privilegi* de Jaume I requería, además, el consentimiento del marido, como complemento de capacidad. Más que complemento de capacidad se trataba del consentimiento del marido aceptando la cuantía de la dote que entregaba el padre a la hija y ésta la constituía al marido, porque por la *diffinitio* se renunciaba a reclamar el complemento de dote, así lo determina la Decisión de la Real Audiencia de 6 de junio de 1629, cuyo relator fue Miró: “si filia nuptui tradita in receptione dotis, renuntiaverit legitima, vel successioni paterni de consensu et consilio mariti, neque amplios dotis suplemento vel legitima petere juxta Privilegium huic Regno concessum a serenísimo Rege Jacobo 4 idus martii 1274, siquidem talis filia pubertatem expleverit iuxta privilegium Serenissimi Regis 8 idus Novembri 1319”¹⁶. En consecuencia, no se trata de un complemento de capacidad sino de consentimiento sobre la cuantía de la dote recibida, por esto no tiene acción para pedir su complemento.

El art. 50 de la Compilación de 1961 exigía la emancipación para otorgar definición, por lo que esta capacidad no coincidía con la capacidad para matrimoniar que, históricamente, se había exigido. El vigente art. 50 CDCIB sigue exigiendo la emancipación para otorgar *diffinitio*, por lo que vuelve a coincidir con la capacidad para matrimoniar (consecuencia de la modificación del art. 46.1 CC, en la reforma por Ley 30/1981).

La vecindad civil de los sujetos, al tiempo del otorgamiento de la definición, debe ser la local (15.4 Cc) mallorquina (art. 50 CDCIB), o ibicenca o formenterense (art. 77 CDCIB). No cabe la vecindad civil menorquina (art. 65 CDCIB).

Por el contrario, el negocio productor del efecto lucrativo, que es el

16.- SERRA MAURA, Michael, *Decisiones Senatus Majoricensis* (Manuscrito BBM 102-III- 22), folio 124, núm. 21 y folio 83 núm. 18.

presupuesto de *diffinitio*, no requiere la vecindad civil mallorquina, ibicenca o formenterense, ya que la norma no exige que sean negocios coetáneos.

Es un negocio formal por lo que debe formalizarse en escritura pública (art. 50.4 CDCIB).

1.2.1 La naturaleza jurídica de la renuncia o *diffinitio*. Su interpretación histórica.

La estructura del negocio, como ya hemos visto, se compone de un presupuesto negocial, que es la atribución patrimonial a título lucrativo, y el negocio de *diffinitio* en sentido estricto.

Presupuesto y supuesto de hecho conforman el tipo negocial. Sin embargo, la inexistencia del negocio de *diffinitio* o renuncia supone el mantenimiento del negocio atributivo que conforma el presupuesto negocial.

El negocio de *diffinitio* en sentido estricto se manifestará en el momento en que el descendiente, siempre que exista el presupuesto negocial, es decir, que haya recibido de su ascendiente una atribución patrimonial a título lucrativo, declare su voluntad de renunciar a sus derechos sucesorios y desde entonces será irrevocable.

La *diffinitio* es un negocio jurídico unilateral por la que el descendiente, que se entiende satisfecho por los futuros derechos sucesorios de origen legal, se declara satisfecho, define y renuncia al suplemento de legítima, en su caso, y a los demás derechos sucesorios que en el futuro pudieran corresponderle en la sucesión de su ascendiente.

Varios son los problemas que se plantearon los Doctores del Derecho Intermedio porque, a la recepción del Derecho Romano, estas prácticas consuetudinarias y estatutarias estaban prohibidas por las leyes romanas que prohibían renunciar a una sucesión no deferida.

La Tradadística¹⁷ se planteó dos cuestiones sobre la práctica de la renuncia a la sucesión futura; una cuestión de validez y una de eficacia del negocio.

1) La cuestión de validez se fundaba en el objeto del negocio; porque el objeto de la *diffinitio* se entendía que era un derecho irrenunciable, por su naturaleza sucesoria, ya que las leyes romanas no permitían renunciar a una sucesión no deferida por ser “*contra bonos mores naturales*”. Además, tratándose de un derecho futuro, el objeto del negocio era indisponible, lo que chocaba con la renuncia al ser esencialmente dispositiva.

17.- Ver todo el tratamiento sobre esta cuestión, en mi anterior citada obra “*La diffinitio...*”, págs. 103 a 149.

2) La otra cuestión que se planteó era un problema de eficacia, que surge por la falta de firmeza del negocio; porque la renuncia, al ser unilateral, se entendía que era revocable.

Sobre estas cuestiones, los postglosadores, los comentaristas y posteriormente toda la Tradadística dan unas soluciones para salvar la eficacia y la validez del negocio:

a) El problema de eficacia lo salvan mediante la renuncia “*per modum pacti*”, porque el pacto lo hacía irrevocable. No era un pacto, pero la teoría del pacto trataba de dar eficacia al negocio de renuncia.

b) La cuestión de la validez también la salvaba la teoría del pacto, ya que el objeto del pacto puede ser futuro, al tratarse de un negocio obligacional y no dispositivo como es la renuncia. Además, siendo “*pacto de non petendo*” crea una excepción de modo que no extingue la obligación y no requiere una disponibilidad actual, sino que queda obligado a no reclamar en el futuro.

El término pacto, fue sólo el instrumento para salvar la validez y eficacia del negocio. Esta cuestión quedó zanjada, definitivamente, por la voz autorizada de GALLERATUS¹⁸ al decir “*tamen renuntiatio sive sit simplex, sive fiat per pactum **semper habet eadem naturam, et semper dicitur renuntiatio**. Pactum etenim solum addit renuntiationes obligationis robur. Unde renuntiatio alioquin revocabilis, cum fit per pactum, non potest revocari*”. Se entendía por la Tradadística que el negocio unilateral era revocable y el pacto la convertía en irrevocable.

Los términos del art. 50 CDCIB son confusos, ya que en su inicio dice “por el pacto sucesorio conocido por definición...”; y, como ya hemos puesto de relieve respecto de los términos del presupuesto negocial, aquí tampoco se utilizan los términos en estricto sentido jurídico. El término pacto sucesorio corresponde a la calificación de la institución dentro del ámbito de la sucesión contractual, fundamento sucesorio permitido en Mallorca e Ibiza y

18.- *De Renuntiationibus Tractatus*. Tribus Tomis Distinctis. Genevae, Johannis Hernán Widerhold 1678. Lib IV, Cap. III, núm. 13 . En este sentido, GALLERATUS, siguiendo a BOLOGNETUS, aclaró las cuestiones que, respecto al negocio de renuncia, se fueron suscitando desde la Glossa. Distingue, según la Glossa entre renuncia y pacto, en cuanto a sus efectos, “*renuntiatio simplex est consensus permisivus, pactum vero est consensus obligativus*”, en consecuencia la firmeza del negocio difiere “*quod simplex renuntiatio potest quancumque revocari antequam alter jus apprehendat, et idem cum fit animo, ut alteri queratur, ut non adquiratur*” (*De Renuntiationibus...*, cit, Lib. IV, Cap. III, núm. 9 y Cap. II, núm. 8). Sin embargo GALLERATUS mantiene que no hay razón para exigir el pacto “*quoniam tanta potestas renuntiationis liceo pendeat ab unius voluntate tantum, ut ipsius pacti in quo intervenit duorum consensus*” (*De Renuntiationibus...*, cit. Cent. I Ren. XVII, núm. 32).

Formentera (arts. 6 y 69 CDCIB); pero en modo alguno nos permite determinar que estemos ante un contrato, porque, ni lo permite la interpretación de la letra del propio artículo; ni su preceptiva interpretación histórica (art. 1.2 CDCIB).

La *diffinitio* o renuncia a la legítima o a los futuros derechos sucesorios, es un negocio unilateral otorgado por el descendiente, futuro legitimario, que renuncia a los futuros derechos en la sucesión de su ascendiente. El descendiente declara estar satisfecho por sus futuros derechos sucesorios, por entender que aquello que recibe o que ha recibido con anterioridad mediante la atribución patrimonial otorgada por el ascendiente es suficiente. Esta es la interpretación que latía en el originario art. 50, en los términos “renunciar y dar finiquito” y en el término “en contemplación”. No es una renuncia simple, sino por contentarse con lo recibido y estar satisfecho por sus futuros derechos sucesorios y por esto da finiquito y renuncia a reclamar el posible suplemento; en definitiva, define aquellos futuros derechos sucesorios que entiende satisfechos.

1.2.2 Problemática que se plantea sobre la naturaleza jurídica del negocio de *diffinitio*. Propuestas de solución.

La estructura del tipo negocial ha planteado problemas respecto a su naturaleza jurídica, por lo que resulta necesario proceder a su análisis con el fin de proponer una futura modificación legislativa de más fácil comprensión y acorde con la tradición jurídica, única fuente interpretadora e integradora de la institución (art. 1.2 CDCIB).

En primer lugar trataremos sobre la naturaleza jurídica del negocio atributivo, que es presupuesto de la *diffinitio*. Seguidamente se analizarán algunos problemas que pueden surgir y una cierta práctica notarial en el otorgamiento de la *diffinitio*.

A. Naturaleza jurídica de la atribución patrimonial en la *diffinitio*.

La mal llamada “contraprestación” por parte de la doctrina científica y jurisprudencial, que no es más que el “presupuesto negocial”, consecuencia de una redacción confusa del artículo 50 CDCIB, es el motivo que ha llevado a la doctrina balear¹⁹ contemporánea a calificar el negocio, a mi entender erróneamente, de contrato.

19.- Entre otros, lo califican de contrato oneroso, PASCUAL GONZÁLEZ, L. *La definición, institución de derecho sucesorio contractual*, Impr. Guasp. Palma 1962, FERRER PONS. J. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, T. XXXI, vol. 1º, com. Art. 50. MIR DE LA FUENTE, T. *La definición del Derecho Civil especial de Baleares y los conflictos de leyes*. Cuadernos de la Facultad de Derecho, núm. 2. Palma 1982.

¿Cuáles son los elementos que inducen a calificar a la *diffinitio* como contrato?:

El art. 50 CDCIB denomina, a la atribución patrimonial, “donación, atribución o compensación”. A tal atribución patrimonial se le ha dado la naturaleza jurídica de “contraprestación” por parte de la doctrina y la jurisprudencia, y por esto califican a la definición como contrato. Esta atribución patrimonial, se presenta bajo distintos tipos negociales (dote, donación propter nupcias; donación, condonación etc), y puede ser coetánea o anterior a la *diffinitio* en sentido estricto y renuncia. Aunque se pueda constituir voluntariamente, art. 5 CDCIB).

Si es así, ¿cómo se justifica que pueda mantenerse esta mal llamada “contraprestación” en caso que decaiga el negocio de *diffinitio* en sentido estricto?.

Estamos ante un negocio jurídico atributivo, con causa gratuita, sea una donación o una condonación (hoy no existe obligación de dotar), por tanto es un anticipo de legítima. Pongamos un ejemplo; si un descendiente, futuro legitimario, recibe una atribución patrimonial de su padre y define sus futuros derechos sucesorios ya sea tras recibir la donación o atribución, o bien en contemplación de una donación que recibió en tiempo anterior, y premuere a su padre donante, la donación es firme e irrevocable, y ésta atribución adquirida a título gratuito queda en el patrimonio relicto del hijo donatario premuerto, porque no recibió unos bienes como “contraprestación” de la *diffinitio*, sino que la donación es un negocio perfecto e irrevocable; y “en contemplación” a esta atribución patrimonial, ya sea coetánea o bien otorgada en tiempo anterior, definió sus futuros derechos sucesorios. Si premuere, decae el negocio unilateral que es la definición y renuncia, porque nunca llegó a ser legitimario y se mantiene la donación o atribución patrimonial que es el negocio jurídico, presupuesto de la definición.

El título adquisitivo del atributivo no es el de *diffinitio*, sino el de donación, o bien el de condonación o cualquier otro título lucrativo, incluso estando en desuso puede ser la dote (art. 5 CDCIB); por esto, en el caso de no llegar a ser legitimario por premoriencia decaería el negocio unilateral de *diffinitio* en sentido estricto, ya que no existen derechos legitimarios a los que renunciar porque nunca tendrá la condición de legitimario, pero no decaerá el negocio de donación o atribución patrimonial porque ya entró en su patrimonio y formará parte de su caudal relicto.

Cuestión distinta es si tal donación se vería afectada por la reversión del art. 812 Cc., como es el caso que se planteó en el supuesto de la Sentencia del TSJIB de 28 de mayo de 1992 en la que, el donatario, falleció en 1983 premuriendo a su madre donante del bien del que había dispuesto a título

de donación como presupuesto negocial de la *diffinitio*. Esta donación es irrevocable, aunque decaiga la posterior *diffinitio* por no llegar a ser legítimo.

Si se mantiene que el tipo negocial de la *diffinitio* es un contrato, estas cuestiones son insalvables, y el título adquisitivo de la atribución patrimonial debería ser el de *diffinitio*, no el de donación, ni condonación, ni donación *propter nuptias*, ni dote.

Esta cuestión se estudiará, con más profundidad, en el apartado 3 al analizar las Sentencias del TSJIB.

B. Problemas que plantea la redacción del art. 50 respecto a la “atribución patrimonial”. Análisis de una reciente práctica notarial y la cuestión de inoficiosidad de la donación.

El negocio de *diffinitio* se tiene que documentar en escritura pública, al tratarse de un negocio solemne. En él se debe hacer referencia a la adquisición lucrativa recibida como presupuesto negocial en cuya “contemplación” (dice el art. 50 CDCIB) define sus futuros derechos sucesorios porque el sujeto que otorga *diffinitio* se entiende satisfecho. Nuestra tradición jurídica no prevé un “apartamiento” de la sucesión sin un contenido económico suficiente por el que se contente el definido.

1. Una cierta práctica notarial.

En los últimos años se ha iniciado, tímidamente, una práctica por la que llegan al Registro de la Propiedad, para su inscripción, escrituras en las que el título adquisitivo de la atribución patrimonial es la propia *diffinitio*. Esta práctica determina, por una parte, un cierto desconocimiento del tipo negocial; y por otra, seguramente, esta práctica tiene relación con la obligación tributaria que nace de la adquisición a título gratuito; seguramente su fundamento podríamos encontrarlo en que conste claramente que lo recibido por la atribución patrimonial anterior o coetánea no tribute como donación al tipo bonificado del 7%, sino como título sucesorio por *diffinitio*, al 1%. Ahora bien, jurídicamente no existe un título adquisitivo de definición, que es un acto unilateral de renuncia a los derechos que define y reconocimiento de pago de los futuros derechos legítimos; sino que el título adquisitivo corresponde a otro negocio jurídico, el que se otorgó, que constituye el presupuesto negocial de la *diffinitio*, por el que ha recibido la atribución patrimonial; y por esta atribución patrimonial se presta carta de pago o *diffinitio*, como se ha indicado. De acuerdo con la tradición jurídica no cabe otra interpretación.

Ahora bien, el problema de la tributación, que puede esconderse en esta práctica, no es tal, ya que la adquisición a título gratuito, presupuesto de

diffinitio, no tributará como donación, sino como título sucesorio cuando exista un posterior negocio de *diffinitio*; es decir, la definición es un negocio jurídico que necesita de la anterior o coetánea atribución patrimonial para su eficacia, como el matrimonio para las capitulaciones matrimoniales, o la muerte para el testamento. Por esto la ley tributaria contempla el presupuesto negocial como hecho imponible, no la *diffinitio* en sentido estricto porque no es un título adquisitivo.

El problema, a efectos tributarios, puede plantearse cuando la *diffinitio* no es coetánea a la atribución patrimonial, sino anterior a la definición, como analizaremos más adelante, en el epígrafe 7.2.

2. La inoficiosidad de la atribución patrimonial.

Otra cuestión que, históricamente, no se planteó por la propia naturaleza de la institución, hoy la podemos exponer porque puede crear dificultades interpretativas. Me refiero a la posibilidad que la atribución patrimonial, que es presupuesto de *diffinitio*, sea una donación inoficiosa.

Esta cuestión nunca se planteó, históricamente, porque la *diffinitio* era una institución complementaria al nombramiento de heredero universal, fuera por donación universal de bienes presentes y futuros, o bien por testamento. Esta institución lo que hacía era allanar el camino hacia la conservación de la “Casa”, dejando el patrimonio familiar en unas solas manos y por tanto se trataba de apartar de la sucesión *mortis causa* a los legitimarios por una cantidad suficiente con la que se contentaban, bien por la dote a las hijas, o por una donación *propter nuptias* a los segundones. Por esto, la doctrina del derecho intermedio sólo trataba la cuantía de la atribución patrimonial en el sentido que podía ser superior o inferior a la legítima al tiempo del fallecimiento del causante, determinando que no cabía la *actio ad supplendam legitimam*, como tampoco era exigible que tuviera de devolver lo recibido más allá de lo que por legítima, o por dote, le correspondía. Es decir, no se planteaba la posibilidad de una donación inoficiosa; era una cuestión impensable, en todo caso podía haber recibido “algo más” de lo que por legítima le hubiera correspondido.

Hoy la cuestión puede plantearse de forma distinta. Existen definiciones que han sido objeto de Sentencia por parte del Tribunal Superior de Justicia y que analizaremos más adelante, que tienen una estructura que no corresponde al tipo negocial que estudiamos, ya que lo que se trata en el supuesto de hecho analizado en estas sentencias es repartir todo el patrimonio paterno y materno entre todos los hijos, a cuyo acto se añade una posterior definición.

Desnaturalizada la institución, podría ocurrir que se realizaran otros

desplazamientos patrimoniales, por donación y posterior firma de *diffinitio*, que la anterior atribución patrimonial resultara una donación inoficiosa, y que se hubiere otorgado la posterior carta de pago a efectos tributarios, porque, mediante la *diffinitio*, la donación se convierte en título sucesorio que tributará a un tipo del 1% y no el 7%, lo que resulta una ventaja tributaria; además el negocio jurídico es irrevocable.

La atribución patrimonial, presupuesto de *diffinitio*, puede resultar una cantidad menor a la legítima, o bien mayor; pero nunca puede ser una donación inoficiosa. Ciertamente, quien recibe de menos no puede pedir su suplemento; por esta regla quien resulta que ha recibido de más, parece que tampoco debería reducirse la atribución recibida y poder tacharse, la donación, de inoficiosa. Ahora bien, el respeto a la legítima nos conduce a su intangibilidad, por lo que no podemos mantener que la atribución patrimonial, presupuesto de *diffinitio*, resulte inoficiosa.

C. Propuesta de solución.

Estos problemas que aparecen y hemos argumentado y otros que más adelante detectaremos y analizaremos, pueden encontrar la solución en una propuesta de redacción clara y concreta de la estructura negocial de la *diffinitio*.

A. En primer lugar, la práctica notarial a la que nos hemos referido, donde el título adquisitivo es el de *diffinitio* no es correcta y desnaturaliza el tipo negocial. No puede ser título adquisitivo una declaración de voluntad unilateral que manifiesta nada más reclamar por entenderse satisfecho por sus futuros derechos sucesorios, como es el negocio jurídico de *diffinitio* en sentido estricto. Existe un negocio coetáneo o anterior, que es el título adquisitivo, sea una donación, condonación o cualquier otro negocio a título lucrativo, como lo era la dote o la donación *propter nuptias*, según la tradición jurídica balear.

Por esta razón es importante procurar una redacción clara en el artículo 50 CDCIB que determine claramente la estructura negocial.

B. En cuanto a la cuestión de la posible inoficiosa de la atribución patrimonial debería redactarse como un supuesto de quiebra de la eficacia de la *diffinitio*. Si decae la atribución patrimonial por inoficiosa, entiendo que decae el negocio de *diffinitio*, y el definido recibirá aquello que por legítima le corresponda. Se podría argumentar el mantenimiento de la *diffinitio*, una vez operada la reducción de la donación inoficiosa. A mi parecer, dada la libertad que tiene el definido de otorgar *diffinitio* ante una atribución patrimonial anterior o coetánea, y siendo el parámetro de la cuantía, de acuerdo con sus antecedentes históricos, el de “dote contenta”,

esto es la cantidad suficiente con la que se contenta; modificado el presupuesto negocial por la inoficiosidad, la atribución patrimonial se convierte en un anticipo de legítima.

Por esta razón, debería procederse una nueva redacción de los artículos 50 y 51 de la Compilación, en los que se determinara los efectos de la atribución patrimonial inoficiosa.

2 EL OBJETO DE LA *DIFFINITIO*.

EL ALCANCE DE LOS DERECHOS DEFINIDOS.

SU INTERPRETACION HISTORICA.

LA PROBLEMATICA DEL TESTAMENTO ANTERIOR.

El objeto de la *diffinitio* alcanza al ámbito de los futuros derechos sucesorios que se renuncian. Analizaremos, de acuerdo con el vigente artículo 50 y 51 CDCIB, el alcance de los derechos definidos.

Históricamente, el objeto de los derechos definidos eran al complemento de dote y los futuros derechos sucesorios de origen legal, esto es, el suplemento de legítima y la sucesión intestada salvo que ésta se reservara y no existieran hijos varones²⁰.

La Tradadística mallorquina²¹, siguiendo a los autores del *ius commune*, mantiene la regla de interpretación restrictiva sobre los derechos definidos. ARTIGUES²² declaró que las cláusulas amplias y generales de renuncia no valen, salvo que expresen, inequívocamente, la voluntad de definir tan ampliamente sus derechos; pero incluso en este caso, no se entendían incluidos los derechos sucesorios voluntarios como cualquier otro derecho desconocido al tiempo de la *diffinitio*, porque atentaría contra el principio romano de libertad de testar. Incluso la *diffinitio* no afecta al testamento anterior a la definición en el que instituye a la hija, porque provenía “*ex nova*

20.- “renuntiatio facta a filia dote contenta omni juris sibi competenti in haereditatis patris, reservata successione ab intestato, operat caso quo patri descendenti ab intestato supervivat filius masculus qui non renuntiaverit, nam tunch non obstante reservatione, solus filius ad haereditaem patris abintestato admittat”. Así se pronuncia ARTIGUES, *Liber Exemplaris*, , Palma 1716 (sig. Manuscrito 102-III-17. Biblioteca Bartolomé March), folio 244, núm. 78, y la Tradadística, ver mi estudio en “La *diffinitio*...”, cit., págs. 63 a 68 y 162 a 176.

21.- En opinión de SERRA MAURA, *Decisiones Senatus Majoricensis*, (cit)olio 271v.; ARTIGUES I SUAUA, *Liber Exemplaris*, cit., folio 239 Y 239V., núm. 32; FIOL I FLOR, *Exemplaris Antiqua Regiae Audientiae* BCC (sig. Manuscrito, nº 567), folio 381.

22.- Dice al comentar la Decisión de 19 de diciembre de 1674 que fue declarado “*renuntiatio facta ex una causa non extendit ad jus competens ex alia causa, quia es stricti juris, et non comprehendit nisi quod est expresum*”. *Liber Exemplaris* cit., folio 238, núm. 28.

causa”; es decir, toda la Tradadística entendió que si el padre murió sin cambiar el testamento era porque no había cambiado su voluntad de instituir a la hija; así se declaró en la Decisión de 19 de septiembre de 1628 de la Real Audiencia, diciendo: “*filia renuntiaverit omnia jura paterna haereditatis, seu in bonis paternis spectantibus, in favorem patris aduch viventis; si ab isto antecedente fuit cum aliis haeres Instituta, et pater postea decedat, non mutata voluntate, habebit ipsa partem haereditatis in quam repperet Instituta, renuntiatione no obstante*”²³.

2.1 EL ALCANCE SOBRE LOS DERECHOS DEFINIDOS.

En el originario art. 50 CDCEB, el objeto de la *diffinitio* incluía “la legítima y demás derechos sucesorios”. La interpretación del alcance del derogado art 50 respecto de los derechos renunciados, a la luz de la tradición jurídica balear, debía interpretarse que no podía extenderse a los derechos sucesorios voluntarios porque sería contrario al principio de libertad de testar: “*voluntas testatoris ambulatoria est usque ad mortem*”.

El vigente art. 50 contempla dos modalidades de *diffinitio* que implica dos ámbitos en su objeto: 1) definición de legítima, o bien 2) definición a “todos los derechos sucesorios”. Si no se fija el alcance se entiende el menor gravamen “sólo a la legítima” (art. 50 CDCIB); interpretación restrictiva que es acorde con la tradición jurídica.

Ahora bien, el nuevo art. 51 CDCIB tiene una redacción muy farragosa; distingue las dos modalidades de definición:

1) La definición de los derechos legitimarios. El art. 51.1 CDCIB dice que “deja sin efecto cualquier disposición relativa a la legítima del descendiente”; no es más que, como mantuvo la Tradadística, la plasmación de la prohibición de detraer dos legítimas de una misma sucesión. En realidad lo que está diciendo el párrafo primero es que si la definición alcanza sólo a la legítima, no cabe la *actio ad supplendam legitimam*. Permite la acción de petición de los derechos sucesorios voluntarios sea cual fuere la fecha de otorgamiento del testamento.

En cuanto a la sucesión intestada, el párrafo 3º del art. 51 CDCIB dispone que el definido es llamado a la sucesión intestada cuando el ámbito de la definición alcanza sólo a la legítima. La interpretación concuerda con la tradición jurídica que la *diffinitio* incluía los derechos sucesorios de carácter legal, salvo que se reservaran; este es el supuesto de la renuncia limitada a la legítima porque, tácitamente, ha reservado la sucesión intestada, al definir tan sólo el posible suplemento de la legítima.

23.- Esta Sentencia la comenta SERRA I MAURA, *Decisiones majoricensis Super diversos variosque, tum Canonica tum Civiles Jurisprudentiae*, Palma Balearium, anno salutis 1719, BCC (sig. Manuscrito núm. 558) F ante I, núm. 71.

2) Si la definición es amplia, alcanza a todos los derechos sucesorios. Del pár. 2º del art. 51 se deduce que tampoco cabe *la actio ad supplendam legitimam*. Además determina que el que define no tiene acción para reclamar los derechos sucesorios otorgados en testamento anterior a la definición, por lo que da a la definición el carácter de mecanismo de revocación de cláusula testamentaria, interpretación contraria a la tradición jurídica ya que los derechos sucesorios voluntarios nunca se entendieron renunciados. La única excepción que permite el art. 51 CDCIB es la sustitución vulgar del renunciante que fuere hijo único.

Esta renuncia amplia otorga, al renunciante, la acción para reclamar las disposiciones testamentarias dispuestas, por el ascendiente, en testamento posterior a la definición.

Respecto a la sucesión intestada. Si el causante no ha otorgado testamento²⁴, el párrafo 3º del art. 51 CDCIB dispone que si la definición es amplia, el definido no es llamado a la sucesión intestada, sin embargo lo serán sus descendientes salvo en dos supuestos: a) que del pacto resulte lo contrario, b) que existan otros descendientes no renunciantes o estirpes de ellos. El apartado a) es de conformidad con la tradición jurídica que permitía la reserva a la sucesión intestada, si bien esta reserva estaba condicionada a la existencia de hijos varones. Y el apartado b) también condiciona el derecho a la sucesión intestada, a que no existan otros descendientes no renunciantes o sus estirpes, en cuyo caso los descendientes del definido no serán llamados a la sucesión.

2.2 LA PROBLEMATICA DEL TESTAMENTO ANTERIOR A LA DIFFINITIO. POSIBLES SOLUCIONES.

El vigente artículo 51 CDCIB impide que el descendiente definido pueda adquirir los bienes dispuestos por su ascendiente en testamento anterior al otorgamiento de la *diffinitio*. Como ya hemos advertido, el art. 51 CDCIB otorga a la definición naturaleza de mecanismo revocación de cláusula testamentaria. Esta disposición normativa es contraria a la tradición jurídica balear. La voluntad del testador siempre se respetó, y la Tradadística interpretó que si al morir el padre no había cambiado el testamento otorgado anteriormente a la *diffinitio* en el que destinaba bienes a favor del definido, éste podía adquirirlos ya que el testador había fallecido manteniendo la misma voluntad dispositiva.

24.- La existencia de definición presume un futuro causante interesado en regular su futura sucesión, por lo que, presumiblemente, existirá testamento.

Caben dos opciones para resolver esta cuestión: 1) ser consecuentes con la institución y mantener los criterios históricos, es decir, respetar la tradición jurídica. En este caso el definido siempre puede ser llamado a aceptar cualquier disposición de carácter voluntario, porque la voluntad del testador no puede ser coartada; y aún siendo el testamento anterior a la definición, la interpretación debería ser que, al no haber modificado sus disposiciones testamentarias, el testador ha fallecido manteniendo la misma voluntad. 2) O bien que, al haber otorgado, el descendiente, definición amplia de todos sus derechos sucesorios se entiende que, a partir de esta fecha no puede ser llamado por testamento anterior otorgado por el ascendiente a quien definió, como dispone el art. 51 CDCIB, evitando así dudosas interpretaciones.

Entiendo que la primera opción concuerda más con la voluntad del testador que, pudiendo cambiar su testamento, no lo hizo. Ahora bien, esta solución que podría estar en la línea de la tradición jurídica, no lo está con la redacción del vigente artículo 51, porque distingue la definición restringida a tan sólo la legítima, o la definición amplia a todos los futuros derechos sucesorios.

Conclusión:

En su caso, propondría la modificación de la redacción del artículo en la línea de la tradición jurídica, que entendía que la definición sólo alcanza a los derechos sucesorios de origen legal, es decir, la legítima y la sucesión intestada. En el caso de la intestada con las excepciones que ya hemos comentado. Propondría dejar un amplísimo margen a la autonomía de la voluntad del testador, para que pudiera disponer según su voluntad, ya fuere por testamento anterior o posterior.

3. LA EFICACIA NEGOCIAL. LAS QUIEBRAS A LA EFICACIA.

El efecto negocial, dada la existencia de su presupuesto (la atribución patrimonial) y del negocio de *diffinitio* en sentido estricto, resulta que quien haya otorgado definición no podrá reclamar los derechos que ha definido. Esto se traduce en la posibilidad que tienen los herederos de paralizar la posible acción de reclamación que interponga el definido o sus descendientes.

Históricamente, la eficacia del negocio es la que determina el Privilegi de Jaume I ²⁵ “*ex tunc non possit agere contra patrem sui vel boni ipsius vel contra haeredes eiusdem*”; y los posteriores del Rey Sanç I se pronuncian en

25.- Se puede consultar el texto íntegro en el *Llibre den Pere de Sant Pere* en el Archivo del reino de Mallorca (sig. Códice nº 2, folio 6, primera columna).

el mismo sentido. Es la “*exceptio pactum de non petendo*”, por la que los beneficiarios del negocio, que son los herederos, pueden paralizar la excepción frente a cualquier reclamación o pretensión que se interponga sobre los derechos definidos. No es tanto un efecto negocial abdicativo, como la facultad de paralizar la acción de reclamación; es decir, la eficacia de la *diffinitio* tiene su plasmación en el ámbito procesal, los herederos, como beneficiarios del negocio de *diffinitio*, podrán paralizar una eventual acción de reclamación de los derechos definidos.

Entre los distintos supuestos de quiebra de la eficacia del negocio, la Tradadística²⁶ centró su estudio en dos: 1) la inexistencia del presupuesto del negocio, que era la atribución patrimonial que se entregaba por dote o donación *propter nuptias*; 2) la ineficacia de la imputación legitimaria, por faltar la cualidad de legitimario debido a la premoriencia del descendiente que otorgó *diffinitio*, por lo que decaía la cláusula de imputación y posterior definición.

3.1 PROBLEMAS QUE PLANTEA LA EFICACIA DEL NEGOCIO.

Los supuestos enunciados en el epígrafe anterior han sido objeto de pronunciamientos jurisprudenciales que analizaremos a la luz de la tradición jurídica balear.

1) La ausencia del negocio atributivo, presupuesto de *diffinitio*, según mantuvo la Tradadística, determina la ineficacia negocial. Los doctores del *ius commune* mantenían que “...*pater tamen et hoc argui quod nulla dote filiae assignata pactum per quod filia se excludit a successione paterna non valeat*”²⁷. Si falta el presupuesto negocial no hay negocio, aunque el negocio de *diffinitio* en sentido estricto haya sido celebrado válidamente. No se trata de un problema de validez del negocio, sino de eficacia; la renuncia no produce efectos por falta de su presupuesto negocial.

Tanto comentaristas como canonistas mantenían la misma opinión, también mantenida por los doctores mallorquines porque era *communis opinio*. Esta cuestión se planteó, especialmente, cuando la renuncia se otorgaba a la futura sucesión paterna y materna y sólo se recibían bienes del

26.- Ver su enumeración y estudio en FERRER VANRELL, la “*La diffinitio...*”, cit., pags. 185 y ss.

27.- Dice ANCHARANUS, Petrus, *Comentaria super Sextum Librum Codicis Iuris Pontificii atque Caesarei*, MDXLIII, Vicente de Portonaris, C, 6, 20, 3 n° 23; como dice BENEDICTUS, “quia ceta qualitatis requisita a statuto, scilicet dotatio, igitur cessare debet statutum”, *Repetitio in Capitulo Raynuntius, extra de Testamentis*. Apud Bartholomaeum Vicentium, Ludugni MDCLXXXII.

padre. La doctrina catalana también mantuvo esta opinión; Fontanella decía “*quando filia, quae nihil ex matre, seu bonis illius recipit, renunciat... nihil nocet ista senunciatio... quia sine causa facta fuit renuntiatio, est iure nulla, ac nihil operatur, et sic petere poterit filia bona materna ac si non renunciasset*”²⁸.

Los Doctores mallorquines son de la misma opinión. Serra Maura²⁹ comenta una Decisión de la Real Audiencia de 22 de enero de 1634, en la que se falló que la imputación de la atribución patrimonial a los bienes paternos y maternos debe ir acompañado de un efectivo desplazamiento patrimonial. No es suficiente la cláusula de imputación a los futuros derechos sucesorios si no existe una efectiva entrega. En este sentido Miró decía: “*pater tenet dotare filiae et quamvis per eum dicta de bonis paternis vel maternis non individuata quantitate distincta ex eius parte et ex parte matris censet de suo tamquam ad eius officio spectat dotem dedisse*”.

La común opinión mantenía que si no existía una verdadera entrega de bienes la *diffinitio* era ineficaz porque faltaba la anterior atribución patrimonial.

Otro problema que puede y debe plantearse de quiebra de la eficacia del negocio es el supuesto de una donación inoficiosa, por lo que anteriormente se ha argumentado.

3.2 PROPUESTAS DE SOLUCION. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE BALEARES EN RELACION A LA EFICACIA NEGOCIAL; ANALISIS DE ESTA CONCRETA CUESTION.

En las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 28 de mayo de 1992 y de 20 de diciembre de 2001, se plantea un problema relacionado con la naturaleza jurídica del negocio que converge con la eficacia negocial.

El problema que plantean estas sentencias se presenta en relación a la naturaleza jurídica de los negocios que fueron objeto de litigio ya que no se adecuan, en puridad, al tipo negocial del art. 50 CDCIB.

1) La Sentencia del TSJIB de 20 de diciembre de 2001.

Analizaremos los elementos del tipo negocial para determinar las consecuencias.

28.- *Tractatus De Pactis Nuptalibus...*cl. IX., gl.unic., pars I, núm. 5.

29.- *Decisionum Regii Senatus Minorumque Tribunalium Majoricarum. Tomus I* (manuscrito) folio 226 v.

a) El primer problema que surge se refiere al supuesto de hecho planteado que se calificó como *diffinitio* cuando se trataba de un tipo negocial que no tiene los elementos nítidos del negocio jurídico que es objeto de estudio, y participa de elementos de otros tipos negociales, como es la llamada partición hecha por el testador (aunque, en el supuesto planteado, el reparto lo hacen los dos causantes, que es un matrimonio). Se presenta, en los hechos, la distribución de todo el patrimonio de los ascendientes entre los descendientes legitimarios. Es más, incluso lo que se distribuye no es tanto el patrimonio de cada uno de los ascendientes, sino una masa patrimonial formada por la unión de dos patrimonios distintos, el del padre y el de la madre; lo que nos conduce a un negocio que tiene rasgos de testamento mancomunado, prohibido en nuestro derecho.

El tipo negocial realizado (que figura en los hechos de la sentencia) bajo la denominación de *diffinitio* es difícil de calificar; lo que determinan los hechos es el otorgamiento de una donación de todo el patrimonio de ambos ascendientes, a modo de masa común, que se reparte entre todos los hijos y éstos definen sus derechos sucesorios futuros.

Tampoco se aviene el supuesto de hecho con la naturaleza jurídica de la llamada donación universal de bienes presentes y futuros porque, aunque se desponga de todos los bienes de los causantes, faltan los futuros.

Los hechos planteados tampoco pueden calificarse de partición *inter vivos* hecha por los causantes (art. 1056 Cc), porque toparíamos con la contradicción que la donación es un negocio irrevocable y la partición *inter vivos* del art. 1056 es revocable, ya que no se puede privar al futuro causante de cambiar su voluntad, incluso después de la reforma por ley 7/2003, que su Disposición Final 1ª modifica el segundo párrafo del citado art. 1056 Cc. El negocio *inter vivos* del art. 1056 no es suficiente para otorgar la cualidad de heredero, como ocurre con la donación universal; ni impide que se pueda ejercitar la *actio ad supplendam*, cuestión prohibida en la *diffinitio*. Además, el art. 1056.2 no es de aplicación al derecho balear ya que el pago de la legítima en metálico lo regula el art. 48 de la CDCIB, que es el derecho aplicable a Mallorca y Menorca (art. 48 y 65 CDCIB) e Ibiza y Formentera (art. 81 CDCIB).

El negocio jurídico que mejor se adecúa al supuesto planteado es el llamado *donation-partage* del *Code civil* francés; inaplicable en nuestro ordenamiento jurídico, y al que la jurisprudencia ya ha hecho referencia diciendo en varias sentencias que, la llamada *donation-partage* no se puede subsumir en el art. 1056; entre otras, STS 13.06.1903; STS 28.05.1965, STS 6.03.1945, y STS 29.10.1960, en las que determina que no se puede calificar la partición *inter vivos* del art. 1056 de donación-partición del Código civil

francés e italiano, donde se da un carácter mixto, uniendo los efectos *inter vivos* de la donación y los propios de la sucesión hereditaria.

Otro tipo negocial, que hemos apuntado al inicio, del que los hechos de la Sentencia comparten algunos elementos del tipo, es el testamento mancomunado *mere simultaneum*, disponiendo a favor de tercero, no el mutuo que se instituyen los cónyuges recíprocamente; tampoco es aplicable porque está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico y es revocable como todo negocio de última voluntad.

No es una cuestión baladí, porque la interpretación e integración de las instituciones de nuestro derecho civil deben realizarse a la luz de la tradición jurídica balear (art. 1.2 CDCIB), y son sus antecedentes histórico-jurídicos (Disposición Final Primera CDCIB) la fuente interpretadora e integradora. De otra forma nos conduce a la falta de conocimiento y reconocimiento de la institución porque no se avienen con los elementos del tipo negocial; y esto no es otra cosa que el origen de la inseguridad jurídica.

Los elementos del tipo negocial de la *diffinitio* no nos permite subsumir los hechos que conforman el supuesto de hecho de la Sentencia en esta institución.

b) El segundo problema que se plantea en esta sentencia es la eficacia negocial de la *diffinitio* respecto del hijo que nada recibe del patrimonio materno. Es cierto que el originario artículo 50 permitía que el presupuesto negocial fuera una “ventaja”, término que no concuerda con la tradición jurídica, salvo que se interprete el término ventaja de conformidad con el significado según la tradición jurídica; es decir, una adquisición a título lucrativo como era la dote o la donación *propter nuptias*. Por esto, de acuerdo con la correcta interpretación (art. 1.2 CDCIB), para la eficacia de la *diffinitio* es necesario que el previo desplazamiento patrimonial provenga del patrimonio respecto a cuya sucesión se renuncia. Esto no ocurre en el supuesto de hecho de la sentencia, ya que el nieto nada recibe de su abuela.

Es cierto que, en ocasiones, los bienes de los patrimonios de los ascendientes resultan de difícil división. También es cierto que el art. 48 CDCIB permite el pago de la legítima en metálico aunque no exista en la herencia. Ahora bien, estamos ante una institución que es de clara interpretación a la luz de la tradición jurídica y debería regularse de forma que la naturaleza jurídica de la atribución patrimonial, presupuesto de la *diffinitio*. no deje lugar a dudas.

2) La Sentencia de 28 de mayo de 1992.

Esta sentencia plantea el mismo problema de reparto entre todos los hijos de una masa patrimonial común formada por los patrimonios de ambos

progenitores. En este supuesto se añade otro problema, el de la premoriencia del definido y la cuestión de la reversión del bien donado como pago de la legítima paterna y materna, cuando el bien era sólo de uno de los progenitores.

En este supuesto, decae la llamada cláusula de imputación, ya que no llegó a ser legitimario respecto de la madre; sólo del padre, de cuyo patrimonio provenía el bien.

Esta Sentencia nos lleva a proponer unas cuestiones de interés.

3) Resolución de las cuestiones de interés derivadas de las dos Sentencias, como propuestas de solución.

a) La atribución patrimonial debe provenir del patrimonio respecto del ascendiente al cual se definen los derechos sucesorios.

Para salvar los problemas que puede plantear la división de los patrimonios de los progenitores se puede proponer acudir a la posibilidad de recibir bienes suficientes, con los que contentarse, de un solo patrimonio indicando que cantidades o porciones proceden del patrimonio paterno y del patrimonio materno atribuyendo a la porción que no está en el patrimonio de uno de los progenitores, el carácter como si fuera un pago de la legítima con bienes extrahereditarios, y haciendo constar esta imputación en la escritura de donación. Esta modificación cerraría la posibilidad de pleitear alegando la ineficacia de la *diffinitio* por falta de la preceptiva atribución patrimonial de parte de uno los progenitores a los que ha definido.

La solución a esta cuestión debería encauzarse mediante la reforma del articulado, acogiendo, claramente, esta posibilidad.

b) La segunda cuestión que plantea la sentencia es la cuestión de la premoriencia del definido. En estos supuestos decae la *diffinitio* porque nunca llegó a ser legitimario y no se puede mantener la cláusula de imputación; por tanto la atribución patrimonial recibida tiene el carácter de adquisición a título gratuito, que entró en el patrimonio del adquirente y forma parte de su caudal relicto. Bien es cierto que, como toda donación, está sujeta a reversión cuando se cumplan los requisitos exigidos en el artículo 812 del Código civil.

Si el donatario premuerto tiene hijos, en cuyo caso no hay reversión, que por su fallecimiento se convertirían en legitimarios respecto del abuelo a quien su padre definió, nada pueden reclamar sobre los derechos definidos.

c) Las dos sentencias plantean un supuesto de hecho que no se aviene bien con el tipo negocial de la *diffinitio*, como ya se ha explicado y me remito a lo dicho. Por tanto, en la redacción del artículo 50 de la CDCIB debe

formularse claramente el tipo negocial de la *diffinitio*, en la línea argumentada a lo largo de este estudio y siguiendo la tradición jurídica.

La estructura debe determinarse, por una parte, mediante la existencia del presupuesto negocial, que es la atribución patrimonial y que será un negocio perfecto y eficaz, exista o no posterior *diffinitio*. Y por otra parte, el negocio de *diffinitio* en sentido estricto, que es la carta de pago por los derechos definidos y la renuncia a nada más reclamar sobre tales derechos. Esta estructura dista mucho de la estructura contractual, porque los efectos propios del contrato no son los propios del negocio de *diffinitio*.

Hemos visto, en el supuesto de la segunda sentencia, que la donación recibida, aún siendo la *diffinitio* ineficaz ya que no llegó a ser legitimario, se mantiene porque es un negocio independiente y eficaz. que, en su caso, tiene naturaleza jurídica de presupuesto negocial, como lo es la muerte al testamento o el matrimonio a las capitulaciones matrimoniales.

4. COMPUTACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LA LEGÍTIMA CUANDO UNO DE LOS LEGITIMARIOS HA DEFINIDO SUS DERECHOS LEGITIMARIOS.

Para determinar la legítima global, cuando existe algún legitimario definido, se calculará determinando el valor del *relictum* al tiempo del fallecimiento del causante. De este valor, así determinado, se deducirán las deudas y cargas (sin contar las impuestas en el testamento) y los gastos de última enfermedad, entierro y funeral (art. 47.3 CDCIB). Obtenido el valor líquido se agregará el *donatum*, es decir, aquellas liberalidades computables con el valor que tenían al fallecer el causante, de las que se debe deducir los gastos extraordinarios y las mejoras útiles realizados a costa del beneficiario y adicionar el importe de los deterioros que hubieren disminuído el valor siempre que sean causados por el donatario. En consecuencia, se tendrá que contabilizar el valor de la atribución patrimonial otorgada al hijo definido, de acuerdo con los criterios señalados (art. 47.3 CDCIB), es decir, el valor que tenía lo atribuído al definido, como presupuesto negocial, al tiempo del fallecimiento del causante.

Hallada la legítima global, la legítima individual dependerá del número de hijos, que será un tercio o la mitad (art. 42, primer párrafo CDCIB); para ello el definido hace número (segundo párrafo del art. 42 CDCIB), y su cuota incrementa a la parte de libre disposición, (tercer párrafo del citado art. 42 CDCIB).

5. LA PRETERICIÓN.

La preterición podemos distinguirla desde dos perspectivas, desde la perspectiva material y la formal. Si lo que se lesiona es el contenido económico que comporta el título de legitimario estamos ante la preterición material, que da derecho a pedir lo que por legítima le corresponda. Si el testador se olvida o no respeta la mención del título de legitimario estaremos ante la preterición formal.

El causante tiene que respetar el título y el contenido económico que conlleva la cualidad de legitimario.

También podemos distinguir la llamada preterición intencional de la no intencional; en la primera no existe ignorancia de la existencia de un legitimario; en la segunda hay desconocimiento o falta de conocimiento de tal existencia, por esto la ausencia de nombramiento no es un olvido, sino un desconocimiento.

La Compilación regula la preterición en su art. 46, distinguiendo la preterición del párrafo primero, que corresponde a la intencional, de la preterición no intencional del párrafo segundo del mismo artículo 46, y le da un efecto distinto, acorde a la falta de conocimiento de la existencia de un legitimario.

La existencia de la *diffinitio* impide alegar preterición, porque la cláusula de imputación es suficiente para evitar el olvido (art. 46 CDCIB). Tampoco existe preterición intencional, al haber recibido la atribución patrimonial, que es el presupuesto negocial, imputado a la legítima (art. 47 CDCIB). Si hay perjuicio en el *quantum* no cabe la *actio ad supplendam legitimam*, porque lo impide haber otorgado *diffinitio*

6. LA PREMORIENCIA DEL DEFINIDO.

Si el definido premuere al causante, respecto de cuya sucesión renunció por *diffinitio*, decae la cláusula de imputación por faltar la cualidad de legitimario o heredero intestado. Es un supuesto de quiebra de la eficacia del negocio de *diffinitio*. En este caso, se mantiene la donación o atribución patrimonial a título lucrativo, ya que es un negocio irrevocable y lo adquirido formará parte de su caudal relicto.

Si no tiene descendientes opera el art. 812 Cc, por lo que los ascendientes “suceden con exclusión de otras personas...” en lo donado al descendiente. Este supuesto, como hemos visto, se planteó en la Sentencia del TSJIB de 28.05.1992, que ya hemos comentado, a la que se presentó el voto particular de dos magistrados.

Esta cuestión que fue debatida por la Tradística. SERRA MAURA³⁰ declaró “*donatio facta filia favore et contemplatione matrimonii de proximo contrahendi...manet valida talis donatio, etiam si premoriat filia, quia Pater potest anticipare solum legitimam filia, sea portioni illius, maxime in casu matrimonii, cum ad illius officium spectet huic assignare dotem qua loco legitima succedit et post data validitate dicta donationis retractari non potest dicta partis legitima asignatio pretextu premoriencia illius*”. Como hemos dicho, el presupuesto negocial es un anticipo de legítima que al no adquirir la cualidad de legitimario, por premoriencia, la cláusula de imputación es ineficaz, pero no la donación que ya ha entrado y queda en el patrimonio del donatario porque es irrevocable. En definitiva, en los supuestos de premoriencia, la *diffinitio* es ineficaz, no la donación que es su presupuesto negocial.

Puntualizar, nuevamente, que estas afirmaciones corroboran la estructura negocial de la *diffinitio* que no puede ser calificada de contrato.

**7. PROBLEMÁTICA QUE PRESENTA LA *DIFFINITIO*,
COMO TÍTULO SUCESORIO, EN LA LEY
BALEAR 22/2006, DE 19 DE DICIEMBRE,
DE REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES
Y DONACIONES, MODIFICADA POR LEY 6/2007,
DE 27 DE DICIEMBRE.**

La Ley del Parlamento de las Illes Balears 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuyo Título V ha sido modificado por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Económico-Administrativas, ha supuesto, prácticamente, la eliminación del impuesto de sucesiones entre cónyuges, descendientes y ascendientes (art. 2). La Exposición de Motivos de la Ley 22/2006 (I,3) dice “así, dentro de estos límites, preside la clara vocación de no suprimir el impuesto (cuyo establecimiento compete al Estado), pero sí de rebajar sustancialmente la carga fiscal del mismo a un número significativo de contribuyentes, concretamente a aquéllos que son más próximos al causante (descendientes, cónyuge y ascendientes)”.

Esta Ley ampara de forma explícita las instituciones que conforman la llamada sucesión contractual regulada por la Compilación de las Illes

30.- *Decissionum Regii Senatus...*, Tomus I, folio 223 verso.

Balears (art. 6 y art. 69), en términos de la EM. II,6, dice: “en consecuencia, una reforma tendente a cumplir los objetivos anteriormente enunciados no podía dejar de lado el régimen aplicable a algunas de estas instituciones peculiares, tales como la definición o la donación universal, y el finiquito de legítima o los pactos sucesorios”. La Ley 22/2006 enumera los pactos sucesorios regulados en la Compilación balear a los que atribuye la condición de “título sucesorio” y, en consecuencia son títulos aptos para la aplicación de los beneficios fiscales propios de tales adquisiciones cuando cumplan los requisitos para su aplicación.

Dos son las cuestiones a dilucidar en esta materia: 1) por una parte, los problemas que plantea la ley 22/2006 y la modificadora 6/2007 en relación a la redacción de determinados artículos de los pactos sucesorios, como títulos sucesorios. 2) En segundo lugar, la estructura negocial de la difinitio y el nacimiento de la obligación tributaria.

7.1 LOS PROBLEMAS DE DETERMINADOS ARTÍCULOS EN RELACIÓN A LOS PACTOS SUCESORIOS COMO TÍTULOS SUCESORIOS.

El Título V de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones lleva la rúbrica “Aplicación del Derecho Civil de las Illes Balears”, y dedica el Capítulo I al ámbito de aplicación. Su art. 55 determina que “las normas del presente título han de aplicarse a las adquisiciones por causa de muerte y lucrativas entre vivos en las que el negocio jurídico que dé lugar al hecho imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones se rija por el Derecho Civil de las Illes Balears, y la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears sea competente para la liquidación del Impuesto”.

El Capítulo II de este Título V, se dedica a las adquisiciones por causa de muerte y lucrativas entre vivos, y su artículo 56 que rubrica como “La donación universal, la definición y otros pactos sucesorios” dice: “la donación universal, la definición y los pactos sucesorios reglados en los artículos 8 a 13, 50, 51 y 72 a 77, respectivamente, de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears, aprobada por el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, tendrán el carácter de título sucesorio a los efectos del art. 11b) del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre sucesiones y donaciones, y en consecuencia, gozarán de todos los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias cuando les sean aplicables”.

El artículo 58, añade “la donación universal a que se refieren los artículos 8 a 13 y 73 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears y los pactos sucesorios a que se refiere el libro III de este mismo texto, tendrán el carácter de título sucesorio y, en consecuencia, gozarán de todos

los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias cuando le sean aplicables”.

Esta regulación ha suscitado varios problemas; alguno de ellos se ha intentado paliar mediante la modificación, por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, del Título V de la antes citada Ley.

El problema surge por la falta de exactitud en el tipo adquisitivo.

La llamada Ley de Acompañamiento de los Presupuestos (Ley 6/2007) para la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, aprovechó para modificar “algunas deficiencias” de la Ley 22/2006, como explica la EM en estos términos: “Para finalizar con la regulación de los impuestos directos, la sección 4.^a dedica el artículo 11 a la modificación de algunos preceptos de la Ley 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, con la finalidad de solucionar algunas deficiencias puntuales advertidas en el texto vigente y aclarar el alcance de determinados pactos sucesorios, así como de reducir el importe de la reducción prevista para las donaciones dinerarias de padres a hijos y otros descendientes para la adquisición de su primera vivienda habitual”.

En lo que nos interesa para este concreto estudio, advertimos que la modificación producida pretende deslindar los distintos negocios jurídicos que son “título sucesorio”. Por una parte el art. 56 y 58 de la Ley 22/2006, es reiterativo y no queda claro lo que pretende clasificar.

Por un lado, el art. 56 menciona la donación universal, la definición y los pactos sucesorios regulados en los artículos 8 a 13, 50, 51 y 72 a 77, respectivamente, de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears. En esta nominación sólo se determinan los institutos del Libro I: la donación universal (8 a 13), la *diffinitio* (50-51), y las instituciones del Libro III las engloba en los pactos sucesorios de los arts. 72 a 77, determinando que son títulos sucesorios a efectos de aplicarles los beneficios fiscales. Más adelante, el art. 58 repite las instituciones que tienen la consideración de título sucesorio para aplicarles los beneficios fiscales, y bajo el epígrafe: “La donación universal y los pactos sucesorios” menciona la donación universal citando los art. 8 a 13 y el 73, y los pactos sucesorios del Libro III, que debe referirse a los arts. 72 a 77.

Este artículo 58 es de difícil comprensión porque repite el anterior “a la baja”, ya que no cita la *diffinitio* (art. 50-51 del Libro I), y sin embargo cita el art. 77 que es el “finiquito de legítima” del Libro III (que equivale a la *diffinitio* del Libro I). Por otro lado al citar la donación universal (arts. 8-13) del Libro I, no precisa que el art. 73 del Libro III debe referirse a su párrafo 3º.

En realidad la redacción no es correcta o es incompleta, y es reiterativa. Por todo ello, la reforma por Ley 6/2007 no ha mejorado totalmente la

redacción, a pesar de que ésta era la intención manifestada en la EM. El art. 56, bajo el epígrafe “donación universal y definición”, determina que “La donación universal y la definición a que se refieren los artículos 8 a 13, 50, 51 y 73 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears...” son títulos sucesorios con el fin de otorgarles los beneficios fiscales que sean inherentes a estas instituciones sucesorias. Se olvida, como ya hemos dicho, del artículo 77 del Libro III, que se refiere al finiquito de legítima o “*diffinitio*”; y tampoco puntualiza que el art. 73, del Libro III, debe referirse sólo al párrafo 3º, porque los demás se incluyen en el art. 58.

Por todo esto, el citado artículo 58 no ha logrado corregir la redacción del art. 58 de la Ley 22/2006, aunque la mejora, ya que en este artículo seguramente se quería incluir los demás pactos sucesorios del Libro III, como reza en el epígrafe “otros pactos sucesorios”. Determina que son títulos sucesorios “los pactos sucesorios regulados en los artículos 72 a 77 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears”, por lo que les atribuye los beneficios fiscales propios. Queda incluido en esos pactos sucesorios, “el finiquito de legítima” del art. 77, que debería incluirse, con el fin de ordenar la regulación, en el art. 56; y la donación universal, que al no haber precisado que se refería al párrafo 3º del art. 73, en el art. 56, en este artículo 58 es reiterativo.

La redacción confusa de los artículos 56 y 58 de la Ley 22/2006 no ha quedado totalmente subsanada con la nueva redacción dada por Ley 6/2007.

Esta cuestión de redacción presenta los problemas indicados que, en todo caso desde la óptica tributaria debería ordenarse. Otras son las cuestiones que ahora se explicarán.

El problema radica en otro aspecto de estas instituciones, que no se ha resuelto con la modificación del Título V de la Ley 22/2006 de los dos artículos citados anteriormente, porque al atribuir a dichos pactos sucesorios la cualidad de títulos sucesorios y por ello la ley le aplica los beneficios fiscales propios de estas adquisiciones, se olvida que los títulos adquisitivos pueden ser también a título *inter vivos* y la ley la califica de título sucesorio. Esta cuestión es la que pasaremos a analizar.

7.2 LOS PROBLEMAS EN RELACIÓN A LA ESTRUCTURA DEL NEGOCIO DE *DIFFINITIO*.

En el ámbito tributario, la *diffinitio* presenta, principalmente, un problema relacionado con la estructura de la institución que provoca determinadas consecuencias ligadas con la naturaleza del negocio de *diffinitio* y en concreto con el momento del nacimiento de la obligación tributaria.

La cuestión principal está en relación al momento del nacimiento de la obligación tributaria. La obligación de tributar deriva de la adquisición

lucrativa, consecuencia de la atribución patrimonial recibida, que constituye el presupuesto negocial de la *diffinitio*. Es importante delimitar el momento adquisitivo de los bienes que ingresan en el patrimonio del definido (art. 50 CDCIB), a efectos de determinar el momento del devengo.

La ley 22/2006 determina que la *diffinitio* es un título sucesorio y como tal tributa por la tasa bonificada del 1%. Esto significa que si es título sucesorio, de acuerdo con la ley tributaria, el devengo debería producirse al fallecimiento del causante

¿Cómo se organiza la tributación respecto a la adquisición patrimonial lucrativa recibida como presupuesto de la *diffinitio*?. Difícil cuestión a resolver:

1) Si la atribución patrimonial es coetánea al negocio de *diffinitio* en sentido estricto, el problema sólo se centra en la calificación de “título sucesorio” a determinados negocios lucrativos, como son una donación o una condonación, o cualquier “atribución o compensación” (art. 50 CDCIB) que sea título lucrativo que es el presupuesto negocial de la *diffinitio* que, por una parte, son títulos *inter vivos* y en modo alguno el devengo está ligado con el fallecimiento del donante o condonante o atribuyente, respecto de cuya sucesión el descendiente, que es un futuro legitimario, se declara satisfecho. En definitiva la ley trata de bonificar una adquisición lucrativa que siendo efecto de un negocio *inter vivos* va a producir ciertos efectos *mortis causa*; como es la imposibilidad de reclamar los derechos sucesorios definidos, porque ya se ha contentado con lo que ha recibido *inter vivos*. Es una ventaja tributaria y justa, ya que la atribución patrimonial se imputa a unos futuros derecho sucesorios, por esto tributan como título sucesorio.

2) Este no es el problema; la cuestión de difícil solución es el tratamiento tributario que se dará a la atribución patrimonial que, estando permitida por la Compilación, se haya efectuado con anterioridad (art. 50 CDCIB) a la renuncia o *diffinitio*, es decir, que no sea coetánea al negocio de *diffinitio* en sentido estricto. En el momento de otorgarse la “donación” o atribución patrimonial estamos ante un negocio *inter vivos* que aún no tiene la naturaleza de presupuesto negocial de la *diffinitio*; este carácter lo adquirirá *a posteriori*, cuando “en contemplación de” aquella atribución patrimonial recibida con anterioridad se produzca la renuncia o definición a los futuros derechos sucesorios y declare definirlos, momento que puede dilatarse en años, o simplemente, no llegar nunca a adquirir esta naturaleza.

¿Acaso esta atribución patrimonial estará exenta de tributación a la espera de que, con posterioridad, llegue o no a ser el presupuesto negocial de *diffinitio*?; esta cuestión es inimaginable. Producida la adquisición lucrativa nacerá la obligación de tributar, y no se puede calificar a tal adquisición de “título sucesorio”; deberá tributar como donación, por la tasa bonificada del

7%. Ahora bien, *a posteriori*, si a esta atribución patrimonial se le da naturaleza de presupuesto negocial de *diffinitio*, como permite el art. 50 de la Compilación, ¿debería tributar por la tasa bonificada del 1%?; entiendo que si, porque en este momento, de acuerdo con la ley tributaria, es “título sucesorio”; por tanto la tasa bonificada es del 1%. Dicho desde otra perspectiva, ¿se podrá pedir la devolución del diferencial de lo devengado por encima de lo debido?; esto es, habiendo tributado como donación por la tasa bonificada del 7%; podrá pedir que la Agencia Tributaria le devuelva el 6%, ya que la tasa como título sucesorio es el 1%.

Esta cuestión, también merece su análisis por parte de los expertos en materia tributaria.

8. LA SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR Y EL MARCO TRIBUTARIO; LOS PROTOCOLOS FAMILIARES Y LA *DIFFINITIO*.

En el Foro de Lille, que se celebró el 3 y 4 de febrero de 1997, se recomendó la supresión de las prohibiciones legales que en algunos ordenamientos comunitarios existían sobre los pactos sucesorios, por ser unos instrumentos que facilitan la continuidad de la Empresa Familiar. Estas Recomendaciones iban dirigidas a los Estados Miembros con la finalidad que tomaran las medidas legales oportunas para allanar el camino de la sucesión en la Empresa Familiar.

La Comisión europea formuló una Recomendación, 94/1069/CE de 7 de diciembre sobre transmisión de pequeñas y medianas empresas (*Diario Oficial* n° L 385 de 31/12/1994 p. 0014–0017), con el fin de allanar la dificultad que entraña la transmisión de la Empresa, principalmente *mortis causa*³¹; como también en la Comunicación de 29 de junio de 1994 indicaba

31.- Dice “con el fin de garantizar la supervivencia de las empresas y el mantenimiento de los puestos de trabajo correspondientes. En particular se invita a los Estados miembros a adoptar las medidas más adecuadas a fin de completar su marco jurídico, fiscal y administrativo, con objeto de:

- sensibilizar al empresario con respecto a los problemas de la transmisión y de esa forma animarle a preparar esta operación en vida;
- crear un entorno financiero favorable al éxito de la transmisión;
- permitir al empresario la preparación eficaz de la transmisión, ofreciéndole los instrumentos adecuados;
- garantizar la continuidad de las sociedades de personas y las empresas individuales en caso de fallecimiento de uno de los socios o del empresario;
- garantizar el éxito de la transmisión familiar, evitando que los impuestos que gravan la sucesión y la donación pongan en peligro la supervivencia de la empresa”.

la necesidad de reducir la carga tributaria cuando el objeto de la sucesión o la donación fuese una Empresa Familiar.

8.1 EL MARCO TRIBUTARIO EN LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR.

Desde la óptica tributaria e incluso más allá de la Recomendación de reducir la carga tributaria cuando el objeto de la sucesión o donación fuese una Empresa Familiar, es importante para Baleares hacer referencia, nuevamente, a la Ley del Parlamento de las Illes Balears 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, cuyo Título V ha sido modificado por Ley 6/2007, de 27 de diciembre, de Medidas Tributarias y Económico-Administrativas. Esta ley tributaria reduce, notablemente, el impuesto de donaciones entre ciertos parientes y, específicamente, si el objeto es la Empresa Familiar. El régimen tributario previsto es favorable cuando el objeto de la transmisión *inter vivos*, a título lucrativo, tenga por objeto valores sobre una Empresa de índole familiar³².

El art. 22 de la Ley 22/2006 prevé, para obtener la base liquidable, la aplicación de una reducción de la base imponible de un 95%, cuando la transmisión *inter vivos* a título lucrativo o gratuito se otorgue al cónyuge o a los descendientes, y siempre que en el objeto de la transmisión “esté incluido el valor de una empresa individual o de un negocio profesional a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre patrimonio”.

Se aplicará esta misma reducción del 95% de la base imponible (art. 23) cuando en la transmisión lucrativa al cónyuge o a los descendientes “esté incluido el valor de participaciones en entidades a las que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del art. 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del impuesto sobre patrimonio”.

Las deducciones que contemplan los citados artículos 22 y 23 están condicionadas a una serie de requisitos y al mantenimiento de la adquisición un tiempo determinado (previsto en el art. 24 de la ley). Los requisitos de mantenimiento de la adquisición, son: a) que el donante tenga 60 años o esté en situación de incapacidad permanente; b) que, si ejerce funciones de dirección, las deje de ejercer y de percibir remuneración por este ejercicio desde la fecha de la transmisión; c) que el donatario mantenga la adquisición y tenga derecho a dicha exención en el impuesto sobre el patrimonio durante los cinco años siguientes a la fecha de la escritura pública de

32.- El tema de la fiscalidad de la empresa familiar se puede consultar en el capítulo V del libro electrónico de PÉREZ-FANDÓN MARTÍNEZ, *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, Edit. CISS, 2ª ed. Mayo 2008.

donación, salvo que falleciera en este plazo. También se prohíbe, al adquirente, realizar operaciones societarias o bien actos de disposición que puedan minorar sustancialmente el valor de la adquisición.

De no cumplir con lo exigido en la norma deberá pagar la reducción practicada y los intereses de demora.

Es evidente que la norma persigue la continuidad de la Empresa Familiar.

8.2 LOS PROTOCOLOS FAMILIARES Y LA *DIFFINITIO*. PROBLEMAS QUE PLANTEAN Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

La finalidad de los pactos que conforman el Protocolo Familiar³³ es conseguir que éste sea un instrumento eficaz para la continuidad de la Empresa y para que continúe sólo en manos de la Familia propietaria, evitando el ingreso de miembros que no pertenecen a la misma. Con tal fin se pacta el reparto de las participaciones sociales y otras cuestiones, como pactos de restricción tanto de transmisión de participaciones societarias, como de derechos de adquisición preferente, así como cualquier otro pacto que pretenda evitar el acceso de personas ajenas al tronco común familiar; incluso, en ocasiones, respecto a los propios cónyuges.

La separación entre propiedad, negocio y familia va encaminada a establecer su estructura organizativa; por esto es objeto del pacto quienes serán los miembros de la Familia propietaria que se incorporarán a la Empresa, y el régimen de dividendos. Otros acuerdos societarios se concretan en reglas relativas al funcionamiento de los órganos sociales, composición y toma de decisiones, entre otros.

El pacto más importante de los acuerdos convenidos en el Protocolo familiar es la sucesión en la Empresa. Este acuerdo recae en la designación de la persona de la Familia que sea más idónea como sucesor; para lo cual el Titular se obliga a otorgar testamento instituyendo heredero o herederos a favor de quien se pactó en el Protocolo Familiar.

33.- No me extiendo en este tema, para un análisis más extenso sobre esta cuestión, pueden consultarse otros estudios donde hago un tratamiento más detenido: María Pilar FERRER VANRELL “La ley balear 22/2006, de 19 de diciembre y los Protocolos Familiares, como factores determinantes del resurgir de los pactos sucesorios” en *Actualidad Civil*, nº 12, 2008. “La sucesión contractual en la Compilación de derecho civil de la Illes Balears. Factores determinantes de su renacimiento: La Ley balear 22/2006, de 19 de diciembre, de reforma del impuesto sobre sucesiones y donaciones; y los Protocolos Familiares” en *Nou Dret successori del Codi Civil de Catalunya*, Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa. 2008. y “La problemática de los Protocolos Familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza”. (en prensa): en *Los principales temas de Derecho Sucesorio*. Edita Dykinson.

Hay dos cuestiones que son de gran interés para el Fundador o Titular actual porque pretenden asegurar su voluntad en el sentido que la propiedad y dirección de la Empresa quede en manos de la Familia. Así lo explicita el párrafo 1, de la EM del RD 171/2007, al determinar que es lícita la autorregulación “de sus propios intereses especialmente en relación a la sucesión de la Empresa familiar”.

Estas cuestiones a las que hacíamos referencia son:

1) Por una parte, convenir que los familiares otorguen capitulaciones matrimoniales pactando el régimen económico matrimonial de separación de bienes, con la finalidad de que las participaciones empresariales permanezcan siempre en el seno de la Familia empresaria evitando, así, la entrada de los cónyuges en la propiedad de la Empresa.

2) Por otra, acordar, en el ámbito sucesorio, la elección del sucesor en la Empresa, obligándose el Fundador o Titular actual a otorgar testamento en un determinado sentido.

El Protocolo familiar, siendo un instrumento importante, no da respuesta suficiente al cumplimiento *in natura* de lo pactado. Además, algunas de las cláusulas acordadas pueden ser de dudosa legalidad, o como mínimo pueden presentar numerosos problemas, como lo ha puesto de relieve la doctrina.

Los problemas se presentan en los pactos sobre las instrucciones en la sucesión y se manifiesta en la eficacia del Protocolo familiar, porque el Protocolo por si solo no es suficiente para asegurar lo acordado, ya que necesita que lo pactado se complemente con el otorgamiento de otros negocios vinculados a los que se ha comprometido para sus plenos efectos, como son:

a) El testamento para nombrar el sucesor y el concreto reparto de las participaciones entre los demás legitimarios y miembros de la Familia.

b) Las capitulaciones matrimoniales en las que deben pactar, según lo acordado, el régimen de separación de bienes para regir las relaciones patrimoniales del matrimonio, para que los cónyuges de los miembros de la Familia queden fuera de la Empresa.

En el caso de incumplimiento³⁴ de los acuerdos resulta que las cláusulas

34.- el establecimiento de cláusulas penales, como está previsto en la Disposición Final Segunda del RD 171/2007, que modifica el Reglamento del Registro Mercantil, el art.114, apartado 2 , a) del Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por RD 1784/1996, de 19 de julio, y dice que “podrán constar en las inscripciones: a) las cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en Protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto...”.

sustitutorias al incumplimiento no consiguen repararlo, porque no es posible exigir ni el cumplimiento de otorgar testamento nombrando el sucesor acordado, ni el cumplimiento de otorgar Capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes.

No es exigible el cumplimiento de otorgar testamento por ser un negocio personalísimo. Además, al tratarse de un negocio *mortis causa*, es revocable. Por esto, el pacto del Protocolo sobre la sucesión *mortis causa* en la Empresa por el que el Fundador o titular actual se obliga a otorgar testamento para nombrar a un determinado familiar como sucesor, no garantiza el sentido de lo acordado en el Protocolo familiar.

El Código civil no presta una eficaz solución para mantener irrevocables los pactos acordados en el Protocolo respecto al sucesor *mortis causa* en la Empresa. La obligación pactada de otorgar otro negocio jurídico, si bien vinculado al Protocolo, como es el testamento, en el sentido que han acordado y mantener la misma voluntad hasta la muerte, esto es, no revocarlo, es difícil de exigir *in natura*, por la propia naturaleza de los negocios *mortis causa*. Todas estas cuestiones de ámbito sucesorio tienen difícil solución en el Código civil, ya que prohíbe que sea objeto de contrato la herencia futura (art. 1271 Cc) excepto realizar operaciones particionales conforme al art. 1056 Cc. Como tampoco está permitida la renuncia o transacción sobre la legítima futura (art. 816 Cc), ni los pactos de suceder o no suceder (art. 991 Cc). Todo ello encuentra mejor y más firme acomodo en las legislaciones civiles territoriales que admiten la sucesión contractual. Especialmente, la Compilación balear tiene las instituciones idóneas para dar firmeza a tales acuerdos; incluso son instituciones sustitutorias al Protocolo Familiar al ser negocios irrevocables, me refiero a la donación universal de bienes presentes y futuros y la *diffinitio*. Además, el régimen económico legal supletorio de la Compilación es el de separación de bienes.

En el tema que nos concierne, la *diffinitio* es una institución que se presenta idónea para salvar los problemas que plantea el pago de la legítima a los legitimarios. El Código civil tiene ciertas dificultades en relación al pago de la legítima a quienes resulten legitimarios. Esta cuestión se solucionó, sólo en cierta medida, por la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa que modificó la redacción del párrafo segundo del artículo 1056 Cc, para dotar de una mejor solución a la hora de ordenar, para su conservación, la transmisión *mortis causa* de la Empresa familiar, permitiendo el citado párrafo segundo, que el testador disponga el pago de la legítima a quienes resulten legitimarios, de forma que facilite la conservación de la Empresa familiar unida.

El objeto de la actividad del testador, para facilitar la conservación indivisa de la Empresa familiar, consiste en permitirle que ordene el pago

de la legítima, a los que sean legitimarios, en metálico y si no existe metálico en la herencia se puede ordenar el pago con dinero extrahereditario. También puede ordenar el pago de la legítima por otros medios de extinción de las obligaciones (art. 1256 Cc), por ej. la condonación de una deuda contraída por el legitimario con el testador (art. 1187 Cc). Sin embargo, el testamento así otorgado siempre está amenazado por la posible revocabilidad.

En conclusión: El sistema del Código civil no es el idóneo, cuando se quiere mantener la Empresa Familiar en manos de un Titular y que el pago de las legítimas no afecte a la Empresa Familiar.

El derecho balear presenta una opción más perfecta y está en la línea de las Recomendaciones de la Unión Europea al permitir los pactos sucesorios para elegir y nombrar de forma irrevocable al sucesor; así como anteponer el interés de la Empresa al interés de los legitimarios. La *diffinitio* es la institución idónea y complementaria para la sucesión en la Empresa Familiar; si su Titular quiere disponer de ella en favor de un sucesor, a quien podrá atribuirle mediante donación universal de bienes presentes y futuros, porque ambos negocios jurídicos son irrevocables. Así, la *diffinitio* (art. 50 CDCIB) permite el pago anticipado de los derechos legitimarios en vida del Titular de la Empresa y de forma irrevocable quedan apartados de la sucesión.

En otros derechos civiles territoriales mantienen la posibilidad de apartar a los hijos no herederos de los derechos legitimarios. En Navarra (la renuncia a la legítima futura, ley 155)), en Galicia (la apartación arts. 234 y ss. LDCG), en Aragón (art. 492 CDFA), País Vasco (el apartamiento, arts. 54, 57, 62, 65). Estas instituciones se adecuan mejor que el Código civil, a las necesidades de la sucesión en la Empresa Familiar.

8.3 PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.

La *diffinitio* es una institución complementaria a los pactos de suceder que permite dar mejor respuesta que el artículo 1056.2 del Cc a la sucesión de la Empresa Familiar.

La propuesta, para adaptarse a las necesidades de la sucesión en la Empresa Familiar, podría formularse en el ámbito de los pactos de suceder. Sería necesario formular un articulado modificativo de la donación universal de bienes presentes y futuros y los pactos de institución que contemplara la sucesión en la Empresa Familiar, regulando la posibilidad de incluir pactos propios de los Protocolos familiares en estos pactos sucesorios.

El Codi Civil de Catalunya, en su Libro IV, regula los pactos sucesorios (arts. 431-1 y ss), y regula la posibilidad de incluir pactos propios de un

Protocolo Familiar, pudiendo así incluir aquéllos que se refieran a la continuidad y mantenimiento de la Empresa Familiar (art. 431-7 CCC).

El Ordenamiento Civil balear aventaja al catalán en la medida que permite el pago y renuncia anticipada de la legítima futura, mediante *diffinitio*. Esta institución complementaria a los pactos sucesorios permite al Titular de la Empresa Familiar dejar ordenada su sucesión particular y empresarial, con más amplitud que el Código civil e, incluso, que el Codi Civil de Catalunya.

La propuesta debe abogar por la regulación de pactos familiares o referentes a Empresa Familiar como cláusulas de los pactos sucesorios, en la línea del CCC, y adecuar la regulación de la *diffinitio*, en el sentido propuesto a lo largo de este análisis, haciendo especial mención a su encaje en la sucesión de la Empresa Familiar.

En este punto se debe recordar el ámbito tributario, ya que la sucesión de una Empresa Familiar está bonificada como hemos indicado anteriormente en el epígrafe 8; ahora bien, esta bonificación podría mejorar cuando la sucesión de la Empresa se estipulara en pacto sucesorio complementado con la *diffinitio* de los legitimarios, ya que la tasa, en estos dos supuestos es del 1% y no la que determina el art. 22 citado en el epígrafe 8.A.

XIII.2- COMUNICACIÓN DEL ACADÉMICO JAIME FERRER PONS.

Notas a la ponencia sobre “definición” de la Académica Pilar Ferrer.

Es obligado iniciar estas escuetas notas felicitando a Pilar Ferrer por su magnífica ponencia, como no podía ser de otra forma, conociendo su tesis doctoral.

Según el art. 1 - 2 CDCIB es indiscutible que el Derecho civil de las Islas Baleares se interpretará y se integrará conforme, pero no sólo, a la tradición jurídica balear (en la que se encarnan las leyes, costumbres, la jurisprudencia y la doctrina).

Es conocida y muy respetable la tesis de la ponente sobre la estructura de la definición:

1.- Presupuesto negocial. Atribución patrimonial.

2.- Negocio unilateral. Declaración de voluntad de renunciar. Este negocio es la definición en sentido estricto.

a.- No parece que el artículo 50 (Comp. 61) refleje un planteamiento en este sentido. Y es seguro que la “mens legislatoris” en la ley de reforma del 90 fue la de estructurar la definición como un contrato sucesorio (pacto de non succedendo) bilateral, complejo y oneroso. Concretamente, el carácter de bilateral fue debatido en profundidad.

b.- Entiende parte de la doctrina que el carácter oneroso se deduce o refuerza con la expresión legal de “en contemplación”, que se entendió de forma unánime como “en contraprestación”.

Antes de la reformas del 90, que introdujo la posibilidad de una atribución anterior en el tiempo no se concebía una definición que no se realizaras en un solo acto (atribución – renuncia). Y es el enfoque que se produce en un tanto por ciento muy elevado de definiciones, siendo muy raro el supuesto de una definición en base a una atribución anterior, que en todo caso parece no sería un dato que desvirtuara la onerosidad. Se ha afirmado repetidamente que “se dona/transmite porque se renuncia, y se renuncia porque se recibe”.

Se plantea por la ponente que con este planteamiento como se justifica que se pueda mantener la mal llamada “contraprestación” en caso de que decaiga el negocio de definición en sentido estricto. Se refiere concretamente al caso de que el hijo “definido”, por haber recibido una donación, premuera al causante; la donación se mantiene pero decaen los efectos de la definición.

Parece que se debería puntualizar el alcance de este efecto ya que: El hijo premuerto se cuenta a efectos de fijar el número de legitimarios que determina la cuota global legitimaria, para fijar la masa legitimaria se une el “relictum” y el “donatum” (atribución realizada al hijo que se definió), se entiende que el definido ha renunciado por sí y por su descendencia y la cuota renunciada no acrece a los legitimarios, sino que pasa a ser herencia.

Se afirma en la ponencia que la donación, base de la definición, “nunca puede ser una donación inoficiosa”. Entiendo que otra consecuencia es la que resulta de la aplicación del artículo 636 del C.Civil: “ninguno podrá dar ni recibir por vía de donación, más de lo que pueda dar o recibir por testamento; la donación será inoficiosa en todo lo que exceda de esta medida”. Y es que el principio de intangibilidad legitimaria subsiste en este ámbito. En otras palabras, hay que computar lo recibido por el hijo definido y, en su caso, reducir la liberalidad.

Respecto a las definiciones “familiares” por todos los hijos en donaciones de ambos padres con patrimonios de distinta cuantía (y en ocasiones de muy distinta cuantía) que solucionan normalmente un importante problema, con la formación previa e intelectual de un único patrimonio matrimonial, parece que, aunque sea con un cierto esfuerzo, puede entenderse que la solución encaja dentro de la estructura de la definición y que se producen todos los efectos de la misma.

Antes de la ley de reforma del 90 la solución resultaba claramente por la “ventaja” que el que otorgaba definición en una herencia de un ascendiente, había recibido en la herencia del otro ascendiente. Y el Tribunal Superior de Baleares parece aceptó este planteamiento. De todas formas, y aunque no conozco casos de impugnación de estas definiciones (que dudo prosperaran por el principio de no poder ir contra los actos propios), me parece adecuada la propuesta de una regulación de este problema.

Dentro de la línea de desarrollo de nuestro Derecho civil propio hay que estar totalmente de acuerdo con la conveniencia de una nueva redacción de los artículos 50 y 51, tarea que parece desborda estos trabajos.

Parece que debe mantenerse el doble alcance de la definición, limitada a la legítima o comprensiva de todos los derechos hereditarios, respetando el enfoque de la Compilación/ 61, y que mantuvo decididamente y aclaró la ley de reforma del 90. Y si se estima que la actual regulación es farragosa, mejorarla.

Respecto al alcance del testamento anterior a la definición, y no revocado por testamento posterior a mi entender, y con todo respeto a la tradición jurídica, la actual regulación del artículo 51 parece que refleja las consecuencias de un acuerdo de voluntades entre testador y futuro heredero, y esto parece puede deducirse del contrato de definición, conforme lo entendió la ley de reforma del 90.

Aparte del acertado estudio que la ponencia realiza del aspecto fiscal de la definición, puede ser oportuno profundizar en el mismo. Sabido es que la ley balear 22/ 2006 representó una práctica eliminación del impuesto de sucesiones entre cónyuges, descendientes y ascendientes y que la ley ampara de forma explícita la llamada sucesión contractual. Y en este sentido se aplica a la “definición”, pacto sucesorio al que atribuye la condición de “título sucesorio”. Esta asimilación tributaria no es completa. La diferencia se manifiesta en la distinta tributación de las “plus valías” o incrementos patrimoniales en el IRPF del donante en el ejercicio en el que se otorga la donación con definición.

La ley 35/2006 de 28 de noviembre del IRPF regula la tributación de estas “plus valías”, diferencia de valor de los bienes donados, entre el de adquisición y el de la donación, que en la “definición” pasan a formar parte de la base (artículos 33 y ss.) del IRPF del donante y sujetas al pago de dicho impuesto sobre la renta. No así en caso de transmisión hereditaria, al fallecimiento del causante, que no se considera ganancia patrimonial, y, en consecuencia, no tributan por el citado impuesto. Así resulta de los citados artículos:

Art. 33.- b): “No existe ganancia patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente”.

Art. 34.- 1: “El importe de las ganancias patrimoniales será en el supuesto de transmisiones onerosas o lucrativas, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales”.

Es por ello que al plantearse una posible donación con definición (1%), se deben considerar las consecuencias fiscales, que no terminan con el pago del

citado 1% del Impuesto sobre sucesiones, ya que también se practicará una liquidación en el Impuesto sobre la renta, Esta es la tributación que en la Comunidad balear se aplica a las definiciones.

Solución diferente es la que se aplica en una institución que tantos puntos de contacto guarda con la definición, y es en la “apartación” del Derecho civil de Galicia, y en el punto concreto de la tributación del incremento patrimonial en el IRPF del apartante, después de la importante sentencia del Tribunal Superior de Galicia de fecha 24 de septiembre de 2012: “Es esencial conciliar la naturaleza “inter vivos” de la adquisición patrimonial por el apartado, con el pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que sólo se consigue vez se consigue otorgando la naturaleza de título “mortis causa” a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal debe ser entendida, si consideramos que estamos ante un pacto sucesorio de realización anticipada o inmediata. Y teniendo en cuenta que el párrafo b) del artículo 33 de la Ley del Impuesto sobre la renta de las personas físicas determina que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente y negando en el caso que nos ocupa la existencia de una adquisición por negocio “inter vivos” es de aplicación lo dispuesto en el indicado precepto, lo cual determina la estimación del recurso, debiendo anular tanto la liquidación provisional practicada por el IRPF como la sanción impuesta al recurrente”.

La conclusión de esta sentencia permite augurar una mayor utilización de la apartación en Galicia, y hay que esperar que también en Baleares respecto a la definición y el finiquito, si se acepta esta misma interpretación de la legislación fiscal, como sería deseable. Pero para que así fuera, quizás habría que considerar si la estructura propuesta en la ponencia de entender que la donación no es tanto una parte del negocio complejo y único de la definición sino un presupuesto negocial de la misma, podría ser un obstáculo para una orientación de la jurisprudencia como la indicada del Tribunal Superior de Galicia. Y me refiero a la propuesta, en la ponencia, de una reforma legal con un nuevo concepto de la definición y, quizás, del finiquito.

Abril/2014

XIII.3- COMUNICACIÓN DEL ACADÉMICO JOSÉ CERDÁ GIMENO.

DE LOS PACTOS DE RENUNCIA DE HERENCIA [ARTICULO 77]

Cuándo aparecen (origen).

Buena parte de mis investigaciones históricas sobre esta materia –posteriormente ampliadas en sede de Tesis doctoral, por la proximidad de la temática– habían partido de la diferenciación entre los que denominé precedentes *remotos* y los precedentes *próximos*.

- En orden a *los precedentes remotos*, se ha señalado por la doctrina más especializada (G. VISMARA) que en los pueblos orientales los pactos sucesorios constituyeron el modo normal de devolución voluntaria de la herencia. Entre esos pactos los llamados **pactos ‘renunciativos’** eran frecuentes en la práctica y fundados en una minuciosa casuística. Así, v.gr. en el Derecho babilonio de la 1ª dinastía, en el Derecho neo-babilonio (siglo VII a.C.), y en el Derecho de los papiros greco-egipcios. Lo usual es el tipo de documento [en arcilla, en papiro...] en el que una mujer renuncia (por sí y por sus propios herederos), a favor de un hermano, a todos los derechos que le pertenecen en la herencia futura del padre. De otro modo dicho, **el vigente ‘finiquito de legítima’ de las Pitiusas** tiene una antigüedad aproximada de unos 4.000 años!

Respecto de *los precedentes en el Derecho Romano*, me he ocupado ampliamente en otros lugares, a los aquí remito. Como *un breve resumen* de lo investigado en el período del Derecho Romano cabe indicar: 1º) que el

problema de la admisión de los pactos sucesorios en el Derecho Romano primitivo derivan de la propia configuración dogmática de la herencia y del testamento en dicho período, y, además, tal pacto ‘renunciativo’ era inútil y no necesario, porque las mujeres casadas eran consideradas como *extrañas* a la familia de origen y no tenían derecho a suceder *abintestato*; 2º) el choque del Derecho Romano clásico con los llamados derechos “provinciales” provoca una fractura total de los viejos principios y los usos nuevos del llamado Derecho ‘romano-vulgar’ aprovechan la antigua “*quaerella inofficiosi testamenti*” (remedio procesal de protección de la legítima) posibilitando la aparición en la práctica de los pactos “renunciativos” a través de la renuncia a ejercitar la ‘*quaerella*’; 3º) el Derecho Romano-Justiniano, como he precisado en otro lugar, es de dudosa vigencia histórica en las islas Pitiusas; 4º) el período histórico entre los siglos VIII al XIII está falto de estudios, revela una carencia de textos documentales y sugiere una continuación tolerada de los viejos usos sociales preexistentes derivados del Derecho ‘Romano-vulgar’.

- En orden a *los precedentes próximos*, existe ya una amplia bibliografía al respecto de los autores mallorquines [*Bibliografía* luego citada, de la que destaca la amplia investigación historicista de M^a.P. FERRER VANRELL], así como mis detenidas consideraciones en otros lugares, donde remito. Procedo ahora a un mínimo *resumen* de lo allí expuesto, indicando: 1º) que la primera normativa data de 1274 (confirmada en 1319) y es de aplicación general para **todo** el Reino de Mallorca; 2º) que la solución canonista que se traduce en las ‘Decretales’ [de la *validez* de un pacto renunciativo cuando es confirmado con juramento: se siguen así los preceptos del ‘derecho canónico’, que es vinculante para el jurista medieval], tuvo una amplia repercusión en toda Europa a través de la gran obra de los llamados “comentaristas” [en especial, BARTOLO DE SASSOFERRATO]; 3º) que no parece que en los siglos siguientes ni el llamado “Derecho Común” [o “Derecho Intermedio”] ni los comentarios de los ‘prácticos’, ‘doctores’, etc., tuvieran especial incidencia en la temática de la ‘definición’ y/o de ‘finiquito’.

- *Situación actual en la práctica*. La evolución general y la perspectiva *de conjunto* para las Baleares de la figura aquí comentada son analizadas por la moderna civilística española [P. DE BARRÓN ARNICHEs], señalando los cauces diversos de evolución [Mallorca-Menorca / Ibiza-Formentera] y la coincidencia del resultado final de la admisibilidad social de este pacto ‘renunciativo’, tanto en su aspecto positivo como en el negativo.

Para qué sirven (finalidad de estos pactos).

Interesa señalar cómo la finalidad actual es exactamente la misma que la de hace miles de años: la conservación indivisa del patrimonio familiar, por medio de la atribución de la titularidad única a un hijo (‘hereu’). Es *uno más*

de los diversos instrumentos técnicos que el Derecho proporciona tendente a impedir el fraccionamiento de la explotación familiar, entendida como una adecuada explotación agraria.

Toda referencia a la posible *función social* de estos tipos de pactos ha sido efectuada en páginas precedentes. Esta misma figura de pacto, aquí comentada, en combinación con una más amplia libertad de disposición *mortis causa* y con una legítima más corta o más *evanescente* (v.gr., derecho de crédito), puede muy bien hacer posible esa función social.

Basada la sociedad actual de las Pitiusas en una economía dinámica de mercado, *la valoración social* de hoy acerca de esta modalidad de pactos parece ser, desde mi opinión y con mi experiencia profesional, que continúa siendo favorable al mantenimiento de esta figura de pacto.

Qué cosa son estos pactos.

Noción.

Para la antigua doctrina mallorquina [L. PASCUAL GONZÁLEZ] se trataba de una modalidad de donación *inter vivos* efectuada a favor de hijo/hija como anticipo de legítima, liquidación y finiquito de ella y de cuantos derechos hereditarios en su día pudieran corresponderle en la herencia del donante.

Para la doctrina civilista reciente [P. DE BARRÓN ARNIONES] es un pacto sucesorio negativo (*de non succedendo*), esto es, un contrato mediante el cual el hijo o hija acepta y recibe una atribución patrimonial de su padre o madre, en calidad de pago anticipado, liquidación y finiquito de lo que pudiera corresponderle en su día por legítima o por otros derechos en la futura herencia.

Para la doctrina civil foralista [J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ] estos pactos ‘renunciativos’ son aquellos por los que un heredero presunto conviene con el causante (*de cuius*) la renuncia formal e irrevocable a los derechos que, por disposición legal o voluntaria (testamentaria o contractual), pueden corresponder al renunciante en la futura sucesión *mortis causa* del propio causante.

Desde las posiciones de los autores que en las Pitiusas se ocuparon de esta figura [J. COSTA RAMÓN, C. GARCÍA-ARANGO] se llegó a considerar que lo apropiado era caracterizar a estos pactos como una modalidad de pacto sucesorio ‘renunciativo’ o ‘negativo’, por el que el legitimario conviene *con el causante* la renuncia anticipada a su legítima y demás derechos hereditarios a cambio de una compensación (‘donación’, o ‘ventaja’).

En mis reflexiones *de 1981* apuntaba ya que el acercamiento a la esencia de estos pactos permite detectar que se trata más bien de un negocio *inter vivos*.

Naturaleza.

Las posiciones de los autores hacen que sus aproximaciones a esta figura de pactos les permiten llegar a unas *notas* o *caracteres* típicos de los mismos.

Así, una posición clásica [J. VALLET] consideró exactamente que el ‘finiquito’ de legítima de las Pitiusas era una modalidad o incidencia de la efectividad o pago de la legítima, relacionada como el momento *dinámico* de la legítima, muy en especial, respecto del punto relativo a *la extinción* de la legítima.

Más tarde, la reflexión sobre el aspecto *sustantivo* de la figura inclina a la mayoría de los autores [ROCA SASTRE, LACRUZ-SANCHO, L. PUIG FERRIOL, C. GARCÍA-ARANGO, P. DE BARRÓN ARNICHES] a considerarlo como un típico pacto sucesorio renunciativo o negativo, con sus *notas* de consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y sobre herencia futura [a observar que el pacto *con el heredero contractual* hace tránsito a un pacto ‘dispositivo’ sobre la herencia de un tercero]. Así también entre los foralista navarros [J. GARCÍA-GRANERO], que entiende que las *notas* de estos pactos son *comunes* a la esencia de *los pactos de institución*, esto es: *actos mortis causa* [negocios contractuales otorgados *inter vivos* pero, a la vez, actos por causa de muerte, pues en ellos es fundamental la llamada ‘contemplación de la muerte’], sobre herencia futura, contractuales, irrevocables y formales.

Desde mi posición *de 1981* [posteriormente refrendada y confirmada con personal TESTIMONIO del Profesor L. PUIG FERRIOL] se trata más bien de un negocio aparentemente *mortis causa* pero que debido a su **eficacia** es más bien un negocio *inter vivos*: viene a tener resultado final **no a la muerte del disponente o por su muerte** [i.e., *a causa de muerte*] sino precisamente en vida del disponente y respecto de las relaciones propias actualmente del mismo, por lo que es un típico negocio *inter vivos*. De tal manera que en la interpretación del mismo deberán aplicarse los criterios derivados de los negocios *inter vivos* (artículos 1281 a 1289 C.c.).

Cómo se regulan estos pactos.

La norma ‘foral’ aplicable es la prevenida en el nuevo **Artículo 77** CDC.BAL. de 1990, que establece en sus tres apartados varios puntos: el de su delimitación conceptual, el del destino de la cuota legitimaria renunciada, y el del derecho supletorio (*en lo no convenido* por el pacto).

En este lugar parece fundamental apuntar que el texto de la compilación obedece *inicialmente* a la **propuesta escrita** que me dirigió en su día el gran jurista y maestro de notarios J. VALLET DE GOYTISOLO y que –con muy ligeros retoques de la COMISIÓN DE JURISTAS DE BALEARES– fue sucesivamente aprobado por unanimidad durante la tramitación parlamentaria del correspondiente proyecto de ley.

La *descripción* (delimitación) de la figura [que es algo diferente de la típica ‘*diffinitio*’ mallorquina regulada en los artículos 50-51 de la CDC.BAL. de 1990] en el **apartado 1º** de la norma dice así:

“Por el finiquito de legítima el descendiente legitimario mayor de edad puede renunciar a la legítima o a cuantos derechos puedan corresponderle en la herencia del ascendiente en contemplación de una donación, atribución o compensación que el ascendente o su heredero contractual le hubieran hecho en vida de aquél.”

Los *caracteres* de esta norma la delimitan como: norma *dispositiva* [como *una facultad* ofrecida a todo ciudadano ‘aforado’ de las Pitiusas respecto de la ordenación paccionada de su sucesión, por la vía de esta modalidad de pacto renunciativo o abdicativo (*de non succedendo*)]; norma heredada; norma tradicional (de origen inmemorial, consuetudinario); norma básica (del estatuto sucesorio típico habitual en la Pitiusas); norma permisiva y de conducta; norma *de remisión parcial y condicional* en su apartado 3º.

Cómo son (en qué consisten) estos pactos.

Los presupuestos de constitución de esta modalidad de pactos son los habituales: subjetivos, objetivos y formales.

Presupuestos subjetivos.

Son: de un lado, el renunciante; de otro, el ascendiente o el heredero contractual.

a).- Renunciante.

Es el hijo o hija emancipado: *en general*, el descendiente legitimario mayor de edad.

En contraposición con la normativa mallorquina (Artículo 51-inciso final), en las Pitiusas los descendientes del renunciante **no** ocupan su lugar, por derecho de representación, en la sucesión intestada del disponente/donante: dispone específicamente la norma [Artículo 77-párrafo 2º] que “la cuota legitimaria renunciada acrecerá a la herencia”.

b).- Beneficiario.

Es el ascendiente, o su heredero contractual y en vida del mismo [*a diferencia* de la normativa para Mallorca: Artículos 50-51].

Los herederos del donante pueden exigir la *computación* de la donación recibida por el renunciante, a los efectos del *cálculo* de las legítimas.

La doctrina mayoritaria considera esencial atender a *la vecindad civil del causante* de la sucesión, en cumplimiento de lo prevenido en el Artículo 9.8 del C.c. - A mi juicio, debe atenderse, **además de**, al *aspecto esencial* de la institución, consistente en tratarse de un negocio jurídico *inter vivos*, cuya nota típica es la de *la irrevocabilidad* del pacto.

Presupuestos objetivos.

Del ámbito objetivo de estos pactos cabe hablar diferenciando el objeto de la institución y el objeto de la disposición.

El *objeto de la institución* puede entenderse desde varios puntos de vista: el *cuantitativo*, bien sea total (que abarca todos los bienes presentes y futuros) o parcial (se limita sólo a todos los bienes presentes); el *cualitativo*, de ámbito específico de pacto sucesorio ‘renunciativo’; el *causal*, dado que la causa [**“en contemplación de”** alguna ‘donación, atribución o compensación’] implica el que la referencia siempre será *específica*, esto es, relativa a bienes concretos; el de la *correspectividad* [*sinalagma* o **reciprocidad** de prestaciones entre ambas partes]; el de *la onerosidad*, típica de los negocios *inter vivos*.

El *objeto de la disposición* puede ser cualquier clase de bienes: inmuebles, censos, muebles, dinero, valores, acciones, etc.

Presupuestos formales.

De la forma de estos pactos cabe hablar desde un doble punto de vista: como elemento esencial de solemnidad del pacto y como expresión del documento utilizado.

La forma *como elemento esencial del pacto* lleva a la configuración tradicional de ser necesaria la escritura pública. Es requisito esencial de solemnidad del acto. Así lo confirma hoy la nueva normativa en el Artículo 72.1, dictado *genéricamente* para **todo** pacto sucesorio.

La forma *como expresión del documento utilizado* apunta a que el ‘finiquito’ puede venir documentado: o bien en un Heredamiento a favor del hijo que se casa [típica ‘Donación Universal de bienes presentes y futuros’], o bien en una donación por razón de matrimonio de un hijo o hija; o bien en una donación conjunta a varios o a todos los hijos con renuncia o ‘finiquito’

recíproco, total o parcial; o bien en una donación renumeratoria de bienes a determinado hijo en atención a los cuidados de él recibidos, etc.

Cómo actúan estos pactos (ejercicio de los derechos derivados de los mismo).

Resulta curioso observar la escasa importancia que suelen dar los autores a este punto. No era ese el punto de vista adoptado por los autores en el derecho histórico [‘Ius Commune’, ‘Derecho Intermedio’], porque en esta figura se produce una confluencia de una serie de varios perfiles: de los pactos sucesorios genéricamente dichos, de la legítima propiamente dicha, de la herencia del disponente, de la aceptación o repudiación hereditarias, de los específicos pactos sucesorios ‘renunciativos’, etc.

Por otro lado, desde la propia especificidad del *ámbito dinámico o funcional* de la institución, se puede hablar: o bien de los diversos *aspectos* de la misma (genérico, específico, subjetivo, objetivo, etc.), o bien de los varios *momentos o fases* de la institución [en vida del ascendiente (disponente, donante), o bien *post mortem* del mismo].

Desde mi planteamiento inicial *en 1981* acerca de los efectos de estos pactos, que parece conserva hoy toda su validez, llegaba a las *ideas recapitulatorias* siguientes:

1ª. La eficacia extintiva inmediata del contrato.

Origina este pacto *ipso iure* la extinción de la legítima y de cuantos derechos hereditarios correspondan al legitimario en la sucesión del ascendiente (donante). Esta eficacia típica deriva lógicamente del *hecho básico* de ser un contrato *extintivo*: esto es, un modo voluntario de extinción de la legítima y un supuesto especial de repudiación de la herencia. Como *consecuencias* de ello:

- En cuanto al *renunciante*: carece de acción para reclamar la legítima a la muerte del donante, y caso de fallecimiento intestado del mismo no puede ser declarado heredero; carece de acción para reclamar el ‘suplemento’ de legítima.

- En cuanto al *heredero contractual* del disponente (Donante): tiene la excepción procesal llamada de **“pactum non petendo”**; la expansión del llamamiento por su designación como heredero, con el acrecimiento de la cuota legítimaria a la masa hereditaria [así, **en Artículo 77-párrafo 2º**].

2ª. La eficacia en el ámbito subjetivo.

- *Los hijos del renunciante*: quedan obligados por la renuncia de su padre/madre, como efecto típico de la nota de irrevocabilidad del pacto.

- *Los herederos del donante (disponente):* no podrán dirigirse posteriormente contra el renunciante que hizo finiquito a cambio de un anticipo o ventaja, caso de un posterior empobrecimiento del donante; *sí* podrán exigir *la computación* de la donación o ventaja, pero *valorada* precisamente **en el momento** del otorgamiento del finiquito; *no* podrán efectuar cambio o *rectificación* alguna de la valoración hecha en su día [la fecha del ‘finiquito’] por el donante.

3ª. La eficacia en el ámbito objetivo.

- En cuanto al *destino de la cuota legitimaria renunciada*. Rige el vigente **Artículo 77-párrafo 2º**: la cuota acrece a la herencia.

- En cuanto a *la continuidad de la empresa familiar*. Es la eficacia más notable del ‘finiquito’ de legítima, al constituir un instrumento jurídico flexible que permite proceder a un arreglo de intereses especialmente relevante en orden a la continuidad y conservación de la empresa familiar.

4ª. La eficacia derivada de su carácter de pacto sucesorio.

Por su ambivalencia y carácter ‘bifronte’, ya apuntados, hay que reiterar ese ámbito un tanto híbrido: de un lado, al ser un pacto sucesorio de tipo *negativo* (renunciativo, abdicativo); y de otro lado, al constituir más bien un negocio *inter vivos* que uno *mortis causa*.

Interpretación de estos pactos.

En cuanto a las normas de colisión.

Por una parte, parece aplicable el Artículo 9.8 C.c. a la sucesión del ascendiente (donante, instituyente); por otra parte, parece aplicable el artículo 10-párrafo 5º C.c. relativo a los contratos u obligaciones contractuales.

Como hemos establecido que esta modalidad de pactos sucesorios encierra un solo negocio *inter vivos* con prestaciones recíprocas interdependientes y que presenta perfiles varios distintos, parece, en mi opinión, que, cualquiera que sea la forma de denominar a este típico pacto “renunciativo”, pueden ser a él aplicadas las técnicas del ‘Derecho Internacional Privado’. Dichas técnicas pueden implicar *la superposición de normas distintas* a los aspectos o elementos varios del supuesto de hecho [usualmente denominada *técnica de repartición de normas* (en la doctrina francesa: método del “dèpeçage” o del ‘morcellemnt’)]: equivalente a que a cada uno de los elementos del supuesto de hecho se le va a aplicar su respectiva norma, aunque confluyan *varias normas distintas* sobre un mismo caso.

En cuanto a las normas de remisión.

La norma del **Artículo 77-párrafo 3º** es una prototípica *norma de remisión*, que alude a un contenido indeterminado pero determinable. La

‘determinabilidad’ es, por tanto, tarea del intérprete. Conviene recordar que estructural y funcionalmente –como se ha expuesto– el ‘finiquito’ de las Pitiusas **no es igual a** la ‘definitio’ de Mallorca.

Ha de existir una completa y perfecta *compatibilidad* entre los respectivos supuestos de hecho a considerar y cotejar. Es muy claro **el inciso final** de dicho Artículo 77-párrafo 3º [originado *en el Dictamen-Propuesta* de J. VALLET DE GOYTISOLO], que alude a que esa pretendida compatibilidad de supuestos debe depender “del significado y función usuales en Ibiza y Formentera”.

Desde mi perspectiva actual parece que *este párrafo 3º del Art. 77* podría ser suprimido totalmente y no ocurriría nada. Se atiende, fundamentalmente, a un criterio de *compatibilidad* con la institución paralela de MALLORCA. Pero ese condicionamiento-base ha dado motivo a los juristas mallorquines para postular que la normativa mallorquina (Arts. 50-51) aparezca ya ahora como *el único derecho supletorio en este punto*. Esto no es cierto en absoluto.

Lo que está subyaciendo en la llamada “dependencia” en ese párrafo es que *en defecto de pacto rige la costumbre insular*. Ese es el criterio interpretativo básico y principal [arg. Art. 1º-párrafo 2º Comp.], costumbre que, como es obvio, **solamente puede y debe ser la costumbre de las Islas Pitiusas**, y *nunca* una costumbre mallorquina.

En cuanto a la interpretación *stricto sensu*.

Desde mi planteamiento inicial *en 1989* de configurar esta modalidad de pacto sucesorio como un negocio jurídico unitario *inter vivos* cuya eficacia se produce en vida del disponente (ascendiente, futuro causante) y respecto de relaciones jurídicas del mismo, deriva, a mi parecer, la consecuencia natural inmediata.

Consecuencia que lleva a que *en tema de interpretación* de un tal negocio parece deberán aplicarse los criterios propios de los negocios *inter vivos* (contratos) contenidos en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil [sustancialmente coincidente con mi parecer: L. PUIG FERRIOL, en TESTIMONIO PERSONAL reciente].

Al referido criterio *básico* interpretativo [o criterio *principal*] debe añadirse, en mi opinión, un segundo criterio interpretativo complementario: el del recurso a “las costumbres de las islas” [arg. Artículo 1-párrafo 2º CDC.BAL. de 1990]. Esas costumbres aludidas tan *sólo* pueden ser **las de las Islas Pitiusas**. Es la costumbre local la que debe ser prevalente en este punto, en definitiva.

BIBLIOGRAFÍA.

SOBRE LOS PACTOS SUCESORIOS EN GENERAL:

En relación a las Pitiusas:

J. COSTA RAMÓN, “Derecho Foral ibicenco”, op. cit., en revista IBIZA, Ibiza, 1946, págs. 32 y ss.; “La Legislación Foral de Ibiza y Formentera (IV)”, serie de artículos en el DIARIO DE IBIZA, artículo del día 26 de noviembre de 1978, pág. 5.

Doctrina española:

J. LALINDE ABADÍA, “La problemática histórica del heredamiento”, en ‘Anuario de Historia del Derecho Español’, Tomo XXXI, Madrid, 1961, págs. 195 y ss.

J. M^a CASTÁN VÁZQUEZ, “Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho Español”, en ‘Anuario de Derecho Civil’, XVII, 2, Madrid, 1964, págs. 367 y ss.

J. CASTÁN TOBEÑAS [revisión de J.L. DE LOS MOROS], “Derecho Civil español, común y foral”, Tomo VI (Derecho de Sucesiones), volumen III, Madrid, 1971, págs. 246 y ss. y 291 y ss.

J.L. LACRUZ BERDEJO y F.A. SANCHO REBULLIDA, “Derecho de sucesiones”, Tomo I, Barcelona, 1971, págs. 719 y ss., 730 y ss. y 741 y ss.

L. PUIG FERRIOL, “Comentarios a la Compilación de Cataluña (Arts. 63 a 96)”, EDESA, Jaén, 1978, págs. 99 y ss.

M. GARRIDO MELERO, “Introducción al nuevo Derecho Sucesorio Catalán”, Ed. del Autor, El Serrano, 1992, págs. 41 a 62 y 151-152.

J.J. LÓPEZ BURNIOL, “Comentario al Título II (Los Heredamientos) y a los artículos 67 a 100 del Código de Sucesiones de Cataluña”, en el volumen *colectivo* coordinado por L. JOU MIRABENT “Comentarios al Código de Sucesiones de Cataluña (LEY 40/1991, de 30 de diciembre)”, Ed. Bosch Casa Editorial S.A., Barcelona, 1994, Tomo I, págs. 327 a 413.

J.M^a PUIG SALELLAS, “Comentarios a los artículos 3, 4 y 7 del Código de Sucesorios de Cataluña...”, en el volumen *colectivo* precitado, Tomo I, págs. 17 a 22, 22 a 25 y 28-29; “De remences a rendistes: els Salellas (1322 a 1935)”, Barcelona, 1996.

J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, “Comentario al TÍTULO IV (DE LOS PACTOS O CONTRATOS SUCESORIOS) y Leyes 172 a 177 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra”, en la obra *colectiva* de ‘Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales’, dirigida por M. ALBALADEJO GARCÍA, Tomo XXXVII, volumen 1º (Leyes 148 a 252), Madrid, 1998, págs. 90 a 259.

J.L. MERINO HERNÁNDEZ, “Comentario al TÍTULO III (De la Sucesión Paccionada) del Libro II y a los artículos 99 a 109 de la Compilación de Aragón”, en el volumen *colectivo* de los “Comentarios al Código Civil y ...” (Comentarios ALBALADEJO), Tomo XXXIV, volumen 1º (Comentarios a la Compilación de Aragón (arts. 89 a 118)), Madrid, 1987, págs. 149-274.

L. PUIG FERRIOL, “Present i futur dels pactes successoris catalans”, publicado en “Revista Jurídica de Catalunya”, núm. 2, 2008, págs. 135-150.

Doctrina italiana:

G. VISMARA: “Storia dei patti successori”, Milano, 1938-1941, en dos volúmenes; *hoy*, en reimpresión anastática de ed. A. GIUFFRÈ, Milano [OBRA FUNDAMENTAL EN LA MATERIA].

XIII.4- COMUNICACIÓN DEL ACADÉMICO MIQUEL MASOT MIQUEL.

CONSIDERACIONES SOBRE LA PONENCIA PRESENTADA POR LA ACADÉMICA DOCTORA MARÍA PILAR FERRER VANRELL.

I) CONSIDERACIÓN GENERAL.

La ponencia presentada es espléndida de fondo y de forma. Los grandes conocimientos sobre el tema de su autora, puestos de relieve desde los lejanos tiempos de su tesis doctoral, avalan este magnífico trabajo, del cual la Academia puede sentirse muy orgullosa. De otra parte, tanto el lenguaje empleado como la exposición del texto, con sus correspondientes notas a pié de página, hacen que su lectura sea fácil y fluida.

Ya sabemos que en el análisis de los temas jurídicos no siempre las opiniones coinciden. Y es por ello que me atrevo a realizar unas pequeñas consideraciones sobre algunos temas en los que se discrepa de las afirmaciones de la ponencia. No sin antes manifestar el alto respeto que me merecen las opiniones de las que discrepo, derivando, posiblemente, la discrepancia del hecho de mantenerse por mi parte una consideración de la institución que intento que esté entroncada con la realidad social de nuestros días y también con la realidad fiscal, mientras que la Doctora Ferrer Vanrell emplea como principal criterio de análisis la tradición histórica.

Expongo a continuación estos extremos discrepantes, en el bien entendido que, en todo lo demás, manifiesto mi total conformidad con las indicaciones de la ponencia.

II) LA DEFINICIÓN COMO PACTO SUCESORIO.

Totalmente de acuerdo con la ponencia en que la estructura de la definición supone la concurrencia de dos elementos: la atribución patrimonial que constituye el presupuesto negocial y la declaración de voluntad renunciativa de los derechos sucesorios. La primera procede del ascendiente que realiza la atribución y la segunda del descendiente que renuncia. Pero lo que ocurre, a mi juicio, es que estas dos voluntades se encuentran y convergen en el negocio jurídico de la definición, ya que, aunque la atribución puede preceder a la renuncia –y muchas veces es así–, al otorgar al descendiente la definición sigue viva la voluntad del ascendiente que realizó la atribución precisamente con vistas a obtener dicha renuncia. Por lo tanto convergen las dos voluntades de ascendiente y descendiente en un objetivo y un propósito común; por lo que hay acuerdo de voluntades, y si hay acuerdo de voluntades, hay pacto.

De acuerdo con ello, no veo inconveniente en mantener la conceptualización de la definición como pacto sucesorio, entendiéndolo, además, que hay razones fiscales que avalan en gran medida tal consideración, pues estas razones fiscales impulsarán que el negocio jurídico de la definición se exteriorice en un contrato en el que intervendrán las dos partes.

III) LA DEFINICIÓN COMO CONTRATO ONEROSO.

Creo que, desde siempre, la definición ha supuesto un negocio jurídico en que los otorgantes del mismo intervienen para la consecución de una ventaja o contraprestación, sin que esté presente un ánimo de liberalidad absoluta. El ascendiente realiza la atribución para que el descendiente renuncie a los derechos sucesorios y éste lo hace a cambio de la atribución que ha recibido. Estoy de acuerdo con lo que expresa la sentencia 1/1992 de 28 de Mayo de la Sala Civil y Penal del TSJ, según la cual “si s’admet el criteri que negoci onerós és aquell que imposa sacrificis a les parts que hi intervenen, tot, però, procurant-los altres prevalences, i si s’até a que la definició s’insereix normalment dins un negoci jurídic complex compost de dos elements condicionants –l’acte de liberalitat i l’acte d’afluix– i que recíprocament se dona en vida un en funció de l’altre...haurem de prendre partit a favor del punt de vista de l’onerositat, puix que amb el perfeccionament de la definició ambdues parts obtenen millores a costa de l’altre: l’ascendent perquè foragita les limitacions a la facultat de disposar dels seus béns i que sorgeixen de la necessitat de protegir la intangibilitat de les lligítimes; i el

descendent perquè rep una atribució patrimonial que normalment no hauria rebuda fins a la mort del causant.”

El art. 50 CDCIB pone de relieve esta onerosidad al establecer que la renuncia se realiza “en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad”. Totalmente de acuerdo con lo que se dice en la ponencia en cuanto a que la palabra “compensación” no se puede emplear en sentido jurídico, pero sí es indicativa del hecho de realizarse al descendiente una atribución *a cambio* —es decir, como compensación— de su renuncia a los derechos sucesorios. En el Diccionario de la Real Academia de la Lengua leemos que el primer significado de “compensación” es “acción y efecto de compensar”, verbo que viene definido como “igualar en opuesto sentido el efecto de una cosa con el de otra”. Evidentemente, esta primera acepción es la contemplada por el art. 50.

Precisamente, con las palabras empleadas por el art. 50 CDCIB se quiere significar que la atribución patrimonial puede en realidad consistir en una prestación de cualquier clase, siempre que suponga una ventaja para el descendiente, en base a la cual efectúa su renuncia. Ello ha permitido que la definición se haya convertido, en algunos casos, en el instrumento idóneo para pagar las legítimas sin necesidad de dividir las fincas, cual ocurre al definir los hijos las legítimas paterna y materna, compensando el hecho de recibir menos valor —o ningún valor— del padre con lo que recibe de la madre. Precisamente la indicada sentencia 1/1992 de 28 de Mayo señala que es indiferente que en la definición de las legítimas de los padres se reciban bienes de uno u otro ascendiente, y la 3/2001 de 20 de Diciembre indica que en un solo instrumento público se puede otorgar definición respecto de la herencia paterna y materna.

La onerosidad de la definición, al determinar que las donaciones efectuadas por el ascendiente no puedan considerarse donaciones puras y simples, en las que resplandece el *animus donandi*, determina la exclusión de las posibilidades de revocación por las causas previstas en el Código civil y el no sometimiento a la reversión del art. 812. Sí, en cambio, sería aplicable la reducción por inoficiosidad, ya que, de no ser así, podría emplearse la definición para burlar los derechos de los descendientes legitimarios distintos del definido, haciendo a éste donaciones de considerable valor en perjuicio de la legítima de los demás.

IV) LA DEFINICIÓN Y SU EFICACIA REVOCATORIA DE LOS TESTAMENTOS ANTERIORES.

Como es sabido, el art. 51 CDCIB distingue entre la definición limitada a la legítima y la no limitada, estableciendo para la primera la validez del testamento, sea cual fuere la fecha de su otorgamiento, en lo que respeta a

la institución de heredero y el legado con cargo a la porción libre, aunque sea el definido el receptor de los bienes. Por el contrario, de ser la definición no limitada, quedará sin efecto toda disposición patrimonial contenida en testamento de fecha anterior, sin que entre en juego la sustitución vulgar, salvo la dispuesta a favor del descendiente del renunciante que fuere hijo único; siendo, por el contrario, válidas las ordenadas en testamento de fecha posterior.

La doctrina consagrada por el art. 51 CDCIB está de acuerdo con la conceptualización de la definición como pacto sucesorio que establece nuestra Compilación. Si ha existido un acuerdo de voluntades entre descendiente y ascendiente sobre la atribución patrimonial y la renuncia a *todos* los derechos sucesorios, es absolutamente lógico que ello prevalezca sobre testamentos anteriores del causante –salvo la excepción consagrada por el propio precepto– ya que la *última voluntad* expresada por el causante fue precisamente la de que el descendiente definido no tuviera en su herencia derecho sucesorio alguno. En este sentido es ilógico hacer prevalecer sobre esta *última voluntad* la voluntad expresada en un testamento anterior.

En definitiva, parece una exigencia excesiva *obligar* al ascendiente a realizar un nuevo testamento, cuando, por el contrario, es muy posible que no lo haya otorgado por considerarlo innecesario tras el otorgamiento de la definición, ya que para él queda claro, tras el otorgamiento de la definición no limitada, que el definido no tiene en su herencia derecho sucesorio alguno.

Palma de Mallorca, a 28 de Abril de 2014.

XIII.5- ACTA DE LA SESIÓN DE LA COMISIÓN ACADÉMICA DE DERECHO PRIVADO CELEBRADA EL DÍA 28 DE ABRIL DE 2014.

A las diez y siete horas y treinta minutos del día indicado se reúnen, en la sede de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, los Académicos D^a María Pilar Ferrer Vanrell, don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés, don Bernardo Cardona Escandell, don Jaime Ferrer Pons, don Tomás Mir de la Fuente, don Pedro A. Aguiló Monjo, don Antonio Monserrat Quintana, don Carlos Jiménez Gallego y don Miquel Masot Miquel. Han excusado su inasistencia los Académicos don José Cerdá Gimeno, don Josep Maria Quintana Petrus y don Miguel Coca Payeras.

Abierto el acto por el Presidente de la Academia manifiesta que sus primeras palabras han de ser para agradecer a la Académica D^a María Pilar Ferrer Vanrell la magnífica ponencia realizada, demostrativa de sus amplios conocimientos sobre la materia, afirmación que es secundada unánimemente por todos los reunidos. A continuación hace constar que se han presentado tres comunicaciones por parte de los Académicos Señores Cerdá Gimeno, Ferrer Pons y Masot Miquel, las cuales se unirán a la presente acta. Asimismo pone de manifiesto que el Académico Señor Quintana Petrus le ha comunicado que el hecho de no asistir a la reunión convocada para el día de hoy es consecuencia de un accidente acaecido días pasados, del que se encuentra en recuperación, pero que se ratifica en las consideraciones hechas en anterior artículo publicado en la Revista *Missèr*, en el que se concluye en la conveniencia de abrir a los menorquines la posibilidad de otorgamiento de los contratos sucesorios, tanto los de adquisición como los de renuncia, al no tratarse de una imposición sino de una posibilidad a la que

se acogerán quienes quieran hacerlo, considerando en definitiva que la normativa que los rige en Mallorca debería extenderse también a Menorca.

Señala a continuación el Presidente que la primera de las cuestiones a tratar sería la de la determinación del tipo del negocio jurídico de que se trata, pues a la consideración del mismo, por parte de la ponencia, como negocio jurídico unilateral –con un presupuesto previo, cual es la atribución patrimonial–, se opone la conceptualización de la definición como pacto sucesorio que se manifiesta en las comunicaciones presentadas. Todos los reunidos están de acuerdo en que, históricamente, la definición nace como negocio jurídico unilateral, y los testimonios aportados en este sentido en la ponencia resultan indiscutibles. Incluso en la Compilación de 1961, en el desgraciado artículo 50, que dedicaba tan solo tres líneas a la institución, no deja de conceptuarse la misma como renuncia, si bien en contemplación de una donación o ventaja. Sin embargo se dice, por la mayoría de los Académicos, que la tradición jurídica de las Islas es –*ex art. 1 CDCIB*– un valioso elemento de interpretación e integración de las normas compiladas, pero no un instrumento de superación de las mismas; y, en este sentido, es obvia la configuración de la definición como pacto sucesorio tanto en el artículo 50 –relativo a Mallorca– como en el artículo 77 –relativo al finiquito de legítima de Eivissa y Formentera– ubicado dentro del capítulo IV del libro III, dedicado a los pactos sucesorios.

Tal conceptualización legal viene, además, según algunos Académicos, avalada por el hecho innegable de que en la definición existe un acuerdo de voluntades, la del ascendiente que realiza la atribución a cambio de la renuncia, y la del descendiente que renuncia, las cuales convergen en una misma finalidad y objeto, con lo que, al existir acuerdo de voluntades, hay pacto de contenido sucesorio. Por los Académicos que desempeñan, o han desempeñado, la función notarial, se hace constar que, con anterioridad, era frecuente que la atribución patrimonial y la renuncia vinieran documentadas en instrumentos diversos, de tal modo que las definiciones aparecían como negocios jurídicos unilaterales, a las que –indica uno de los antedichos Académicos– les daba el nombre de *definiciones confesadas*. Sin embargo en la actualidad está absolutamente generalizada la intervención en las definiciones del descendiente que renuncia y del ascendiente que hace o ha hecho la atribución patrimonial, precisamente para que, de esta manera, sea clara su consideración como *título sucesorio*, por las ventajas fiscales que ello comporta. Ya que es de la mayor evidencia que, de realizarse de manera separada la donación de bienes que constituye el presupuesto y la renuncia, sería imposible la conceptualización de la primera como pacto sucesorio, sin que pudiera aprovecharse de las ventajas fiscales derivadas de la ley autonómica 22/2006 de 19 de Diciembre. Reitera un Académico con ejercicio notarial en

Palma que, desde hace años, las definiciones se hacen con intervención de descendiente y ascendiente.

Por parte de un Académico se plantea la cuestión de la posible existencia de una definición otorgada por el descendiente en consideración a lo que ha recibido del ascendiente, pero sin consentimiento ni conocimiento de éste. Convienen todos los reunidos en que se estaría ante un supuesto excepcional o de laboratorio que es casi imposible que se dé en la práctica. De entrada concurren en este caso los elementos necesarios de la definición –la atribución patrimonial y la renuncia– aunque falte el acuerdo de voluntades esencial en todo pacto sucesorio. Es cierto que la declaración unilateral de voluntad que no es aceptada ni conocida por el posible destinatario de la misma puede ser revocada, pero el artículo 50 CDCIB sanciona su irrevocabilidad, por lo que podría darse este supuesto, ciertamente excepcional o de laboratorio, de que una definición no conocida por el ascendiente beneficiario de la misma tuviera validez jurídica.

Suscita un amplísimo debate la cuestión de la onerosidad de la definición. Algunos de los Académicos manifiestan su absoluta conformidad con las palabras contenidas en la sentencia 1/1992 de 28 de Mayo de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ que configura la definición como un contrato oneroso, indicando que los dos elementos personales de la definición intervienen para obtener posibles ventajas, con descripción de las mismas; y señalando que la onerosidad constituye el modelo establecido por el artículo 50 CDCIB, al establecer que la renuncia se realiza “en contemplación de alguna donación, atribución o compensación” que de los ascendientes se reciba o se hubiera recibido.

Se suscita, en este punto, un interesante debate sobre la cuestión relativa a la procedencia de los bienes que son objeto de la atribución patrimonial. Mientras algunos de los Académicos consideran que tales bienes han de proceder necesariamente del ascendiente en cuya herencia se realiza la renuncia, otros Académicos sostienen, por el contrario, que es indiferente que se reciban bienes del padre o de la madre cuando la renuncia se efectúa con relación a la herencia de ambos, ya que de esta manera se evita la división de fincas para tener que pagar legítimas, pudiéndose compensar lo que se recibe de menos en la herencia de uno de los padres con lo que se reciba de más en la del otro. Se manifiesta, en este punto, que ello viene avalado por la antes indicada sentencia 1/1992 de 28 de Mayo, siendo de destacar que la 3/2001 de 20 de Diciembre, también de la Sala Civil y Penal de nuestro TSJ, indica que en un solo instrumentos público se puede otorgar definición respecto de la herencia paterna y materna.

El hecho de que la amplia mayoría de Académicos esté de acuerdo en la onerosidad de la definición no excluye la posible discrepancia sobre algunas

de las consecuencias derivadas de la misma. Así, hay acuerdo sobre la consideración de que las donaciones constitutivas de la atribución patrimonial no pueden considerarse donaciones puras y simples, en las que resplandezca el *animus donandi*, por lo que queda excluida su posibilidad revocatoria por las causas previstas en el Código civil. Pero, por el contrario, es mucho más discutida la posibilidad de reversión de las mismas en el supuesto del artículo 812 Cc., inclinándose la mayoría por creer que la onerosidad no es suficiente para excluir la reversión establecida por el mencionado precepto. Particularmente se pone especial énfasis en que este precepto entra en juego por el fallecimiento del descendiente donatario sin posteridad, con lo que se produce la circunstancia de que la definición realmente quedó sin objeto, dada la premoriencia del descendiente, que no llega así a ser legitimario, y, por otra parte, se tiene especialmente en cuenta el hecho de haber fallecido el descendiente sin posteridad, por lo que tiene lógica que vuelvan al ascendiente los bienes por el donados al descendiente como contraprestación por una renuncia que nunca llegó a desplegar eficacia jurídica.

El tema de la premoriencia del definido da mucho juego, dado que se plantea también la cuestión de las consecuencias jurídicas que se derivan de la misma. De entrada se considera que la premoriencia del definido respecto del ascendiente no puede afectar a las donaciones realizadas como atribución patrimonial determinante de la renuncia, aunque la definición no haya cumplido el objetivo por el cual se realizó. Por otra parte está la cuestión de si los descendientes del definido podrán o no acreditar legítima en la herencia del ascendiente beneficiario de la renuncia. De entrada se inclinan la mayoría de Académicos por la contestación negativa y ello por dos razones: porque es un principio tradicional en nuestro Derecho el de que quien renuncia a la legítima lo hace para sí y para sus descendientes; y porque la atribución de legítima a los descendientes del definido podría dar lugar a situaciones injustas en perjuicio de otros legitimarios del ascendiente, cual sería el supuesto de que el ascendiente hubiera hecho una atribución patrimonial muy importante al definido, en contraprestación a la renuncia, con lo que no sería de recibo que los descendientes del definido pudiesen reclamar legítima del ascendiente, además de la posibilidad de percibir, por vía hereditaria, lo que fue objeto de la atribución patrimonial al definido. Sin embargo, al lado de esta corriente doctrinal, se manifiesta asimismo la opinión de que, en caso de premoriencia, los hijos del premuerto son los legitimarios, porque su padre no pudo serlo y por tanto no pudo definir unos derechos que no tenía; por esto a los hijos del premuerto se les tiene que tratar de igual manera que a los hijos del indigno o del desheredado (arts. 761 y 857 Cc). De acuerdo con ello, los descendientes del

definido premuerto siempre podrán reclamar del ascendiente el suplemento de legítima, en el caso de que la donación recibida como contraprestación a la renuncia no cubra la misma.

Unánimemente se considera que las donaciones realizadas al definido como atribución patrimonial son computables y deben ser objeto de reducción en caso de inoficiosidad. Ello es de la mayor evidencia pues, de no ser así, se podría emplear la definición para burlar los derechos legitimarios de los otros descendientes haciendo al definido donaciones de bienes que supongan la casi totalidad del patrimonio del ascendiente.

Por algunos de los Académicos se pone sobre la mesa el tema de la opacidad de la definición, ante la inexistencia de un Registro público en el que se relacione su otorgamiento y personas implicadas en ellos. Particularmente se refiere el caso de un litigio en que los legitimarios del ascendiente fallecido reclamaban su legítima al heredero, dándose la circunstancia de que uno de aquéllos ocultó el hecho de haber otorgado definición. Sin embargo, por uno de los Académicos que ejerce la función notarial se tranquiliza a los reunidos diciendo que, desde hace ya bastantes años, todos los Notarios con ejercicio en nuestra Comunidad Autónoma tienen obligación de remitir al Registro de Actos de Ultima Voluntad el parte correspondiente a las definiciones otorgadas, por lo que se toma en aquél debida nota del ascendiente beneficiario de la definición y del descendiente definido.

Se trata después el tema del alcance revocatorio de la definición respecto de los testamentos anteriormente otorgados por el ascendiente. Por alguno de los Académicos se expone su desacuerdo con la solución del artículo 51 CDCIB, al establecer que, en la definición no limitada, queda sin efecto toda disposición de carácter patrimonial contenida en testamento de fecha anterior a la definición, salvo la única excepción contemplada por el precepto. Por la mayoría de los Académicos se considera que el precepto es congruente con la conceptualización de la definición como pacto sucesorio, ya que, si hay acuerdo de voluntades sobre el hecho de que el definido no tendrá derecho alguno en la sucesión del ascendiente, es lógico que ello prevalezca sobre los actos de última voluntad otorgados anteriormente. Además no deja de resultar peligroso confiar en que el ascendiente ya cuidará de otorgar nuevo testamento en el que revoque los anteriores y ordene de nuevo su sucesión, porque la realidad es que, en la práctica, no todas las personas muestran en este punto –indudablemente por falta de conocimientos jurídicos, pero también por el propio carácter despreocupado– la diligencia que sería exigible. Por parte de uno de los Académicos que ejerce la función de Notario se manifiesta que las definiciones no limitadas son de otorgamiento escasísimo, hasta el punto de que no recuerda haber

autorizado ninguna en los bastantes años en que ha estado sirviendo una Notaría de Palma. Indica asimismo que, en aras a la siempre mayor seguridad jurídica, en caso de autorizar una definición no limitada preguntaría al ascendiente si ha otorgado testamento anterior a favor del definido, y, de ser así, aconsejaría el otorgamiento de un nuevo testamento en el que se dispusiere su revocación, además de ordenarse en el mismo su sucesión.

Se entra después en el tema de la fiscalidad de la definición, y, en especial, en la muy interesante propuesta contenida en la comunicación del Académico Señor Ferrer Pons, centrada en la sentencia del TSJ de Galicia de 24 de Septiembre de 2012, que establece la posibilidad de que la “apartación” gallega se acoja a la excepción establecida por el art. 33.3.b) de la Ley 35/2006 de 28 de Noviembre del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según el cual no existe ganancia o pérdida patrimonial en el caso de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente. La cuestión suscita un vivo debate, en el que se comienza reseñando la inexistencia de resoluciones judiciales en nuestro ámbito de las que se pueda deducir un tratamiento similar respecto de la definición. Y no falta quien señale que la materia tributaria es de competencia estatal, limitándose las facultades legislativas de nuestra Comunidad Autónoma –en lo que a esta Comisión interesa– al Derecho civil propio. Por parte de uno de los Académicos se ponen a disposición de los reunidos resoluciones de consultas vinculantes y del Tribunal Económico Administrativo de nuestra Comunidad Autónoma de las que no se puede derivar una posición similar a la de la sentencia del TSJ de Galicia antes reseñada. En lo que sí están de acuerdo todos los reunidos en que, en el ámbito de la donación universal de bienes presentes y futuros, sí estarían exentos de su tributación por pérdida o ganancia patrimonial los *bienes futuros*, es decir los que no adquiere el donatario universal hasta que tiene lugar el fallecimiento del donante.

En el tema de *protocolos familiares* se está totalmente de acuerdo con las afirmaciones de la ponencia y se considera que ésta es la ocasión propicia para poner de relieve, una vez más, y como ya se hizo en la anterior comunicación sobre los contratos sucesorios, la conveniencia de modificar nuestro margo legal, al objeto de que también entren dentro de la sucesión contractual los contratos sucesorios de ordenación de legado, con los cuales se facilitaría la disposición para después de la muerte, de manera irrevocable, de las acciones y participaciones sociales constitutivas de la titularidad de las empresas, ya que el único molde de la donación universal obliga a una institución de heredero que no siempre entra dentro de las intenciones del disponente.

Finalmente se aborda el tema del *finiquito de legítima* de Eivissa y Formentera. Por el Académico Señor Cardona se manifiesta que la institución tiene un indudable arraigo histórico, ya que la institución tenía una evidente justicia, a fin de excluir reclamaciones legitimarias de los hijos a los que se había costeado estudios y carreras, mientras que otro hijo, generalmente el mayor, había quedado al cuidado de la tierra, por lo que no era justo el reparto de la misma entre todos. Considera que, dada la mayor extensión de la regulación que en el Libro I se dedica a la definición, en la que se tocan temas que el artículo 77 CDCIB no contempla –cuales son los relativos a la vecindad civil y su relación con los testamentos del ascendiente y con la sucesión intestada, entre otros– le parece de entera lógica el párrafo 3º del mencionado precepto, al establecer que en lo no convenido entre las partes será de aplicación la regulación de la definición mallorquina en cuanto fuere compatible con la función y significado usuales en Eivissa y Formentera.

No es éste el parecer del Académico Señor Cerdá que, en su bien estructurada comunicación hace un acertado resumen de su conceptualización sobre el finiquito de legítima y considera necesario que los artículos 50 y 51 del Libro I no se conviertan en el *único Derecho supletorio en este punto*. Por algunos Académicos se recuerda que en el informe de esta Comisión sobre el sistema legitimario de las Illes Balears se hicieron ya algunas consideraciones sobre esta cuestión, diciéndose que en Eivissa y Formentera la regulación de la definición mallorquina sólo entraría en juego a falta de norma convencional, legal o consuetudinaria –obviamente costumbre local pitiusa– que regulara la cuestión; por lo que, ante la inexistencia de acuerdo de las partes, ley o costumbre, el Juez debería fallar el posible litigio sobre la única base de la equidad, lo cual es una solución enteramente rechazable en un Estado de Derecho. Por ello, la llamada a la doctrina de los artículos 50 y 51, dados los condicionamientos –lógicos por otra parte– que el artículo 77 exige para su aplicación, no es sino un posible auxilio al órgano jurisdiccional para que pueda dar a sus resoluciones un fundamento jurídico que no sea la mera equidad.

Al finalizar la sesión académica, a las veinte horas, el Presidente de la Academia agradece a todos los Académicos su asistencia a la reunión y su activa participación en los debates; y en especial a la ponente Señora Ferrer Vanrell el gran trabajo realizado. Y sin más asuntos que tratar se levanta la sesión.

XIV.- ÍNDICES DE LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN LOS BOLETINES DE LA ACADEMIA NÚMEROS X A XIV Y RELACIÓN DE LAS COLABORACIONES DE LOS ACADÉMICOS EN LA REVISTA MISSÈR DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAS ILLES BALEARS.

Tomás Mir de la Fuente

Constituyó una auténtica y agradable sorpresa del Boletín de la Academia número X (publicado en el año 2009) la aparición de unos índices acumulados de los nueve Boletines anteriores, en los que se contenía una relación completa de todos los trabajos doctrinales y artículos de los mismos, ordenados según un triple criterio, que atendía a la actividad académica a la que correspondían, a la rama del Derecho que específicamente trataban y al autor. Tales índices venían acompañados de otro relativo a las colaboraciones de los Académicos en la revista Missèr, editada por el Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears y que constituye el medio de expresión pública del mismo. El mérito de tan loable iniciativa correspondió al Académico de Número –y entonces Secretario de la Junta de Gobierno de la Corporación– Tomás Mir de la Fuente.

Desde el Boletín X al actual Boletín XV han ido apareciendo cinco Boletines –del X al XIV– caracterizados, algunos de ellos, por su especial grosor, indicativo del buen número de trabajos doctrinales que contienen. Dada esta circunstancia, ha creído

oportuno el Académico de Número Tomás Mir de la Fuente, al que hay que agradecer tantas y tantas iniciativas dirigidas a impulsar las actividades académicas, elaborar unos nuevos índices comprensivos de los cinco indicados Boletines, relacionando los trabajos doctrinales en ellos publicados según los tres criterios antes apuntados, referidos a la actividad académica a la que corresponden (discursos de ingreso, de inauguración de curso académico, de entrega del Premio Luis Pascual González, etc...), a la rama del Derecho tratada y al autor. Con el aditamento de las colaboraciones insertas en la sección habitual –“Les pàgines de l’Acadèmia”– de la revista Missèr.

Ello no solamente facilita el manejo de los Boletines de la Academia, sino que, además, da una visión de conjunto de las actuaciones que nuestra Corporación viene realizando año tras año, sirviendo de testimonio de la presencia viva de la Academia en nuestra realidad jurídica.

En definitiva, una iniciativa más que hay que agradecer al Académico de Número Tomás Mir de la Fuente.

XIV.1- ÍNDICE POR AUTORES.

	<i>núm / pág.</i>
PEDRO ANTONIO AGUILÓ MONJO (Académico de número)	
<i>Contestació al discurs d'ingrés de Don Josep Maria Quintana Petrus</i>	XI 81
<i>El “mar balear” desde la perspectiva competencial. Ponencia, en la Jornada Del mar territorial al territorio marítimo, del ciclo La nostra mar: art, salut, història i dret</i>	XIV 337
<i>Las Comunidades Autónomas como herederos abintestato: primera aproximación</i>	XIV 419
GUILLERMO ALCOVER GARAU	
<i>Refinanciación bancaria y concurso de acreedores. Situación actual y propuestas de reforma</i>	X 99
FELIO BAUZÁ MARTORELL	
<i>Tradición jurídica balear del derecho de toma de agua: vigencia de las antiguas costumbres. VIII Premio Luis Pascual González</i>	XII 103
JAVIER BOIX REIG	
<i>Reflexiones sobre la reforma del delito fiscal. Intervención en Mesa Redonda sobre Reforma del Código Penal</i>	XIV 365
MIGUEL COCA PAYERAS (Académico de número)	
<i>Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de las instituciones civiles. Discurso de ingreso</i>	XIV 169

<i>Reflexiones sobre el trabajo para el hogar y la analogía legis en el Derecho Civil de Mallorca</i>	XIV	311
LORENZO CRESPI FERRER		
<i>La cuestión de la reserva ordinaria en el Derecho foral. Especial estudio de su constitucionalidad y su aplicación en Mallorca</i>	XI	241
MARÍA PILAR FERRER VANRELL (Académica de número)		
<i>La codificación civil y la llamada “cuestión foral” balear. Discurso de ingreso</i>	XIII	85
GABRIEL GARCÍAS PLANAS (Académico de número)		
<i>El principio de intervención mínima en el Derecho Penal. ¿realidad o ficción? Discurso de inauguración del Curso 2009-2010</i>	XI	97
<i>Breves notas sobre la instrucción de las causas penales. Intervención en Mesa Redonda sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal</i>	XIII	236
<i>25 años de creación de la Academia</i>	XIV	237
<i>Breves notas sobre la reforma. Intervención en Mesa Redonda sobre la reforma del Código Penal</i>	XIV	359
RAFAEL GIL MENDOZA (Académico de número)		
<i>Intervención en la sesión necrológica de Don Raimundo Clar Garau</i>	XII	36
CARLOS GÓMEZ MARTINEZ		
<i>Arguments a favor i en contra de l'atribució de la investigació de las causas penales. Intervención en Mesa Redonda sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal</i>	XIII	218
JOAN DAVID JANER TORRENS		
<i>La projecció del Dret Internacional en la delimitació dels espais marítims de les Illes Balears. Ponencia en la Jornada Del mar territorial al territorio marítimo, dentro del ciclo La nostra mar: art, salut, història i dret</i>	XIV	351
CARLOS JIMÉNEZ GALLEGÓ (Académico de número)		
<i>Reservas hereditarias y Derecho Civil Balear</i>	XIII	291

<i>Instituciones de confianza en la ordenación y ejecución de las últimas voluntades. Evolución y propuestas de futuro.</i>		
Discurso de ingreso	XIV	55
<i>Sucesión intestada. Examen de Derecho Comparado</i>	XIV	455
FERNANDO LEDESMA BARTRET		
<i>Félix Pons, el político. Intervención en la sesión necrológica de Don Félix Pons Irazazábal</i>	XII	66
ANSELMO MARTÍNEZ CAÑELLAS		
<i>Sobre el Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica. V Premio Luis Pascual González</i>	X	31
EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS (Académico de número)		
<i>El apoderamiento o mandato preventivo. Discurso inaugural del Curso 2008-2009</i>	X	11
<i>El régimen económico matrimonial de participación. Discurso de apertura del Curso 2004-2005</i>	XI	105
<i>Conmemoración del 25 aniversario del otorgamiento de la escritura de fundación de la Academia</i>	XVI	241
MIQUEL MASOT MIQUEL (Académico de número)		
<i>¿Costumbres normativas aún en el siglo XXI?</i>	X	85
<i>En la muerte de Raimundo Clar</i>	XII	74
<i>Fèlix Pons a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de les Illes Balears</i>	XII	76
<i>Intervención en la sesión necrológica de Don Rafael Gil Mendoza</i>	XIII	208
<i>Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni. Discurso inaugural del Curso 2012-2013</i>	XIV	23
<i>Els meus anys de vida acadèmica</i>	XIV	247
<i>Notes sobre la regulació de la successió intestada en el Dret civil de les Illes Balears</i>	XIV	427
<i>Comentarios de sentencias sobre Derecho civil Balear</i>	XIV	523
JOSEP MASOT TEJEDOR		
<i>Comentario de la STSJB 2-2-2009 sobre licencia de edificación en el ámbito de un Conjunto Histórico</i>	XI	355

TOMÁS MIR DE LA FUENTE (Académico de número)

Intervención en la sesión necrológica de Don Miguel Coll Carreras	X	136
<i>Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía</i>	XI	327
Comentario a la STS 14-1-2010 sobre competencias en materia de ampliación de la zona de servicio de puertos autonómicos	XI	335
Comentario a la STSJB 28-6-2009 sobre Biblioteca privada de interés Cultural	XI	343
<i>Félix Pons, jurista de notorio prestigio. Intervención en la sesión necrológica de Don Félix Pons Irazazábal</i>	XII	53
<i>La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears</i>	XII	218
<i>La publicación en el Boletín Oficial de las Illes Balears de los textos de los actos de los órganos periféricos de la Administración General del Estado en las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears</i>	XII	226
<i>Los refranes jurídicos castellanos y mallorquines. Discurso inaugural del Curso 2011-2012</i>	XIII	19
<i>Islas en venta</i>	XIII	341
<i>Las islas Baleares en la historia del constitucionalismo</i>	XIII	357
<i>La propiedad de (y en) las islas Baleares. Ponencia en la Jornada Del mar territorial al territorio marítimo, en el ciclo La nostra mar: art, salut història i dret</i>	XIV	337
<i>Notas para una reforma de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears “realizable en el acto”</i>	XIV	387

ANTONIO MONSERRAT QUINTANA (Académico de número)

<i>Naturaleza y fines de los Tribunales Superiores de Justicia desde una perspectiva competencial</i>	XIII	237
<i>Fundamentos de la confianza. Contestación al discurso de ingreso de Don Carlos Jiménez Gallego</i>	XIV	151

ANTONO OLIVER REUS

<i>El empresario como garante de la regulación laboral: responsabilidades derivadas del accidente de trabajo</i>	XI	123
--	----	-----

RAFAEL PERERA MEZQUIDA (Académico de número)

Intervención en la sesión necrológica de Don Andrés Rullán Castañer	X	141
<i>El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal.</i> Discurso de inauguración del Curso 2010-2011	XII	19

ANTONIO PÉREZ RAMOS (Académico de número)

Intervención en la necrológica de Don Joan Vidal Perelló	X	154
<i>El Código de Derecho Canónico a los 30 años de su promulgación</i>	XIV	373

ANTONIO PLANAS ROSSELLÓ

<i>La función de la costumbre en el Derecho medieval de Mallorca</i>	XII	165
--	-----	-----

JOSEP MARIA QUINTANA PETRUS (Académico de número)

<i>Llengua i dret a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears: una opció per la llengua propia.</i> Discurso de ingreso	XI	51
<i>De la propietat entesa com un dret subjectiu al Registre de la Propietat com a mecanisme de seguretat en el tràfic jurídic immobiliari.</i> Contestación al discurso de ingreso de Don Miguel Coca Payeras	XIV	221

LADISLAO ROIG BUSTOS

Intervención en Mesa Redonda sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal	XIII	225
---	------	-----

BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA (Académico de número)

Intervención en la sesión necrológica de Don Andrés Rullán Castañer	X	140
Intervención en la sesión necrológica de Don Joan Vidal Perelló	X	160
Intervención en la sesión necrológica de Don Juan Blascos Serra	X	163
Intervención en la sesión necrológica de Don Raimundo Clar Garau	XII	43
Intervención en la sesión necrológica de Don Rafael Gil Mendoza	XIII	211
<i>25 aniversario de la Academia</i>	XIV	239

JAIME SUAU MOREY

- Reformas procesales, novedosa Oficina judicial e incidencias en el proceso penal* XII 81
- Tribunales Superiores de Justicia, Derecho propio y otras competencias. IX Premio Luis Pascual González* XIII 241

ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ (Académica de número)

- Los procesos de familia: un ejemplo de deficiente legislación* XI 297
- La distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades autónomas en la Administración de Justicia. Contestación al discurso de ingreso de D^a. María Pilar Ferrer Vanrell* XIII 183

RICARDO YÁÑEZ VELASCO

- Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el ordenamiento jurídico balear. VII Premio Luis Pascual González* XI 163

BEATRIZ VERDERA IZQUIERDO

- La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares: Configuración y consecuencias. X Premio Luis Pascual González* XIV 259

JOSÉ ZAFORTEZA CALVET (Académico de número)

- Intervención en la sesión necrológica de Don Miguel Coll Carreras* X 125
- Félix Pons, el hombre. Intervención en la sesión necrológica de Don Félix Pons Irazazábal* XII 48

XIV.2- ÍNDICE POR ACTIVIDADES ACADÉMICAS.

MEMORIAS DE LOS CURSOS ACADÉMICOS

	<i>núm / pág.</i>
Memoria del Curso académico 2008-2009	XI 9
Memoria del Curso académico 2009-2010	XII 9
Memoria del Curso académico 2010-2011	XIII 9
Memoria del Curso académico 2011-1012	XIV 11

DISCURSOS DE INGRESO EN LA ACADEMIA

<i>Lengua i dret a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears: una opció per la llengua propia.</i> Discurso de ingreso de Don Josep Maria Quintana Petrus	XI 51
<i>La codificación civil y la llamada “cuestión foral” balear.</i> Discurso de ingreso de Doña María Pilar Ferrer Vanrell	XIII 85
<i>Instituciones de confianza en la ordenación y ejecución de las últimas voluntades. Evolución y propuestas de futuro.</i> Discurso de ingreso de Don Carlos Jiménez Gallego	XIV 59
<i>Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de las instituciones civiles.</i> Discurso de ingreso de Don Miguel Coca Payeras	XIV 169

CONTESTACIONES A LOS DISCURSOS DE INGRESO

<i>Contestació al discurs d'ingrés de Don Josep Maria Quintana Petrus</i> , por Don Pedro Antonio Aguiló Monjo	XI	81
<i>La distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades autónomas en la Administración de Justicia.</i> Contestación al discurso de ingreso de D ^a . María Pilar Ferrer Vanrell, por Doña Isabel Tapia Fernández	XIII	183
<i>Fundamentos de la confianza.</i> Contestación al discurso de ingreso de Don Carlos Jiménez Gallego, por Don Antonio Monserrat Quintana	XIV	151
<i>De la propietat entesa com un dret subjectiu al Registre de la Propietat com a mecanisme de seguretat en el tràfic jurídic immobiliari.</i> Contestación al discurso de ingreso de Don Miguel Coca Payeras, Por Don Josep Maria Quintana Petrus	XIV	221

SESIONES NECROLÓGICAS

En recuerdo de Don Miguel Coll Carreras

Intervención de Don José Zaforteza Calvet	X	125
Intervención de Don Tomás Mir de la Fuente	X	136

En recuerdo de Don Andrés Rullán Castañer

Intervención de Don Rafael Perera Mezquita	X	140
Intervención de Don Bartolomé Sitjar Burguera	X	151

En recuerdo de Don Joan Vidal Perelló

Intervención de Don Antonio Pérez Ramos	X	154
Intervención de Don Bartolomé Sitjar Burguera	X	160

En recuerdo de Don Juan Blascos Serra

Intervención de Don Bartolomé Sitjar Burguera	X	163
---	---	-----

En recuerdo de Don Raimundo Clar Garau

Intervención de Don Rafael Gil Mendoza	XII	36
Intervención de Don Bartolomé Sitjar Burguera	XII	43

*En recuerdo de Don **Félix Pons Irazazábal***

Intervención de Don José Zaforteza Calvet	XII	48
Intervención de Don Tomás Mir de la Fuente	XII	53
Intervención de Don Fernando Ledesma Bartret	XII	66

*En recuerdo de Don **Rafael Gil Mendoza***

Intervención de Don Miquel Masot Miquel	XIII	208
Intervención de Don Bartolomé Sitjar Burguera	XIII	211

DISCURSOS DE APERTURA DEL CURSO ACADÉMICO

<i>El apoderamiento o mandato preventivo. Inauguración del Curso 2008-2009, por Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés</i>	X	11
<i>El principio de intervención mínima en el Derecho Penal. ¿realidad o ficción? Discurso de inauguración del Curso 2009-2010, por Don Gabriel Garcías Planas</i>	XI	97
<i>El régimen económico matrimonial de participación. Inauguración del Curso 2004-2005, por Don Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés</i>	XI	105
<i>El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal. Discurso inaugural del Curso 2010-2011, por Don Rafael Perera Mezquida</i>	XII	19
<i>Los refranes jurídicos castellanos y mallorquines. Discurso inaugural del Curso 2011-2012, por Don Tomás Mir de la Fuente</i>	XIII	19
<i>Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni. Discurso inaugural del Curso 2012-2013, por Don Miquel Masot Miquel</i>	XIV	23

**PREMIOS LUIS PASCUAL GONZÁLEZ
DE DERECHO CIVIL BALEAR**

<i>Sobre el Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica. V Premio. Don Anselmo Martínez Cañellas</i>	X	31
<i>Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el ordenamiento jurídico balear. VII Premio. Don Ricardo Yáñez Velasco</i>	XI	163

<i>Tradición jurídica balear del derecho de toma de agua: vigencia de las antiguas costumbres.</i> VIII Premio. Don Felio Bauzá Martorell	XII	103
<i>Tribunales Superiores de Justicia. Derecho propio y otras competencias.</i> IX Premio. Don Jaime Suau Morey	XIII	241
<i>La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho Civil de las Illes.</i> X Premio. D ^a . Beatriz Verdera Izquierdo	XIV	259

**ESTUDIOS RELACIONADOS CON LOS PREMIOS
LUIS PASCUAL GONZÁLEZ**

<i>¿Costumbres normativas aún en el siglo XXI?</i> Con ocasión de la entrega del V Premio. Don Miquel Masot Miquel	X	85
<i>La cuestión de la reserva ordinaria en el Derecho foral. Especial estudio de su constitucionalidad y su aplicación en Mallorca.</i> Accésit al VII Premio. Don Lorenzo Crespí Ferrer	XI	241
<i>Los procesos de familia: un ejemplo de deficiente legislación</i> Con ocasión de la entrega del VII Premio D ^a Isabel Tapia Fernández	XI	297
<i>La función de la costumbre en el Derecho medieval de Mallorca.</i> Con ocasión de la entrega del VIII Premio. Don Antonio Planas Rosselló	XII	165
<i>Naturaleza y fines de los Tribunales Superiores de Justicia desde una perspectiva competencial.</i> Con ocasión de la entrega del IX Premio. Don Antonio Monserrat Quintana	XIII	277
<i>Reflexiones sobre el trabajo para el hogar y la analogía legis en el Derecho Civil de Mallorca.</i> Con ocasión de la entrega del X Premio. Don Miguel Coca Payeras	XIV	311

**CONMEMORACIÓN DEL VIGÉSIMOQUINTO ANIVERSARIO
DE LA FUNDACIÓN DE LA ACADEMIA DE
JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN**

<i>25 años de creación de la Academia,</i> por Don Gabriel Garcías Planas. Académico constituyente	XIV	237
--	-----	-----

- 25 años de la Academia*, por Don **Bartolomé Sitjar Burguera**.
Decano del Colegio de Abogados, otorgante de la escritura
fundacional y, después, Académico de número XIV 239
- Conmemoración del 25 aniversario del otorgamiento de la
escritura de fundación de la Academia*, por Don **Eduardo
Martínez-Piñeiro Caramés**. Académico de número y
ex Presidente de la Academia XVI 241
- Els meus 25 anys de vida acadèmica*, por Don **Miquel Masot
Miquel**. Académico constituyente y Presidente de la Academia XIV 247

**JORNADAS ACADÉMICAS, SOBRE
LA NOSTRA MAR. ART, SALUT, HISTÓRIA I DRET,
PROMOVIDAS POR LA CONSELLERIA DE LA
PRESIDÈNCIA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA
DE LAS ILLES BALEARS**

DEL MAR TERRITORIAL AL TERRITORIO MARÍTIMO
Jornada de la Academia de Jurisprudencia y Legislación
de las Illes Balears

- La propiedad de (y en) las islas Baleares*. Ponencia de
Don Tomás Mir de la Fuente. Académico de número XIV 319
- El “mar balear” desde la perspectiva competencial*.
Ponencia, de Don Pedro Antonio Aguiló Monjo. Académico
de número XIV 337
- La projecció del Dret Internacional en la delimitació dels
espais marítims de les Illes Balears*, por Don David Joan
Janer Torrens XIV 351

MESAS REDONDAS SOBRE TEMAS DE ACTUALIDAD

**INSTRUCCIÓN DE LAS CAUSAS PENALES
POR EL MINISTERIO FISCAL**

- Arguments a favor i en contra de l'atribució de la investigació*.
Ponencia de Don **Carlos Gómez Mariñez** XIII 218
- El Fiscal, instructor*, Ponencia de Don **Ladislao Roig Bustos** XIII 225
- Breves notas sobre la instrucción de las causas penales*.
Ponencia de Don **Gabriel Garcías Planas** XIII 236

REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

<i>Breves notas sobre la reforma del Código Penal.</i> Ponencia de Don Gabriel Garcías Planas	XIV 359
<i>Reflexiones sobre la reforma del delito fiscal.</i> Ponencia de Don Javier Boix Reig	XIV 365

TRABAJOS DE LAS COMISIONES ACADÉMICAS

INFORMES DE LA COMISIÓN DE DERECHO PRIVADO

<i>Medidas sucesorias a favor del descendiente con incapacidad</i>	X 111
<i>Sistema legitimario de las Illes Balears</i>	XI 307
<i>Los contratos sucesorios de las Illes Balears</i>	XII 218
<i>Reservas hereditarias y Derecho Civil Balear.</i> Ponencia y Proyecto de Don Carlos Jiménez Gallego y actas	XIII 291

INFORME DE LAS COMISIONES DE DERECHO PRIVADO Y DE DERECHO PÚBLICO SOBRE SUCESIÓN INTESTADA EN LAS ILLES BALEARS

Introducción

<i>Notas para una reforma de la Compilación del Derecho Civil de las Illes Balears “realizable en el acto”,</i> por Don Tomás Mir de la Fuente	XIV 387
<i>Las Comunidades Autónomas como herederas abintestato: primera aproximación,</i> por Don Pedro Antonio Aguiló Monjo	XIV 419
<i>Notes sobre la regulació de la successió intestada en el Dret civil de les Illes Balears,</i> por Don Miquel Masot Miquel	XIV 427
<i>Sucesión intestada. Examen de Derecho comparado,</i> por Don Carlos Jiménez Gallego	XIV 455
Actas de las reuniones conjuntas	XIV 499

TRABAJOS EN LA COMISIÓN DE DERECHO PÚBLICO

COMENTARIO DE SENTENCIAS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- Del Tribunal Supremo de 14 de enero de 2010, sobre
***competencias en materia de ampliación de la zona
de servicio de los puertos autonómicos.***
Don Tomás Mir de la Fuente XI 327
- Del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 28 de junio de
2009, sobre ***Biblioteca privada de interés cultural.***
Don Tomás Mir de la Fuente XI 343
- Del Tribunal Superior de Justicia de Baleares de 2 de febrero de
2009 sobre ***Licencia de edificación en el ámbito de un
Conjunto Histórico.*** Don Josep Masot Tejedor XI 355

ESTUDIOS

- Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y
adyacentes) en la Constitución española y el Estatuto
de Autonomía,*** de Don Tomás Mir de la Fuente XII 27
- La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad
Autónoma de las Illes Balears,*** de Don Tomás Mir
de la Fuente XII 218
- La publicación en el Boletín Oficial de las Illes Balears
de los Textos de los actos de los órganos periféricos de
la Administración General del Estado en las dos
lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma de
las Illes Balears,*** de Don Tomás Mir de la Fuente XII 226
- Islas en venta,*** de Don Tomás Mir de la Fuente XIII 341
- Las islas Baleares en la historia del constitucionalismo,***
de Don Tomás Mir de la Fuente XIII 357

CONFERENCIAS

Don **Guillermo Alcover Garau**

- Refinanciación bancaria y concurso de acreedores.
Situación actual y propuestas de reforma*** X 99

Don **Antonio Oliver Reus**

*El empresario como garante de la regulación laboral:
responsabilidades derivadas del accidente de trabajo* XI 123

Don **Jaime Suau Morey**

*Reformas procesales, novedosa Oficina judicial e incidencias en
el proceso penal* XII 81

Don **Antonio Pérez Ramos**

El Código de Derecho Canónico a los 30 años de su promulgación XIV 373

**REPUBLICACIÓN DE UN “CLÁSICO”, SOBRE
DERECHO CIVIL DE MALLORCA, DESCATALOGADO**

DERECHO CIVIL DE MALLORCA, de Don **Fèlix Pons i
Marquès**. Del Tomo I de la Nueva Enciclopedia Jurídica
Seix 1950 XI 17

XIV.3- ÍNDICE POR MATERIAS TRATADAS.

DERECHO CIVIL

	<i>núm / pág.</i>
<i>El apoderamiento o mandato preventivo.</i> Discurso de apertura del Curso 2009-2010. D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés	X 11
<i>El régimen económico matrimonial de participación.</i> Discurso de apertura del Curso 2004-2005. D. Eduardo Martínez- Piñeiro Caramés	XI 105
<i>La codificación civil y la llamada “cuestión foral” balear.</i> Discurso de ingreso. D. María Pilar Ferrer Vanrell	XIII 85
<i>Instituciones de confianza en la ordenación y ejecución de las últimas voluntades. Evolución y propuestas de futuro.</i> Discurso de ingreso. D. Carlos Jiménez Gallego	XIV 59
<i>Fundamentos de la confianza.</i> Contestación al discurso de ingreso de Don Carlos Jiménez Gallego. D. Antonio Monserrat Quintana	XIV 151
<i>Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de las instituciones civiles.</i> Discurso de ingreso. D. Miguel Coca Payeras	XIV 169
<i>De la propietat entesa com un dret subjectiu al Registre de la Propietat com a mecanisme de seguretat en el tràfic jurídic immobiliari.</i> Contestación al discurso de ingreso de Don Miguel Coca Payeras. Josep Maria Quintana Petrus	XIV 221

Sucesión intestada. Examen de Derecho Comparado. D. Carlos Jiménez Gallego	XIV	455
--	-----	-----

DERECHO CIVIL BALEAR

<i>Sobre el Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica.</i> V Premio Luis Pascual González. D. Anselmo Martínez Cañellas	X	31
<i>¿Costumbres normativas aún en el siglo XXI?</i> D. Miquel Masot Miquel	X	85
<i>Parejas de hecho e igualdad constitucional. Perspectivas de Derecho sustantivo y procesal en el ordenamiento jurídico balear.</i> VII Premio Luis Pascual González. D. Ricardo Yáñez Velasco	XI	163
<i>La función de la costumbre en el Derecho medieval de Mallorca.</i> D. Antonio Planas Rosselló	XII	165
<i>La cuestión de la reserva ordinaria en el Derecho foral. Especial estudio de su constitucionalidad y su aplicación en Mallorca.</i> D. Lorenzo Crespí Ferrer	XI	241
<i>Instituciones de confianza en la ordenación y ejecución de las últimas voluntades. Evolución y propuestas de futuro.</i> Discurso de ingreso. D. Carlos Jiménez Gallego	XIV	55
<i>Reservas hereditarias y Derecho Civil Balear.</i> D. Carlos Jiménez Gallego	XIII	291
<i>Derecho civil de Mallorca.</i> Republicación. D. Fèlix Pons i Marquès	XIV	21
<i>Cap a una nova regulació del règim econòmic del matrimoni.</i> Discurso inaugural del Curso 2012-2013. D. Miquel Masot Miquel	XIV	23
<i>La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares: Configuración y consecuencias.</i> X Premio Luis Pascual González. D ^a . Beatriz Verdura Izquierdo	XIV	259
<i>Reflexiones sobre el trabajo para el hogar y la analogía legis en el Derecho Civil de Mallorca.</i> D. Miguel Coca Payeras.	XIV	311
<i>Notas para una reforma de la Compilación de Derecho civil de las Illes Balears “realizable en el acto”.</i> D. Tomás Mir de la Fuente	XIV	387

<i>Las Comunidades Autónomas como herederos abintestato: primera aproximación.</i> D. Pedro Antonio Aguiló Monjo	XIV	419
<i>Notes sobre la regulació de la successió intestada en el Dret Civil de les Illes Balears.</i> D. Miquel Masot Miquel	XIV	427
Comentarios de sentencias sobre Derecho civil Balear. D. Miquel Masot Miquel	XIV	523

DERECHO PENAL

<i>El principio de intervención mínima en el Derecho Penal. ¿realidad o ficción?</i> Discurso de inauguración del Curso 2009-2010. D. Gabriel Garcías Planas.	XI	97
<i>El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal.</i> Discurso de inauguración del Curso 2010-2011. D. Rafael Perera Mezquida	XII	19
<i>Arguments a favor i en contra de l'atribució de la investigació.</i> Intervención en Mesa Redonda sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal. D. Carlos Gómez Martínez	XIII	218
<i>El Fiscal, instructor.</i> Intervención en Mesa Redonda sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal. D. Ladislao Roig Bustos	XIII	225
<i>Breves notas sobre la instrucción de las causas penales.</i> Intervención en Mesa Redonda sobre la instrucción de las causas penales por el Ministerio Fiscal. D. Gabriel Garcías Planas	XIII	236
<i>Breves notas sobre la reforma.</i> Intervención en Mesa Redonda Sobre la reforma del Código Penal. D. Gabriel Garcías Planas	XIV	359
<i>Reflexiones sobre la reforma del delito fiscal.</i> Intervención en Mesa Redonda sobre Reforma del Código Penal. D. Javier Boix Reig	XIV	365

DERECHO PROCESAL

<i>Los procesos de familia: un ejemplo de deficiente legislación.</i> D ^a . Isabel Tapia Fernández	XI	297
--	----	-----

<i>Reformas procesales, novedosa Oficina judicial e incidencias en el proceso penal.</i> D. Jaime Suau Morey	XII	81
<i>La distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades autónomas en la Administración de Justicia.</i> Contestación al discurso de ingreso de D ^a . María Pilar Ferrer Vanrell. D ^a . Isabel Tapia Fernández	XIII	183
<i>Tribunales Superiores de Justicia, Derecho propio y otras competencias.</i> IX Premio Luis Pascual González. D. Jaime Suau Morey	XIII	241
<i>Naturaleza y fines de los Tribunales Superiores de Justicia desde una perspectiva competencial.</i> D. Antonio Monserrat Quintana	XIII	277

DERECHO ADMINISTRATIVO

<i>Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución española y el Estatuto de Autonomía.</i> D. Tomás Mir de la Fuente	XI	327
Comentario a la STS 14-1-2010 sobre competencias en materia de ampliación de la zona de servicio de puertos autonómicos. D. Tomás Mir de la Fuente	XI	335
Comentario a la STSJB 28-6-2009 sobre Biblioteca privada de interés Cultural. D. Tomás Mir de la Fuente	XI	343
Comentario de la STSJB 2-2-2009 sobre licencia de edificación en el ámbito de un Conjunto Histórico. D. Josep Masot Tejedor	XI	355
<i>Islas en venta.</i> D. Tomás Mir de la Fuente	XIII	341
<i>Las islas Baleares en la historia del constitucionalismo.</i> D. Tomás Mir de la Fuente	XIII	357
<i>La propiedad de (y en) las islas Baleares.</i> Ponencia en la Jornada Del mar territorial al territorio marítimo, en el ciclo La nostra mar: art, salut, història i dret. D. Tomás Mir de la Fuente	XIV	319
<i>El “mar balear” desde la perspectiva competencial.</i> Ponencia, en la Jornada Del mar territorial al territorio marítimo, del ciclo La nostra mar: art, salut, història i dret. D. Pedro Antonio Aguiló Monjo	XIV	337

<i>La projecció del Dret Internacional en la delimitació dels espais marítims de les Illes Balears.</i> Ponencia en la Jornada Del mar territorial al territorio marítimo, dentro del ciclo La nostra mar: art, salut, història i dret. D. Joan David Janer Torrens	XIV	351
---	-----	-----

OTRAS RAMAS DEL DERECHO

<i>Refinanciación bancaria y concurso de acreedores. Situación Actual y propuestas de reforma.</i> D .Guillermo Alcover Garau	X	99
<i>Los refranes jurídicos castellanos y mallorquines.</i> Discurso inaugural del Curso 2011-2012. D. Tomás Mir de la Fuente	XIII	19
<i>El empresario como garante de la regulación laboral: responsabilidades derivadas del accidente de trabajo.</i> D. Antonio Oliver Reus	XI	123
<i>El Código de Derecho Canónico a los 30 años de su promulgación</i> D. Antonio Pérez Ramos	XIV	373

LENGUAJE Y DERECHO

<i>Llengua i dret a la Comunitat Autònoma de les Illes Balears: una opció per la llengua pròpia.</i> Discurso de ingreso. D. Josep Maria Quintana Petrus	XI	51
<i>Contestació al discurs d'ingrés de Don Josep Maria Quintana Petrus.</i> D. Pedro Aguiló Monjo	XI	81
<i>La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.</i> D. Tomás Mir de la Fuente	XII	218
<i>La publicación en el Boletín Oficial de las Illes Balears de los textos de los actos de los órganos periféricos de la Administración General del Estado en las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.</i> D. Tomás Mir de la Fuente	XII	226

**XIV.4- ÍNDICE DE ARTÍCULOS REDACTADOS
POR LOS ACADÉMICOS DE NÚMERO DE LA
ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
DE LAS ILLES BALEARS –EN COLABORACIÓN
PERMANENTE (INICIADA EN EL NÚMERO 50)–
Y PUBLICADOS EN LA REVISTA MISSÈR
DEL COLEGIO DE ABOGADOS
DESDE EL NÚMERO 83, DE OCTUBRE DE 2009.**

Nº 83: *La ley autonómica balear sobre causas de indignidad sucesoria y desheredación mirada con buenos ojos.* TOMÁS MIR DE LA FUENTE.

Nº 84: *Motivación de la directiva Bolkenstein.* BARTOLOMÉ SITJAR BURGUERA.

Nº 85: *Un reglamento imprescindible.* FÉLIX PONS IRARAZABAL.

Nº 86: *La intervención judicial de las relaciones laborales.* MIGUEL SUAU ROSSELLÓ.

Nº 87: *Presupuestos del procedimiento de ejecución hipotecaria. El título hábil para despachar la ejecución.* ISABEL TAPIA FERNÁNDEZ.

Nº 88: *Félix Pons, el hombre.* JOSÉ ZAFORTEZA CALVET.

Nº 89: *Extinción de los alodios. De la Compilación a la ley 3/2010 del Parlamento Balear.* JAIME FERRER PONS.

Nº 90: *El nuevo recurso de anulación del artículo 239.6 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (Comentario de la STC de 14.3.2011).* PEDRO ANTONIO AGUILÓ MONJO.

Nº 91: *El contrato de corso en la Ibiza del siglo XVII.* BERNARDO CARDONA ESCANDELL.

Nº 92: *De algunas tendencias actuales en el derecho de familia (y II). Del paradigma de la familia burguesa de la Codificación a la familia paradójica o post-nuclear.* JOSÉ CERDÁ GIMENO.

Nº 93: *Una sentencia inesperada. Inconstitucionalidad del artículo 43.1 del Código de Familia Catalán.* MIQUEL MASOT MIQUEL.

Nº 94: *Apunte sobre la prescripción del delito fiscal. Una cuestión controvertida.* GABRIEL GARCÍAS PLANAS.

Nº 95: *Artículo 10 de la LTRHA versus la Instrucción DGRN 5 Oct. 2010 sobre el régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución.* MARÍA PILAR FERRER VANRELL.

Nº 96: *Nota sobre la supuesta obligación de colacionar del cónyuge.* CARLOS JIMÉNEZ GALLEGU.

Nº 97: *¿Quo vadis? (I).* EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS.

Nº 98: *¿Quo vadis? (II).* EDUARDO MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMÉS.

Nº 99: *¿Podemos fiarnos de los poderes?.* MIQUEL MASOT MIQUEL.

Nº 100: *Un aspecto plausible y poco comentado de la Ley sobre Tasas Judiciales. El fin de la postulación de los funcionarios públicos en el recurso contencioso-administrativo en materia de personal.* TOMÁS MIR DE LA FUENTE.

Nº 101: *Notas sobre la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial.* ANTONIO MONSERRAT QUINTANA.

Nº 102: *La “justicia universal”: un torpedo en las relaciones entre España y China.* RAFAEL PERERA MEZQUIDA

Nº 103: *Sobre la modificació del règim electoral municipal. JOSEP MARIA QUINTANA PETRUS y Francisco, un pontífice extraordinario.* ANTONIO PÉREZ RAMOS.

XV.- RELACIÓN DE AUTORES DE LOS TEXTOS PUBLICADOS EN ESTE BOLETÍN.

AGUILÓ MONJO, PEDRO ANTONIO. Académico de Número y Vicepresidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Abogado del Estado en excedencia por servicio en Comunidades Autónomas. Director del Área de lo contencioso y constitucional de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. Vocal del Consell Consultiu de las Illes Balears. Entre sus publicaciones más recientes cabe citar: “Especialidades de la revisión de oficio a instancia de parte” (Revista Española de la Función Consultiva nº 1/2004), “La Justicia y el Estatuto de Autonomía de las Illes Balears” (Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras, 2006) y “El control jurisdiccional de los reglamentos y la cuestión de ilegalidad” (Boletín nº IX de la Academia, 2007).

CERDÁ GIMENO, JOSÉ. Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia con la calificación de Sobresaliente en 1953. En 1954 ingresa en el Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado y en 1965 en el Notariado, habiendo servido las Notarías de Puebla de Guzmán, Formentera, Santa Eulalia del Río y Eivissa. Especialista en el Derecho de las Islas Pitiusas es autor de numerosos libros y trabajos monográficos, destacando entre los primeros su intervención en los Comentarios de la Compilación Balear, 1ª y 2ª edición (1981 y 2002), “Derecho de Ibiza: pasado y futuro” (1999) y “Costumbres jurídicas en las Pitiusas” (2011). Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde 2003 y Doctor en Derecho desde 2005. Autor de obras y trabajos diversos sobre temas jurídicos de carácter general como “La protección del crédito en la jurisprudencia” (1995) y “La prohibición de la sucesión contractual” (2007) ente muchos otros.

COCA PAYERAS, MIGUEL Licenciado en Derecho con premio extraordinario de licenciatura y Doctor por la Facultad de Derecho de Bolonia. Profesor de Derecho civil en las Universidades de Barcelona y en la de las Illes Balears, en la que es, desde 1986, Catedrático de Derecho civil. Autor de libros y de numerosos artículos sobre temas de su especialidad, ha dado múltiples conferencias y ha participado en congresos y mesas redondas. Ha sido Presidente y es Vocal de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear, así como autor de la ponencia sobre “avantprojecte de llei de règim patrimonial del matrimoni”. Desde el año 1993 ejerce la abogacía. El 17 de Diciembre de 2012 leyó su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Baleares titulado “Propiedad, contrato y familia: 123 años de evolución de instituciones civiles fundamentales”.

FELIU AMENGUAL, BERNARDO. Abogado en ejercicio desde 9 de Noviembre de 1966, especializado en Derecho Inmobiliario (Propiedad Horizontal-Arrendamientos Urbanos). Ha sido Abogado, por oposición, de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Baleares desde Mayo de 1966 a Febrero de 1997. Ha sido conferenciante y ponente en congresos y numerosas mesas redondas sobre temas de su especialidad. A través del Consejo Superior de Cámaras ha intervenido en la gestación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994. En Noviembre de 1996 dio la conferencia inaugural del curso académico 1996/1997 sobre la nueva ley de arrendamientos urbanos 29/94 de 24 de Noviembre.

FERRER PONS, JAIME. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona (1957). Notario desde 1961, habiendo servido las Notarías de Bilbao y Palma entre otras. Ha sido Tesorero y Decano del Ilustre Colegio Notarial de las Illes Balears, distinguido con la Medalla de Honor de dicho Colegio y la Cruz de Honor de San Raimundo de Penyafort. Notario Honorario. Ha sido Profesor de la UIB y preparador de oposiciones a Notarías. Miembro, en diferentes períodos, de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear y de la Comisión que redactó el anteproyecto de la actual Compilación. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Autor de libros y artículos sobre temas diversos de Derecho civil balear.

FERRER VANRELL, MARÍA PILAR. Doctora en Derecho; Profesora de Derecho civil en la Universidad de Barcelona; Catedrático de Derecho civil de la UIB. Ha sido directora de tesis, de cursos de postgrado y de congresos nacionales e internacionales. Ha sido investigadora principal de proyectos de investigación del Ministerio de Ciencia y Tecnología, Presidenta y vocal de la Comissió Assessora de Derecho civil y vocal de la Comissió

Assessora para la reforma del Estatuto de Autonomía, así como Secretaria General de la UIB y Consellera de la Funció Pública i Interior del Govern Balear. Autora de más de 70 publicaciones, entre libros, capítulos de libro y artículos en revistas jurídicas, particularmente sobre temas de Derecho civil balear. Medalla de Oro de la Comunidad Autónoma y Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, de la que actualmente es Secretaria General.

GARCÍAS PLANAS, GABRIEL. Doctor en Derecho por la Universidad Central de Barcelona. Sobresaliente “CUM LAUDE”. Profesor Titular de Derecho penal en la UIB. Abogado. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Entre otros trabajos ha publicado: “Notas sobre la riña tumultuaria en el Código Penal” en Revista Jurídica de Cataluña 1979, “Consideraciones en torno al agente provocador” en Cuadernos de Política Criminal, Madrid 1982, “Consecuencias del principio non bis in idem en Derecho penal” en Anuario de Derecho penal, Madrid 1989, “El nuevo delito de tráfico de influencias” en Revista del Poder Judicial, Madrid 1993, “El delito urbanístico”, Valencia 1977 y “Relaciones concursales entre los delitos de estafa y falsedad”, obra conjunta, Madrid 2005 y 2008.

JIMÉNEZ GALLEGO, CARLOS. Licenciado en Derecho. Abogado (hasta 1991). Notario (promoción de 1991). Notario de Palma desde Junio de 1996, tras aprobar las oposiciones entre Notarios de 1994-1995. Preparador de opositores desde 1995 hasta 2006. Miembro de la comisión de cultura del Colegio Notarial desde 1997, coordinador y autor de numerosos artículos en los libros de los seminarios del Colegio Notarial (desde 2004) y en otras revistas jurídicas y libros colectivos. Miembro del Consejo de Redacción de la Revista Jurídica de las Illes Balears, en la que ha publicado varios artículos. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears.

MARTÍNEZ CAÑELLAS, ANSELMO. Profesor Titular de Derecho mercantil de la UIB. Ha sido Profesor Visitante en diversas Universidades extranjeras (Göttingen, Ginebra, Colombia, La Habana y Harvard). Director de diversos Grupos de Investigación. Ha impartido conferencias en España, Cuba, Colombia y Estados Unidos. Autor de libros sobre su especialidad y de numerosos artículos publicados en revistas nacionales e internacionales. Se le han concedido diversos premios, entre ellos el V Premio Luis Pascual González, instituido por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, por su trabajo “El Derecho consuetudinario balear como fuente y como tradición jurídica”.

MAS I COLOM, MIQUEL ÀNGEL. Licenciado en Derecho por la Universitat de les Illes Balears en 1989 y Abogado en ejercicio desde entonces. Es autor –juntamente con Antoni Planas de Oleza– del libro “L’alou i la seva reforma”, publicado en 1990 por el Institut d’Estudis Baleàrics. Desde 2006 es colaborador honorífico del Departamento de Derecho Privado de la Universitat de les Illes Balears. Y desde el 4 de Febrero de 2014 es Diputado del Parlament balear por el Grupo Parlamentario MES.

MASOT MIQUEL, MIQUEL. Licenciado y Doctor en Derecho. Ha sido Profesor Titular de Derecho civil y Catedrático de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la UIB. Abogado en ejercicio de 1965 a Noviembre de 2000 y Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears de Noviembre de 2000 a Diciembre de 2007. Ha sido Presidente de la Comissió Assessora de Dret civil del Govern Balear y del Consell Acadèmic del Institut d’Estudis Baleàrics, así como miembro de la Comisión redactora del Anteproyecto de la actual Compilación del Derecho civil balear. En la actualidad es miembro de la Comissió Asesora de Dret Civil del Govern Balear. Es Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde su fundación y, en la actualidad, Presidente de misma. Autor de libros y numerosos artículos sobre temas diversos, en especial de Derecho civil balear.

MIR DE LA FUENTE, TOMÁS. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Doctor en Derecho y Abogado del Estado. Ha sido Abogado del Estado-Jefe en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; miembro de la Comisión de Juristas, que redactó el anteproyecto de Ley que, en 1990, modificó la Compilación; y miembro de la Comisión Asesora de Derecho Civil del Govern Balear. Es autor del libro “Las retenciones tributarias” y, entre otras, de las siguientes colaboraciones publicadas en este Boletín: “La complicada historia de las Disposiciones Finales y Transitorias de la Compilación del Derecho civil de Baleares”, “Consideraciones sobre algunos de los derechos del ciudadano, del administrado y del contribuyente”, “Archipiélago e islas Baleares (mayores, menores y adyacentes) en la Constitución y el Estatuto de Autonomía” y “La traducción al castellano de las leyes de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears”, “Islas en venta”, “Las islas Baleares en la historia del constitucionalismo” y “Refranes jurídicos castellanos y mallorquines”.

MONSERRAT QUINTANA, ANTONI. Magistrado de la Sala Civil y Penal del TSJ de las Illes Balears. Doctor en Derecho. Abogado no ejerciente. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, de la que es Censor en su Junta de

Gobierno. Ha sido Vocal del Consejo General del Poder Judicial en el que, sin perjuicio de otras funciones, ha pertenecido a la Comisión Internacional y Presupuestaria; ha sido Vocal Territorial de Aragón, Rioja y Navarra, Director de la “Revista del Poder Judicial”, Miembro del *Steering Committee. European Network of Councils for the Judiciary* y Coordinador del grupo de trabajo sobre “Transparencia, Rendición de Cuentas e Integridad” en la Cumbre Judicial Iberoamericana. Autor de diversas ponencias, artículos y libros jurídicos.

MUNAR BERNAT, PEDRO A. Doctor en Derecho por la UIB en 1990. Ha sido Profesor Titular de Universidad de Derecho civil en dicha Universidad desde 1992 a 2009 y Catedrático de Derecho civil desde enero de 2010. Magistrado suplente de la Audiencia Provincial de las Illes Balears desde 1993. Vocal de la Comisión Asesora de Derecho civil de la CAIB, entre 2004 y 2009, y en la actualidad, desde febrero de 2014. Miembro de la Comisión redactora del Proyecto de ley del derecho de aprovechamiento por turnos de bienes inmuebles (1997), que se convirtió en la ley 42/1998 de 15 de diciembre. Autor de múltiples monografías, capítulos de libros y artículos. Ha impartido conferencias en los más importantes foros.

PERERA MEZQUIDA, RAFAEL. Reconocido Abogado penalista que ha intervenido en casos de gran notoriedad y trascendencia. Fue miembro de la Comisión de Juristas Internacionales que redactaron, por encargo de Naciones Unidas, “Las reglas mínimas del proceso penal”. En 1997 fue nombrado Magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. Miembro del Consell Consultiu de las Illes Balears desde 2005 y en la actualidad su Presidente. A su jubilación como Magistrado (2000) se reincorporó al ejercicio de la Abogacía en el campo del Derecho Penal. Académico de número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears. Autor de trabajos monográficos sobre su especialidad como “¿Es posible la unificación del Derecho Penal europeo?” y “El ciudadano de a pie ante el nuevo Código Penal”.

ROS SÁNCHEZ, LORENZO. Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona en 1958, ejerce la abogacía desde el año 1962. Ha sido Decano del Ilustre Colegio de Abogados de las Illes Balears desde el año 1997 al 2002. Durante su mandato se construyó e inauguró el nuevo edificio colegial que constituye su sede, culminando así un proyecto en el que se venía trabajando desde hacía varios años. Es autor de numerosos artículos en los que se abordan temas relacionados con el Derecho en sus diferentes ramas, particularmente en lo relativo al ejercicio de la abogacía y a la práctica de los Tribunales.

TAPIA FERNÁNDEZ, ISABEL. Licenciada y Doctora en Derecho. Catedrática de Derecho procesal de la UIB. Autora de diversas monografías como “La ejecución de sentencias no dinerarias”, “La compensación en el proceso civil”, “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual”, “La reconversión”, “El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada” y “La cosa juzgada. Estudio de jurisprudencia civil”. Ha publicado más de medio centenar de artículos científicos, ha impartido conferencias en los más importantes foros jurídicos y ha participado en congresos científicos nacionales e internacionales habiendo sido ponente en los mismos. Es Académica de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears desde el año 2005.

ANTONIO JOSÉ TERRASA GARCÍA. Magistrado. Ingresó en la Carrera Judicial en 1984 y ha sido Juez Decano de los Jueces de Palma de Mallorca desde 1990 a 1996, Presidente de la Audiencia Provincial de 1994 a 2004 y, en la actualidad, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears. Autor de numerosos artículos sobre temas de Derecho Penal y Derecho Procesal publicados en las revistas especializadas. Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears en la que leyó el discurso de ingreso titulado “Competencia sobre las cuestiones prejudiciales del proceso penal. (Sustrato material y límites constitucionales)”.